

Clerk's Stamp

COURT FILE NUMBER 2301-

COURT COURT OF KING'S BENCH OF ALBERTA
IN BANKRUPTCY AND INSOLVENCY

JUDICIAL CENTRE CALGARY

IN THE MATTER OF THE BANKRUPTCY AND
INSOLVENCY ACT, RSC 1985, C B-3, AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF THE NOTICE OF
INTENTION TO MAKE A PROPOSAL OF MANTLE
MATERIALS GROUP, LTD. ("MANTLE")

DOCUMENT **BENCH BRIEF**

ADDRESS FOR SERVICE
AND CONTACT
INFORMATION OF
PARTY FILING THIS
DOCUMENT

LAWSON LUNDELL LLP
Barristers and Solicitors
Brookfield Place
1100, 225 – 6th Ave SW
Calgary, AB T2P 1N2
Telephone: (403) 269-6900
Fax: (403) 269-9494
Email: ateasdale@lawsonlundell.com /
jschachter@lawsonlundell.com

Attention: Alexis Teasdale and Joel Schachter

**Bench Brief of Travelers Capital Corp., formerly known as Travelers Restructuring
Capital Inc. ("Travelers")**

Table of Contents

I.	OVERVIEW	1
II.	FACTS	2
	A. The EPOs.....	2
	B. The Travelers Loan	2
	C. The Active/Inactive Pits.....	3
	D. Mantle’s Financial Projections.....	3
III.	LAW AND ANALYSIS	4
	A. Redwater does not apply to PMSI creditors.....	4
	i. Section 14.06(7) of the BIA	4
	ii. Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd., 2019 SCC 5	6
	iii. Manito Energy (Re), 2022 ABCA 117	9
	iv. Orphan Well Association v. Trident Exploration Corp., 2022 ABKB 839.....	10
	B. In any event, Mantle is capable of funding its reclamation obligations.....	12
	C. If <i>Redwater</i> does apply, the Court must equitably allocate the Interim Financing Charge amongst Mantle’s asset classes.....	12
	D. Mantle must submit a proposal to its creditors	13
IV.	CONCLUSION.....	14
V.	AUTHORITIES	15

I. OVERVIEW

1. Travelers holds a purchase money security interest (“**PMSI**”) in equipment owned by Mantle (the “**Travelers’ Equipment**”).
2. Mantle and its interim financier RLF Canada Lender Limited (“**RLF Lender**”), are wholly owned subsidiaries of Resource Land Fund LP (“**RLF LP**”). These proposal proceedings appear to be an attempt by the RLF LP to mitigate its losses by using Travelers’ Equipment to cover the costs associated with Mantle’s reclamation obligations.
3. Conveniently, Mantle has submitted that no distribution can be made to its creditors—including Travelers—until the environmental reclamation obligations are satisfied as a result of the Supreme Court of Canada’s decision in *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5 (“**Redwater**”).
4. This is not the correct interpretation of *Redwater*. Correctly interpreted, *Redwater* requires a bankrupt company to address environmental reclamation obligations in a manner that is consistent with s. 14.06(7) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (the “**BIA**”). The legislative intent behind s. 14.06(7) of the *BIA* is to strike an appropriate balance between the public’s interest in completing environmental remediation with the interest in third party creditors being treated equitably. This balance was struck by granting a priority charge for remediation work against the affected asset—not the entire estate of the debtor.
5. More importantly, *Redwater* simply does not apply on these facts. Mantle is not a hopelessly insolvent oil and gas company with unmanageable reclamation and abandonment obligations. Rather, Mantle’s financial reporting indicates that its reclamation obligations can be funded entirely from its operations and well secured by its existing assets (without using the Travelers’ Equipment). In addition, if the Travelers Equipment is released and sold, the net sale proceeds can be used by Mantle to further offset their reclamation costs.

6. Despite filing a notice of intention to make a proposal on July 14, 2023, Mantle has confirmed that it does not plan to submit a proposal. Rather, it appears that Mantle intends to simply perform the reclamation work without allowing its creditors to vote on a proposal. Travelers submits that a proposal must be made to Mantle's creditors before any reclamation work is performed, and that a commitment by Mantle not to file a proposal is fatal to Mantle's request for an extension of time.
7. In light of the foregoing, Travelers strongly objects to any extension of the stay of proceedings beyond an additional 30 days, which is a reasonable time period to allow Mantle to submit a proposal to its creditors. Travelers submits that the *BIA Charges* should not attach to the Travelers' Equipment. Given RLF Lender and Mantle are both wholly owned subsidiaries of RLF LP, RLF Lender should have no concerns about the veracity of Mantle's financial reporting, which clearly indicates that the Travelers' Equipment is not required to secure the interim financing.

II. FACTS

A. The EPOs

8. In March 2021, the Alberta Environment and Parks ("**AEP**") issued Environmental Protection Orders (the "**EPOs**") in relation to certain aggregate pits operated by JMB Crushing Systems Inc. ("**JMB**") and its wholly owned subsidiary 216889 Alberta Ltd. ("**216**", and together with JMB, "**JMB/216**"). After proceedings under the Companies Creditors' Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, Mantle inherited these environmental reclamation obligations from JMB/216, when Mantle purchased the assets of JMB/216 as part of JMB/216's proceedings under the *Companies Creditors Arrangement Act*,

B. The Travelers Loan

9. In September 2021, five months after the EPOs were issued, Mantle approached Travelers about financing equipment for its operations. On October 8, 2021, Travelers and Mantle entered into a loan agreement (the "**Travelers' Loan**") in the amount of \$1.7 million for the purpose of purchasing the Travelers' Equipment. As security for the Travelers' Loan, Mantle granted Travelers a PMSI in the Travelers' Equipment.

10. As at July 21, 2023, Travelers was owed \$1,075,545.57 plus accrued interest in the amount of \$2,072.95 and legal fees and disbursements.

C. The Active/Inactive Pits

11. The Proposal Trustee has confirmed that Mantle's estimated costs to complete the reclamation related to the environmental obligations for the aggregate pits total approximately \$3.6 million. These costs consist of:
 - (a) approximately \$1.7 million in estimated reclamation costs related to inactive pits (the "**Inactive Pits**"); and
 - (b) approximately \$1.9 million related to active pits (the "**Active Pits**") still in operation (the "**Active Pit Reclamation Obligations**").
12. Mantle has posted with AEP approximately \$1.1 million in security made up of letters of credit and cash deposits. Mantle is of the view that the value from the in-situ aggregate reserves in the Active Pits would exceed the Active Pit Reclamation Obligations and believes the Active Pits could be liquidated for no less than nil value.
13. The Proposal Trustee confirmed that the reclamation obligations related to the Inactive Pits arise from the EPOs, which were ordered long before Mantle acquired the Travelers' Equipment.

D. Mantle's Financial Projections

14. As previously stated, RLF Lender is a related party to Mantle. Accordingly, RLF Lender should have no concerns about the veracity of Mantle's financial reporting. Mantle's own financial reporting, there are at least \$3.097 million of assets to secure interim financing excluding the Travelers' Equipment. Based on Mantle's Interim Financials for the period ending June 30, 2023, those assets are as follows:
 - (a) Pre-Filing A/R of \$697,396;
 - (b) AEP security of approximately \$1.1 million; and

(c) Inventory of \$1.3 million.

15. In addition, Mantle's revised 21-week cash flow projections anticipate total of \$4.521 million of total cash receipts against total operating disbursements of \$2.865 million, before considering remediation expenses, generating additional cash of \$1.656MM. Accordingly, Mantle's operations appear capable of generating sufficient cash flow to address the projected reclamation costs of \$1.641MM over this period.

III. LAW AND ANALYSIS

A. Redwater does not apply to PMSI creditors.

16. In *Redwater*, the Court was clear that it did not intend its ruling to disrupt the legislative aim of s. 14.06(7) of the *BIA*. Under s. 14.06(7) of the *BIA*, a PMSI creditor would never be subject to an environmental super priority charge. Accordingly, Mantle's proposed interpretation of *Redwater*, which would require the assets of PMSI creditors to be used to fund environmental reclamation in the event of a bankruptcy, cannot possibly be correct.
17. There are no cases in Alberta where the Court has been asked to apply *Redwater* to eliminate the priority of a PMSI creditor. To the extent that it is necessary to decide this issue, this is a case of first instance.

i. Section 14.06(7) of the BIA

18. The Court's reasoning in *Redwater* cannot be properly applied without an understanding of s. 14.06(7) of the *BIA*, which attempts to strike a balance between the public's interest in enforcing environmental regulations with treating third party creditors equitably. The section reads as follows:

Priority of claims

(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.

19. In short, section 14.06(7) sets out the priority scheme for environmental liabilities in the context of bankruptcy, proposal or receivership. The priority scheme of the *BIA* permits regulators to place a first charge on real property of a bankrupt affected by an environmental condition in order to fund remediation. To the extent that the environmental remediation costs exceed the value of the real property, those claims rank as unsecured.
20. The policy reason for limiting the priority to the affected real property was explained by Deschamps J. in the Supreme Court of Canada's decision *Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67 ("*Abitibi*"). His analysis of the issue was as follows:

[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.**

[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.

[emphasis added]

21. In *Yukon (Government of) v. Yukon Zinc Corporation*, 2021 YKCA 2, the Court of Appeal specifically commented that the trial judge had erred by finding that the clear intention of Parliament in enacting s. 14.06(7) was to ensure that remediation costs would not become a burden to the taxpayer:

[91] In my view, the judge made two errors in her analysis. First, in finding the intention of Parliament, she overlooked the comments of Deschamps J. at paras. 32 and 33 of *Abitibi*, to which I referred above. At para. 32, Deschamps J. found that, in enacting the corresponding section in the *CCAA* (s. 11.8(8)), Parliament struck a balance between the public's interest in enforcing environmental regulations and the interest of third-party creditors in being treated equally. At para. 33, she observed that, if Parliament had intended that the debtor would always satisfy all remediation costs, it would have created the security over all of the debtor's assets (and not just real property). Hence, it was incorrect for the judge to conclude that the intention of Parliament was to ensure that remediation costs would not become a burden to the taxpayer.

[emphasis]

22. The legislative intent behind s. 14.06(7) of the *BIA* was to fairly allocate the costs of environmental remediation between the public and third party creditors. Parliament drew a line in the sand: a regulator that performs reclamation work will have a super priority charge against the real property upon which the work is performed—not the entire bankrupt estate.

ii. *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5

23. The Court in *Redwater* was asked to consider whether the doctrine of paramountcy rendered certain aspects of Alberta's regulatory scheme for oil and gas inoperative due to conflicts with the *BIA*. In particular, the Court considered whether a regulator's refusal to

approve a license transfer unless certain remediation obligations were fulfilled upended the priorities scheme under the *BIA*.

24. The case arose from the Alberta Energy Regulator (“**AER**”) refusing to approve the transfer of Redwater’s economic oil and gas assets unless the proceeds of sale were used to comply with Abandonment Orders issued by the AER in relation to Redwater’s uneconomic assets. The cost of complying with the Abandonment Orders would entirely wipe out any recovery for secured creditors.
25. The appellants, Grant Thornton Limited and ATB Financial, submitted that the regulator’s refusal to approve a transfer of the company’s economical assets without first addressing outstanding Abandonment Orders in relation to the uneconomic assets amounted to an exercise of statutory power that conflicted with the priority scheme under the *BIA*. They contended that the Abandonment Orders were provable claims in bankruptcy based on the test set out in the Supreme Court of Canada’s decision *Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67 (“*Abitibi*”).
26. The Court disagreed with the appellants’ application of *Abitibi*. Given that the AER was acting in a regulatory capacity without a financial motive, the Court held that the AER was not a creditor of Redwater and the obligations arising from its orders were not provable claims in bankruptcy. As a result, the Court held that the assets in the bankrupt’s estate had to be used to comply with the Abandonment Orders before any distribution could be made to secured creditors. The Court’s reasoning on this issue was set out at paragraph 159:

[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 in this case does not interfere with the aims of the BIA — rather, it facilitates them.**

[emphasis added]

27. Given that Redwater's only substantial assets had end-of-life environmental obligations, the Court concluded that requiring Redwater to use those assets to address the Abandonment Orders replicated the effect of s. 14.06(7) of the *BIA*. Had Redwater held substantial assets that did *not* have end-of-life obligations—such as substantial equipment as is the case with *Mantle*—the Court would not have required those assets to be used to fulfill the end-of-life obligations as that would have conflicted with the aim of s. 14.06(7) of the *BIA* namely, the balancing the public interest in enforcing environmental obligations with the interest of third party creditors being treated equitably.
28. Put another way, when assessing regulatory obligations in the context of a bankruptcy, the initial question is whether the regulator has a provable claim, in which case the remediation issue is dealt within per s. 14.06(7), or whether it is a *Redwater* claim. Based on *Abitibi*, that decision is primarily determined by timing: has the regulator incurred the costs of remediation, or is the remediation still prospective.
29. In the case at bar, *Mantle* is arguing that *Redwater* effectively creates a charge that extends to personal property, which is materially broader than the charge contemplated by s. 14.06(7). Respectfully, this is not the intent of *Redwater*. *Redwater* should be limited to being the equivalent of s. 14.06(7) because otherwise the liability of stakeholders changes materially based solely on the timing of remediation. That result

would encourage parties to use the timing of remediation as a strategic tool to share or limit liability. And that cannot be good policy.

iii. Manitok Energy (Re), 2022 ABCA 117

30. The facts in *Manitok* were similar to *Redwater*. Manitok’s only substantial assets were oil and gas assets. The valuable oil and gas assets had been liquidated and the Receiver was holding the net proceeds in trust. The Estate still owned oil and gas assets with aggregate assumed abandonment and reclamation obligations of about \$44.5 million. The question was whether those proceeds had to be used to satisfy end-of-life obligations of the unsold oil and gas assets in preference to an otherwise first-ranking builders lien for services performed prior to the receivership date.
31. The Receiver put forward an interpretation of paragraph 159 of *Redwater* that once the valuable oil and gas assets were sold, the proceeds from those assets became “assets unrelated to the environmental condition or damage”. As a result, the Receiver argued that the proceeds of sale from those assets did not need to be applied to the abandonment and reclamation obligations outstanding on the unsold assets. The Court of Appeal strongly disagreed with this interpretation of paragraph 159:

[29] This interpretation would render *Redwater* meaningless. If the proceeds of the sale of the bankrupt corporation’s valuable assets can not be used to reclaim “unrelated assets” there would never be any proceeds available to satisfy public abandonment and reclamation obligations. The assets that are going to be disclaimed by a receiver or trustee because they are overwhelmed by abandonment and reclamation obligations are always going to be “unrelated” under this approach. The disclaimed and orphaned assets cannot, by definition, be sold because of their abandonment and reclamation obligations. Unless the sale proceeds of the valuable assets are available to satisfy those obligations, they can never be satisfied.

[30] There is nothing in the Alberta regulatory regime, the Bankruptcy and Insolvency Act, or *Redwater* that permits a licensee to avoid its abandonment and reclamation obligations by converting valuable licensed assets into cash before an enforcement order can be issued. On this interpretation there would rarely, if ever, be any “related” proceeds in an insolvency available to satisfy abandonment and reclamation obligations. The whole

point of Redwater, however, is that the proceeds of the sale of the valuable assets must be applied towards reclamation of the worthless orphaned assets.

[31] Another noted aspect of para. 159 is the statement that “Redwater’s only substantial assets were affected by an environmental condition or damage”. Redwater (like ManitoK) had some valuable properties, and some that were overwhelmed by their inherent abandonment and reclamation obligations and were to be disclaimed and orphaned. Redwater’s trustee (like ManitoK’s) had sold the valuable assets and was holding the proceeds in trust. Those proceeds had to be used by Redwater’s trustee to satisfy abandonment and reclamation obligations before any distribution to secured creditors. **The point is that the outcome of Redwater demonstrates that the Supreme Court of Canada did not treat Redwater’s assets as falling into different pools. All of the oil and gas assets were treated collectively as being contaminated, and they all had to answer for the abandonment and reclamation obligations attached to the disclaimed assets. None of the oil and gas assets were “assets unrelated” to the other oil and gas assets. ManitoK is in exactly the same position. The “substantial assets” of ManitoK are the same as the “substantial assets” of Redwater.**

[emphasis added]

32. The Court of Appeal expressly did not decide the issue of how the satisfaction of reclamation obligations would be addressed in circumstances where a bankrupt company held substantial assets that did not have end-of-life environmental obligations.
33. When applied to the facts in these proposal proceedings, the Court’s ruling in *ManitoK* reaffirms that Mantle must use the income derived from the Active Pits, either arising from operation or sale, to cover any outstanding reclamation obligations for the Active or Inactive Pits before distributing any funds to creditors with security interests in those assets.

iv. Orphan Well Association v. Trident Exploration Corp., 2022 ABKB 839

34. Trident (a group of privately-owned oil and gas exploration and production companies and partnerships) held an interest in numerous natural gas and oil wells in Alberta. Its abandonment and reclamation obligations far outweighed its assets. Trident chose to walk away from its obligations. The Orphan Well Association (OWA) appointed the Receiver

to undertake a sales process of Trident's valuable assets to generate proceeds to cover its abandonment and reclamation obligations.

35. The Receiver requested advice and directions on two issues: (1) whether AER/OWA is entitled to call on the proceeds of sale of all of Trident's assets, including realty; and (2) whether such entitlements take precedence over municipal tax obligations that were incurred post-receivership in relation to licenced oil and gas wells pipelines and production facilities. The Court answered both questions in the affirmative. At paragraphs 66 and 67 of the decision in *Trident*, the Court considered whether or not *Redwater* could be interpreted to mean that assets without end-of-life obligations, such as equipment and realty, could be called upon to satisfy AER Abandonment Orders:

[66] In my view, *Redwater* shifts liability from "polluter-pay" to "everyone pays," starting with all of those who have suffered financial losses in dealing with the insolvent company, and ending with the OWA, which spreads remaining losses between the Province of Alberta and industry. This includes secured creditors who have lent money to the insolvent entity in good faith, trade creditors who have provided goods or services and remain unpaid, landowners who have hosted the wells, pipelines and production facilities, and municipal governments who are owed taxes dating back to pre-insolvency, among many others. The essence of the AER super priority is that it is not subject to prioritization because the obligation must be met before a distribution can be made to anyone else. It defines the contours of the funds that may be available for distribution.

[67] I also find that the assets subject to the AER super priority are not limited to licenced oil and gas wells, pipelines and production facilities. Trident had certain real estate assets that were used for office or equipment storage and the like. However, Trident had only one business: exploration and production of oil and gas. It makes no sense to differentiate real estate assets from other assets used in that business, just as it made no sense in *Manitok* to carve out economic licensed assets from uneconomic ones. In either case, the result would be to undermine the policy purposes upon which the super priority principle is based.

36. Noticeably absent from the Court's discussion of *Redwater* in the above paragraphs is any mention of s. 14.06(7), and the balancing of the competing public interest in enforcing environmental regulations and treating third party creditors fairly. In *R. v.*

Comeau, the Supreme Court of Canada emphasized the importance of vertical *stare decisis*:

[26] Common law courts are bound by authoritative precedent. This principle — *stare decisis* — is fundamental for guaranteeing certainty in the law. Subject to extraordinary exceptions, a lower court must apply the decisions of higher courts to the facts before it. This is called vertical *stare decisis*. Without this foundation, the law would be ever in flux — subject to shifting judicial whims or the introduction of new esoteric evidence by litigants dissatisfied by the status quo.

37. Travelers submits that the Court’s reasoning in *Trident* at paragraphs 66-67 is inconsistent with *Redwater* and *Manitok* and violates the doctrine of vertical *stare decisis*, which requires lower courts to follow the precedents from the same issues from higher courts.

B. In any event, Mantle is capable of funding its reclamation obligations.

38. To fall within the ambit of *Redwater*, there must be evidence before the Court that the company cannot fund its outstanding reclamation obligations. *Redwater* does not require a company to hold an arbitrary surplus of assets simply to address the prospect that it may not, at some point in the future, be unable to finance its reclamation obligations. Based on Mantle’s own financial reporting, it has sufficient assets to secure interim financing, and sufficient cash-flow to fund its reclamation obligations.

C. If *Redwater* does apply, the Court must equitably allocate the Interim Financing Charge amongst Mantle’s asset classes.

39. If *Redwater* applies and the court is not satisfied that there is sufficient cash-flow to fund reclamation obligations, then the Court clearly has a discretion to exercise in determining how the interim financing costs are to be secured against Mantle’s assets. Travelers’ submits that the assets most directly connected to the reclamation obligation should be used to secure them. The Travelers Equipment should be used as collateral security, only to be realized upon after all other assets of Mantle have been liquidated.

D. Mantle must submit a proposal to its creditors

40. Section 50.4(9) of the *BIA* provides as follows:

Extension of time for filing proposal

(9) The insolvent person may, before the expiry of the 30-day period referred to in subsection (8) or of any extension granted under this subsection, apply to the court for an extension, or further extension, as the case may be, of that period, and the court, on notice to any interested persons that the court may direct, may grant the extensions, not exceeding 45 days for any individual extension and not exceeding in the aggregate five months after the expiry of the 30-day period referred to in subsection (8), if satisfied on each application that

(a) the insolvent person has acted, and is acting, in good faith and with due diligence;

(b) the insolvent person would likely be able to make a viable proposal if the extension being applied for were granted; and

(c) no creditor would be materially prejudiced if the extension being applied for were granted.

[emphasis added]

41. At paragraph 39 of its Bench Brief, Mantle submits that there is “little prospect of an actual proposal” but that should not preclude it from using these proposal proceedings to effect a controlled liquidation. In light of this submission, it is unclear how Mantle could possibly meet the requirements for s. 50.4(9) to grant an extension of the stay of proceedings.

IV. CONCLUSION

42. Should the Court order that Travelers' security be carved out from the *BIA* Charges, Travelers will bring a further application seeking a sales process order, which will allow for the orderly realization of Mantle's equipment that is subject to Travelers' PMSI.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED this 11th day of August, 2023.

LAWSON LUNDELL LLP

"Lawson Lundell LLP" (JJS1)

Per: _____
Alexis Teasdale / Joel Schachter
Counsel for Travelers Capital Corp.

V. AUTHORITIES**TAB**

1. *Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67
2. *Manitok Inc. (Re)*, 2022 ABCA 117
3. *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5
4. *Orphan Well Association v. Trident Exploration Corp*, 2022 ABKB 839
5. *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15
6. *R. v. Sullivan*, 2022 SCC 19
7. *Yukon (Government of) v. Yukon Zinc Corporation*, 2021 YKCA 2

Tab 1

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 JJ.: 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 la 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 la 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, 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).

Traité 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.

Doctrine 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[aient], 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 syndicats 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 CCAA 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 CCAA 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 fi[t] 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 le 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, le 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 intimées 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 soutirer 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

établissent 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). Quoi qu’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.

désigné par l'acte constitutif pour les porteurs de billets garantis de premier rang) : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'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.

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.

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.

Solicitors for the intervener Ernst & Young Inc., as Monitor: Thornton Grout Finnigan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Ernst & Young Inc., en sa qualité de contrôleur : Thornton Grout Finnigan, Toronto.

Solicitors for the intervener the Friends of the Earth Canada: Ecojustice, University of Ottawa, Ottawa; Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Les Ami(e)s de la Terre Canada : Ecojustice, Université d'Ottawa, Ottawa; Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Tab 2

In the Court of Appeal of Alberta

Citation: Manitok Energy Inc (Re), 2022 ABCA 117

Date: 20220330
Docket: 2101-0085AC
Registry: Calgary

Between:

**Alvarez & Marsal Canada Inc. in its capacity as the
Court-appointed receiver and manager of Manitok Energy Inc.**

Appellant

- and -

**Prentice Creek Contracting Ltd., Riverside Fuels Ltd.
and Alberta Energy Regulator**

Respondents

- and -

Stettler County, Woodlands County and Orphan Well Association

Intervenors

The Court:

**The Honourable Justice Frans Slatter
The Honourable Justice Ritu Khullar
The Honourable Justice Jolaine Antonio**

Memorandum of Judgment

Appeal from the Order by
The Honourable Justice B.E.C. Romaine
Dated the 24th day of March, 2021
Filed on the 10th day of June, 2021
(2021 ABQB 227, Docket: 25-2332583; 25-2332610; 25-2335351)

Memorandum of Judgment

The Court:

[1] The issue underlying this appeal, as stated by consent under R. 7.1(2), is:

Whether end of life obligations associated with the abandonment and reclamation of unsold oil and gas properties must be satisfied by the Receiver from Manitok's estate in preference to satisfying what may otherwise be first-ranking builders' lien claims based on services provided by the lien claimants before the receivership date.

This issue engages the reach of the Supreme Court of Canada's *Redwater* decision: *Orphan Well Association v Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 SCR 150.

Facts

[2] Manitok Energy Inc. was an oil and gas company that became insolvent. This appeal deals with the priority in which the Receiver must allocate the remaining funds in the estate.

[3] The specific issue relates to two builders' liens filed against property of Manitok. The respondent Prentice Creek Contracting provided equipment and services to Manitok related to the reclamation and cleanup of certain oil and gas well sites. The respondent Riverside Fuels provided fuel and lubricants to Manitok. When they were unpaid, both filed builders' liens prior to Manitok's bankruptcy on February 20, 2018.

[4] The essential priority issue in this appeal is between the two builders' liens and Manitok's "abandonment and reclamation" obligations. After an oil and gas well has been fully exploited, the licensee operating it must "abandon" the well, by sealing it off in an environmentally safe way. It must then "reclaim" the surface of the land: *Redwater* at para. 16. These "end of life" obligations, which are mandated by regulation, are inherent in oil and gas properties, and can be very financially onerous and beyond the means of insolvent corporations.

[5] Like many insolvent oil and gas companies, Manitok had some assets that had remaining value, but it also had a number of assets that had no remaining net value because they were burdened with inherent and inchoate abandonment and reclamation obligations. The Receiver identified some of the valuable assets and arranged their sale. Four sales were approved by the court and closed. The Receiver then negotiated a sale of a bundle of assets to Persist Oil & Gas, under which Persist was to assume the abandonment and reclamation obligations with respect to the assets it was purchasing. While the Alberta Energy Regulator has subsequently issued

abandonment orders to the Receiver, none of those orders relate to the assets that were sold to Persist.

[6] The Persist sale was approved by the court. The Sale and Vesting Order provided that the net proceeds would be held “in an interest bearing trust account” by the Receiver, and those sale proceeds would “stand in the place and stead of the Purchased Assets”, without affecting in any way the priorities or interests of the various claimants in those assets. The Sale and Vesting Order stipulated particular holdbacks to cover the amounts of the two builders’ liens and certain unpaid property taxes. However, before the Persist sale could close, the Supreme Court rendered its *Redwater* decision on January 31, 2019. Because of the *Redwater* decision, the parties amended the Persist sale agreement, but the holdback provisions were not changed. The Persist sale then closed, and the Receiver received the proceeds.

[7] After the various sales negotiated by the Receiver, the Manitok estate still owned a number of oil and gas assets with aggregate assumed abandonment and reclamation obligations of about \$44.5 million, far in excess of the assets in the estate. The Receiver intended to “disclaim” those assets, that is, it intended to “abandon, dispose of or otherwise release” the bankrupt estate’s interest in these properties: *Redwater* at para. 44. As a result, any reclamation obligations would likely fall on the Orphan Well Association.

The Reasons of the Chambers Judge

[8] When a dispute arose as to whether the *Redwater* decision was applicable to the facts of the Manitok bankruptcy, the parties stated an issue for the court as set out *supra*, para. 1. The chambers judge concluded that *Redwater* was distinguishable, and that the builders’ lien claimants were entitled to be paid out of the proceeds of the Persist sale: *Manitok Energy Inc (Re)*, 2021 ABQB 227, 25 Alta LR (7th) 412.

[9] The chambers judge acknowledged the ruling in *Redwater* that end of life obligations are not provable in bankruptcy, and that trustees in bankruptcy are required to respect valid provincial laws of general application. Generally speaking, trustees are not personally liable for environmental obligations, but the bankrupt estate remains liable: reasons at paras. 33-37. The chambers judge, however, distinguished *Redwater* based on comments made in para. 159 of that decision:

159 Accordingly, the end-of-life obligations binding on [the Receiver] 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 [Liability Management Rating] 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 in this case does not interfere with the aims of the BIA - rather, it facilitates them. (Emphasis added by the chambers judge)

The chambers judge particularly relied on the reference to "assets unrelated to the environmental condition or damage".

[10] The chambers judge's analysis was:

39 It is here [in the emphasized passage in para. 159] that the distinction between the facts of Redwater and the facts in this case becomes apparent. In this case, the AER is seeking to require Manitoak to fulfill end-of-life obligations with assets unrelated to the environmental condition or damage represented by the abandonment orders it has issued, assets over which Manitoak no longer has ownership or control. This change in ownership occurred prior to any action by the AER, so that the orders a) do not apply to property over which the respondents claim a lien, and b) do not apply to contiguously owned property at the time.

The proper interpretation of para. 159 of *Redwater* is discussed *infra*, paras. 20-31.

[11] The chambers judge held that the key distinguishing features were:

- (a) *Redwater* only extends environmental obligations to contaminated property, or property contiguous to it: reasons at paras. 39, 40.
- (b) The Persist assets had been sold, before the Alberta Energy Regulator issued any enforcement orders, and Persist had assumed the abandonment and reclamation obligations with respect to them. The Alberta Energy Regulator was no longer at risk with respect to the Persist assets: reasons at paras. 39, 41-42.
- (c) The proceeds of sale being held in trust arose from the Persist assets, which were no longer a part of the Manitoak estate. *Redwater* did not extend to assets of which

the bankrupt company was no longer an owner or licensee: reasons at paras. 39, 41-42.

- (d) The builders' liens were on property sold to Persist which was "unrelated" to the contaminated property, so the proceeds of that sale were not subject to the *Redwater* ruling: reasons at paras. 39, 44.
- (e) The sale proceeds were being held in trust by court order which preserved the rights of the builders' lien holders. Those funds were no longer a part of the estate and so the trustee did not have to use them to discharge abandonment and reclamation obligations: reasons at para. 43.

Having thus distinguished *Redwater*, the chambers judge held that the builders' liens were entitled to be paid from the funds held in trust.

[12] On appeal, the Receiver and the Alberta Energy Regulator argue that there are reviewable errors in the chambers decision:

- (a) it misinterprets the scope of the *Redwater* decision.
- (b) it concludes that *Redwater* only requires that the proceeds of sale of valuable assets be applied to the reclamation and abandonment obligations of "related" assets.
- (c) it incorrectly relied on the timing of the enforcement orders issued by the Alberta Energy Regulator.
- (d) it concluded that the court had created a "trust" over the sale proceeds of the Persist assets, which enhanced the claim of the builders' lien holders.

The Orphan Well Association intervened in support of the appellant. The respondent builders' lien holders support the chambers decision, as do the intervenor municipalities.

The *Redwater* decision

[13] The central issue in this appeal is therefore the application of the *Redwater* decision to the facts underlying the Manitok Energy bankruptcy.

[14] *Redwater*, like this appeal, involved a priority battle. In *Redwater* the prime secured creditor, Alberta Treasury Branches, asserted its right as a secured creditor to be paid in priority to the other claims against the bankrupt estate. The trustee in bankruptcy argued that the abandonment and reclamation obligations were claims provable in bankruptcy and would be extinguished by the bankruptcy process like all other unsecured claims. The Alberta Energy

Regulator and the Orphan Well Association argued that any net proceeds in the estate had to be set aside and applied first to the satisfaction of abandonment and reclamation obligations. The Alberta Energy Regulator issued Abandonment Orders and advised that it would not issue licences to any purchaser of the valuable assets unless it was satisfied the abandonment and reclamation obligations would be discharged.

[15] *Redwater* noted that abandonment and reclamation obligations are an inherent component of the value of oil and gas assets: *Redwater* at para. 157. The Alberta regulatory regime adopts a “polluter-pays principle”:

. . . The Licensee Liability Rating Program essentially requires licensees to apply the value derived from oil and gas assets during the productive portions of the lifecycle of the assets to the inevitable cost of abandoning those assets and reclaiming their sites at the end of those lifecycles” . . .

. . . [Alberta’s] 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: *Redwater* at paras. 29-30.

The Alberta regime was not in constitutional conflict with the federal bankruptcy regime. The *Bankruptcy and Insolvency Act* sections engaged were primarily directed at the personal liability of trustees, not the liability of the bankrupt estate.

[16] The *Redwater* decision confirmed at paras. 119, 122 that the reclamation and abandonment obligations were not “claims provable in bankruptcy”, because they were not associated with any “creditor”. Environmental duties are owed to the public: *Redwater* at paras. 134-35. Further, there was insufficient certainty in the quantum of those obligations to make them provable in bankruptcy: *Redwater* at paras. 145, 149, 154.

[17] Since claims that were not “provable in bankruptcy” were not extinguished by the bankruptcy process, the abandonment and reclamation obligations remained binding on the bankrupt estate:

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. . . .

Even if the trustee disclaimed the worthless assets, the abandonment and reclamation obligations remained an obligation of the bankrupt estate: *Redwater* at paras. 93, 98. Accordingly, the proceeds of the sale of Redwater’s assets had to be used to address its “end-of-life” obligations before any distributions were made to creditors: *Redwater* at paras. 160-63.

The Application of *Redwater* to the Manitoak Bankruptcy

[18] In 2015 Redwater Energy Corporation was in much the same position as Manitoak Energy finds itself today. Both were insolvent oil and gas companies. Both had some producing assets that had value, but both also had a number of assets in which the abandonment and reclamation obligations far exceeded any market value. In both, the trustee or receiver had disclaimed the worthless assets and sold off the valuable assets, with the sale proceeds being held pending the court’s directions on distribution. In *Redwater*, the Supreme Court of Canada concluded that the receiver was obliged to satisfy the abandonment and reclamation obligations before making any distribution to the secured creditor, Alberta Treasury Branches.

[19] In the present appeal, the prime secured creditor of Manitoak Energy (the National Bank) has come to an agreement with the Receiver. Here the two builders’ lien holders claim to have a secured position that must be satisfied in priority to other claims. As in *Redwater*, the Alberta Energy Regulator and the Orphan Well Association argue that abandonment and reclamation obligations must be satisfied first. They argue that the proceeds of the Persist sale presently held by the Receiver must be applied first to the satisfaction of those obligations before there can be any distribution to the builders’ lien claimants or any other creditors.

“Assets Unrelated”

[20] The parties engaged the comments in *Redwater* about s. 14.06(7) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, RSC 1985, c. B-3:

14.06(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.

Redwater holds at para. 159 that this provision does not apply to abandonment and reclamation obligations in the oil and gas industry, but *Redwater*, it is argued, applied it by analogy: “. . . the Abandonment Orders and the LMR [Liability Management Rating] replicate s. 14.06(7)’s effect in this case” (emphasis added).

[21] All the parties to this appeal referred to para. 159 of *Redwater*, which is reproduced here again for convenience.

159 Accordingly, the end-of-life obligations binding on [the Receiver] 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 [Liability Management Rating] 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 in this case does not interfere with the aims of the BIA - rather, it facilitates them. (Emphasis added)

This paragraph is found under the heading “Conclusion on the *Abitibi* Test”, a reference to the previous leading case of *Newfoundland and Labrador v AbitibiBowater Inc*, 2012 SCC 67, [2012] 3 SCR 443.

[22] The wording in para. 159 of *Redwater* does present interpretative challenges. It notes that s. 14.06(7) cannot apply to oil and gas assets, because of the inherent nature of those assets. It then appears to recognize a non-statutory analogous concept, “replicated” by the Alberta Energy Regulator’s enforcement actions. This analogous concept however is said not to extend to “assets

unrelated to the environmental condition or damage”. The meaning of this proviso creates the issue in this appeal.

[23] The chambers judge relied on parts of para. 159 to distinguish *Redwater*.

- (a) Parliament intended to permit regulators to place a charge on property if it was affected by an environmental condition;
- (b) The activities of the Alberta Energy Regulator in *Redwater* “replicated” the effect of s. 14.06(7) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*;
- (c) Redwater’s only “substantial assets” were affected by an environmental condition, so the Alberta Energy Regulator orders did not extend to “assets unrelated to the environmental conditions”.

The chambers judge also noted that *Redwater* confirmed at para. 114 that the trustee only has a duty to remediate “to the extent that assets remain in the . . . estate”.

[24] The chambers judge essentially concluded that because the Persist assets, along with their abandonment and reclamation obligations, had been sold to Persist, they were “assets unrelated” to the rest of the oil and gas properties owned by Manitoak. Those were the assets the Receiver had disclaimed and which were likely to become orphaned.

[25] Section 14.06(7) creates a super-priority for reclamation expenses which *Redwater* stated at para. 159 was unavailable to the Regulator due to “. . . the nature of property ownership in the Alberta oil and gas industry”. This may be a reference to the fact that oil and gas rights are a *profit à prendre*, although security interests can exist in them. Further, as a matter of fact, the super-priority created by the section assumes that there will be some residual value in an asset after it has been remediated. Take the example of a service station site which has been contaminated because its fuel tanks leaked over a long period of time. After the property is remediated, the site would have some continuing value against which the super-priority security interest could attach. That is not the case with orphaned oil and gas properties, which by their nature have little or no value even if they are properly abandoned and reclaimed.

[26] The Receiver argues that para. 159 merely addresses an argument (emphatically endorsed by the dissent at para. 286) that using estate assets for remediation would be inconsistent with the *Bankruptcy and Insolvency Act*. The Receiver argues that para. 159 must be read as follows:

159 Accordingly, the end-of-life obligations binding on [the Receiver] GTL are not claims provable in the Redwater bankruptcy, so they do not conflict with the general priority scheme in the *BIA*. . . .

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. . . .

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.

The intervening discussion in the paragraph (including the reference to “replicate” and “assets unrelated”) is only intended to illustrate this consistency with the *Bankruptcy and Insolvency Act*, not to create a separate class of “unrelated” assets.

[27] The Alberta Energy Regulator agrees, arguing that para. 159 is part of the discussion on constitutional paramountcy. That paragraph is not intended to override or qualify the other statements in the decision about the obligation of trustees and receivers to discharge publicly owed environmental obligations of the bankrupt estate before making distributions to creditors.

[28] The reasons under appeal here imply that the “assets unrelated” phrase requires that a distinction be made between various kinds of assets in the bankrupt estate. The disclaimed Manitok assets remain in the bankrupt estate and are encumbered with abandonment and reclamation obligations. Assets such as those sold to Persist become “unrelated” to the assets burdened by those obligations. Since Persist had assumed the abandonment and reclamation obligations on the assets it purchased, these were now “assets unrelated” to the contaminated disclaimed assets. Looking at it in another way, once the Persist assets are sold, they are converted to cash proceeds, which are said to be unencumbered by abandonment and reclamation obligations because those obligations cannot be attached to “assets unrelated”. This concept of “unrelated” assets is however inconsistent with the *Redwater* decision, which accepted at para. 18 the approach of the Alberta Energy Regulator to treat all the assets of an oil and gas company as a “package”.

[29] This interpretation would render *Redwater* meaningless. If the proceeds of the sale of the bankrupt corporation's valuable assets can not be used to reclaim “unrelated assets” there would never be any proceeds available to satisfy public abandonment and reclamation obligations. The assets that are going to be disclaimed by a receiver or trustee because they are overwhelmed by abandonment and reclamation obligations are always going to be “unrelated” under this approach. The disclaimed and orphaned assets cannot, by definition, be sold because of their abandonment and reclamation obligations. Unless the sale proceeds of the valuable assets are available to satisfy those obligations, they can never be satisfied.

[30] There is nothing in the Alberta regulatory regime, the *Bankruptcy and Insolvency Act*, or *Redwater* that permits a licensee to avoid its abandonment and reclamation obligations by converting valuable licensed assets into cash before an enforcement order can be issued. On this interpretation there would rarely, if ever, be any “related” proceeds in an insolvency available to

satisfy abandonment and reclamation obligations. The whole point of *Redwater*, however, is that the proceeds of the sale of the valuable assets must be applied towards reclamation of the worthless orphaned assets.

[31] Another noted aspect of para. 159 is the statement that “Redwater’s only substantial assets were affected by an environmental condition or damage”. Redwater (like Manitoak) had some valuable properties, and some that were overwhelmed by their inherent abandonment and reclamation obligations and were to be disclaimed and orphaned. Redwater’s trustee (like Manitoak’s) had sold the valuable assets and was holding the proceeds in trust. Those proceeds had to be used by Redwater’s trustee to satisfy abandonment and reclamation obligations before any distribution to secured creditors. The point is that the outcome of *Redwater* demonstrates that the Supreme Court of Canada did not treat Redwater’s assets as falling into different pools. All of the oil and gas assets were treated collectively as being contaminated, and they all had to answer for the abandonment and reclamation obligations attached to the disclaimed assets. None of the oil and gas assets were “assets unrelated” to the other oil and gas assets. Manitoak is in exactly the same position. The “substantial assets” of Manitoak are the same as the “substantial assets” of Redwater.

[32] Further, the outcome in *Redwater* confirms that assets in the estate do not cease to be available to discharge abandonment and reclamation obligations because they are sold by the trustee and converted to cash. Both the assets in *Redwater*, and the assets sold to Persist have been converted to cash. That, however, does not relieve the trustee of the obligation to satisfy Manitoak’s public abandonment and reclamation duties.

Non-Oil and Gas Assets

[33] The intervenor municipalities argue that the reference to “assets unrelated to the environmental condition or damage” means that the proceeds or value of non-oil and gas assets are not available for the satisfaction of abandonment and reclamation obligations. They argue that the ruling in *Redwater* that the trustee must discharge those obligations is limited to the value in the estate arising from “licensed assets, falling within the AER’s regulatory authority”.

[34] This issue was identified by the majority of this Court in *Grant Thornton Ltd v Alberta Energy Regulator*, 2017 ABCA 124 at para. 102, 50 Alta LR (6th) 1:

102 Secondly, the Regulator does not insist that all of the assets in the bankrupt estate be applied towards environmental liabilities. It only insists on the oil and gas assets being used for that purpose. Thus, if Redwater had valuable non-oil and gas assets (for example, valuable real estate or shareholdings) the Regulator would not insist that the Receiver or Trustee use those assets to meet Redwater's environmental obligations. But again, if the Regulator is correct in its position, it could insist on all of the assets in the bankrupt estate being applied towards the

“public duty” to perform the environmental cleanup. For example, if s. 14.06 only deals with personal liability of trustees, there would be no reason to limit the obligation to discharge environmental liabilities to the oil and gas assets themselves. Resort to all the assets in the estate appears to be authorized by the provisions of the *Environmental Protection and Enhancement Act*, RSA 2000, c. E-12, s. 240(3).

This was the decision overturned by the Supreme Court of Canada in *Redwater*, but the Supreme Court did not directly address this particular issue.

[35] One could read para. 159 of *Redwater* as excluding resort to “unrelated” non-oil and gas assets to cover abandonment and reclamation costs. However, as was pointed out by the Orphan Well Association, the reasons in *Redwater* refer repeatedly to the “assets of the estate”, without drawing any such distinction: see for example *Redwater* at paras. 76, 102, 107, 114. Further, there is no clear boundary between licensed assets and other assets. For example, the sale to Persist (like many similar sales) included not only licensed assets but oil and gas rights, royalty rights, intellectual property, seismic data, vehicles and other chattels. *Redwater* gives no support to the municipalities’ argument.

[36] In the final analysis, the assets sold to Persist appear to be indistinguishable from the type of assets that the trustee in *Redwater* sold. *Redwater* confirms that the proceeds of the sale of those assets must be applied first towards the satisfaction of abandonment and reclamation obligations. To the extent that there is any issue about it, the status of assets completely unrelated to the oil and gas business can be left for another day.

Enforcement Action by the Alberta Energy Regulator

[37] Paragraph 159 of *Redwater* states: “. . . the Abandonment Orders and the LMR [Liability Management Rating] replicate s. 14.06(7)’s effect in this case”. The respondents argue this means that the outcome in *Redwater* was driven by the fact that the Alberta Energy Regulator had issued Abandonment Orders. The absence or timing of such enforcement orders is said to be critical to the outcome.

[38] It is clear, however, that reclamation and abandonment obligations are inherent in oil and gas properties from the minute extraction of the resource commences: *Redwater* at para. 29; *PricewaterhouseCoopers Inc v Perpetual Energy Inc*, 2021 ABCA 16 at paras. 86-87; *Panamericana De Bienes Y Servicios (Receiver of) v Northern Badger Oil & Gas Ltd*, 1991 ABCA 181 at para. 32, 81 Alta LR (2d) 45, 117 AR 44. Abandonment and reclamation obligations are inchoate, but that does not mean that they do not arise until enforcement action is taken by the Alberta Energy Regulator. The public duty on the Receiver to use the assets of the Manitok estate to discharge Manitok’s abandonment and reclamation obligations existed independently of any enforcement action taken by the Alberta Energy Regulator.

[39] The respondents point out that in *Redwater* the Alberta Energy Regulator had issued abandonment orders after the receivership but before the bankruptcy. In the Manitok insolvency, abandonment and reclamation orders were issued in August 2019, after the date of bankruptcy, but that is not a reason to distinguish *Redwater*. Abandonment and reclamation obligations are imposed by statute on all licensees. As noted in *Redwater* at paras. 160, 212:

. . . a persuasive distinction cannot be drawn between liability for an environmental condition or environmental damage . . . and liability for failure to comply with an order to remedy such a condition or such damage . . . :

Abandonment and reclamation obligations exist independently of the issuance of abandonment orders, which are merely an enforcement mechanism: *Redwater* at para. 92; *Perpetual Energy* at para. 87. There is also no reason to think that a receiver or trustee in bankruptcy would not discharge a statutory obligation on the estate in the absence of an enforcement order. It would be artificial to have the outcome of a priority dispute like this depend on whether the Alberta Energy Regulator had sufficient information to issue abandonment orders before, as opposed to after the insolvency event.

[40] The use of the word “replicate” in para. 159 can best be understood by comparing the French text “reproduisent l’effet”. Read in context, para. 159 is merely saying that recognizing the validity of the Alberta Energy Regulator’s enforcement of environmental obligations in an insolvency is no more inconsistent with the *Bankruptcy and Insolvency Act* than s. 14.06(7), which also gives priority to the enforcement of environmental obligations.

[41] In summary, neither the existence of enforcement orders nor the sequence in which enforcement action is taken is relevant to the Receiver’s duty to discharge public environmental obligations. It is irrelevant that no enforcement orders were ever issued with respect to the Persist assets, because the proceeds of the sale of those assets are still a part of the Manitok bankruptcy estate. Contrary to what is implied in the reasons at paras. 39, 42, the fact that the Persist assets were sold before any enforcement orders were issued is not relevant.

The Effect of the Trust and Holdback

[42] The chambers judge reasoned at paras. 41, 44 that the proceeds of the sale to Persist were paid into trust, and therefore were not captured by the *Redwater* decision. It is true that the physical oil and gas assets sold to Persist were no longer a part of the Manitok estate, because they had vested in Persist. This appeal, however, is not concerned with those physical assets, but rather with the proceeds resulting from the sale of those assets. Those proceeds are very much a part of the Manitok estate, even though they are held “in an interest bearing trust account”. Under the Sale and Vesting Order they were specifically to stand in place of the physical assets that had been sold, without affecting in any way the priorities and claims of various claimants. The claims of the two

respondent builders' lien claimants survive in those proceeds, but they are to be dealt with in accordance with the *Redwater* principles.

[43] The respondents argue that this case is distinguishable from *Redwater* because the *Redwater* decision “changed the law”. They argue that *Redwater* does not apply, because the Persist assets had been sold effective as of a date prior to the “seismic shift” caused by the reasons in *Redwater*, and the funds were paid into trust by court order. That is not an accurate statement of the legal position. The *Redwater* decision did not change the law. It merely stated what the law had always been, despite the opinions of some in the industry to the contrary. The law was always as stated in the *Bankruptcy and Insolvency Act*, *Northern Badger*, *Abitibi*, and as confirmed in *Redwater*. The 2019 *Redwater* decision stated the law as of the date that Redwater Energy Corporation became bankrupt four years earlier. The *Redwater* decision also stated the law as it existed on the day that Manitok became bankrupt, and it applies fully to these proceedings.

[44] The builders' lien claimants overstate the effect of the “trust” created by the Sale and Vesting Order. The assets of an insolvent corporation belong to the estate of that corporation. Those assets are under the control of the receiver or trustee. The receiver or trustee obviously has no beneficial interest in those assets and would keep them segregated, and in that sense it is not inaccurate to say the assets are held “in trust” or “in an interest bearing trust account”. But the “trust” is only to hold the assets for the stakeholders in the insolvency, in the same priority as their interests may appear. Any “trust” does not create any new or enhanced rights in any stakeholder, even if recited in a court order, and even if the assets are sub-segregated into smaller pools of assets. A court cannot by such a “trust order” reorder the priorities in an insolvency.

[45] The Receiver was obviously required to hold the Persist proceeds “in an interest bearing trust account” for the bankrupt estate and its stakeholders, because the Receiver had no beneficial interest in them. The Order, however, did not create any new rights or trust beneficiaries or vary the entitlement of any stakeholder; it essentially provided that the funds were to be held in escrow pending a determination of entitlement: *Toronto Dominion Bank v 1287839 Alberta Ltd*, 2021 ABQB 205 at para. 17. The Order specifically stated that the funds were deemed to replace the sold real estate, and the claims of all stakeholders would be unaffected. The quantum of the two builders' lien claims was relevant to setting the quantum of the holdback, but the Order neither enhanced nor diminished the substantive priority rights of the builders' lien claimants to the holdback funds. There was no new “trust” created in favour of the builders' lien claimants in the holdbacks by placing them “in an interest bearing trust account”, other than the requirement that the funds be held in escrow until the court could rule on entitlement.

[46] In summary, the fact the proceeds of the Persist sale were placed into trust by virtue of a court order does not affect the outcome of this appeal or distinguish this case from *Redwater*.

Conclusion

[47] In conclusion, the analysis at paras. 39-42 of the reasons under appeal is directly inconsistent with the binding decision in *Redwater*. The appeal is allowed, and the chambers decision is set aside. The stated question must be answered affirmatively.

Appeal heard on March 10, 2022

Memorandum filed at Calgary, Alberta
this 30th day of March, 2022

Slatter J.A.

Khullar J.A.

Authorized to sign for: Antonio J.A.

Appearances:

H.A.Gorman, Q.C./M Parker/D.A. Stephenson
for the Appellant

G.L. Walters
for the Respondent, Prentice Creek Contracting Ltd.

G.S.E. Hamilton
for the Respondent, Riverside Fuels Ltd.

M.E. Lavelle
for the Respondent, Alberta Energy Regulator

G.G. Plester
for the Intervenors, Stettler County and Woodlands County

R. Gurofsky/ G.J. Finegan
J.L. Cameron (no appearance)
for the Intervenor, Orphan Well Association

Tab 3

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 *Intervenors*

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 *Appelants*

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 déchargé 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 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) 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 un 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 renoncations 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 délégataire) 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.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Slatter, Schutz and Martin J.J.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 J.J. dissenting.

Ken Lenz, Q.C., Patricia Johnston, Q.C., Keely R. Cameron, Brad Gilmour and Michael W. Selnes, for the appellants.

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.

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 J.J. 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 intimés.

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 délaissier 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 gazières 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 c. 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, déchargé 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, dégagé 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 discord 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* incluait 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 demeurerait 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 [TRADUCTION] « 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’acquiescement 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 déchargé 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, is not personally liable, 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 dégagé 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 « dégagé 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 « dégagé 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* », dégagé 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*, dégagé 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 étaient 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 déchargé 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 syndicis 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 syndicis 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 syndicis 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 syndicis. 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 soutient 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 » (para. 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 continuent 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 syndicats 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 délaissier 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. La 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 délaissier 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 ajoutés). 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 “intrinsicly 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 eu 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 »),

Tab 4

Court of King's Bench of Alberta

Citation: Orphan Well Association v Trident Exploration Corp, 2022 ABKB 839

Date: 20221213
Docket: 1901 06244
Registry: Calgary

Between:

Orphan Well Association

Applicant

- and -

Trident Exploration Corp., Trident Exploration (WX) Corp., Trident Exploration (Alberta) Corp., Trident Limited Partnership, Trident Exploration (Aurora) Limited Partnership I, Trident Exploration (2006) Limited Partnership I, and Fenergy Corp.

Respondents

**Reasons for Decision
of the
Honourable Justice R.A. Neufeld**

I. The Trident Insolvency

[1] Trident is a group of privately-owned oil and gas exploration and production companies and partnerships. As of May 2019, it held interests in approximately 4500 petroleum and natural gas wells across Alberta, of which 3700 were licenced to Trident as operator.

[2] On April 30, 2019, Trident issued a press release which advised that:

- 1) It had been engaged in discussions with the Alberta Energy Regulator (AER) and its lenders regarding restructuring, but without success;

- 2) As of April 30, 2019, its directors and management had resigned, and Trident had ceased operations and terminated all employees and contractors.

[3] Trident's primary obligations at the time consisted of:

- 1) Abandonment and reclamation obligations (ARO) associated with wells, facilities and pipelines estimated at \$407,000,000;
- 2) Secured debt in the amount of \$71,106,000;
- 3) Unsecured trade debts in the amount of \$18,920,921.

[4] The effect of Trident's decision was to walk away from its obligations. Its licences were turned back to the AER, and its ARO would be assumed by the Orphan Well Association (OWA): *Orphan Fund Delegated Administration Regulation*, Alta Reg 45/2001, s 3(1).

[5] The AER, assisted by former (and unpaid) Trident employees and contractors attended to the immediate task of safely suspending Trident's field operations.

[6] The OWA took the unusual step of applying to this Court for an order appointing a Receiver.

[7] Historically, such an order would have been sought by secured creditors, but with the evolution of case law recognizing a "super priority" for environmental remediation (including ARO for oil and gas operations) and the magnitude of Trident's ARO, a different approach was considered appropriate.

II. Mandate of the Receiver

[8] The primary objective of the Receivership was to reduce the Trident ARO that would ultimately rest with the OWA. This was to be accomplished by selling the Trident assets to solvent oil and gas companies who were willing and able to assume environmental liability for the assets involved.

[9] The sales process was presented to the Court for approval. As asset sales were made, they too were presented to the Court for approval such that ownership of purchased assets would vest free and clear of all claims. These approvals were all granted without opposition as the process unfolded.

[10] At the outset, the Receiver sought advice from the sales agent, Veracity, about whether certain Trident licenced oil and gas assets should be operated pending sale to generate cashflow. The Receiver reported to the Court that, as part of its analysis, it considered all costs that would be incurred if operations were restored, including property taxes among other variable costs.

[11] The Receiver concluded that it would be uneconomic to operate Trident's assets and focused only on immediate steps for ensuring safe shut-in. As a result, throughout the Receivership proceedings, the Receiver did not pay other post-filing operational expenses, similar in nature to property taxes that would be incurred by a normal oil and gas company, including surface rentals, AER/OWA levies and payments for mineral leases, among other variable costs.

[12] When licenced oil and gas assets were sold, the purchaser assumed the ownership liabilities and ARO for those assets. The terms of sale did not include assumption of outstanding

municipal tax obligations or purchase price adjustments in that regard. However, all 19 affected municipalities were given notice of applications within the Receivership proceedings.

[13] A different approach was used in the sale of two real estate parcels which did not contain licenced oil and gas assets. Those sales contained adjustments for outstanding municipal taxes as is standard real estate conveyancing practice.

III. Current Status

[14] The Receiver reported in its August 15, 2022, Supplement to the 8th Report of the Receiver, that it views the sales process as successful because an estimated \$266,000,000 (or 66%) of Trident's ARO was transferred to solvent oil and gas producers. This resulted in the continued operation of a significant number of assets to the benefit of all stakeholders. A further \$5,000,000 was applied for and received under the Federal Site Rehabilitation Program, which was sufficient to partially abandon approximately 300 wells.

[15] At present, the Receiver holds approximately \$900,000 in remaining funds, some or all of which was generated through the sale of non-licenced assets owned by Trident, such as real estate and machinery. The Receiver seeks advice and direction regarding the distribution of those funds. The AER/OWA contend that they should receive the funds pursuant to their super priority recognized in recent case law. The County of Kneehill, the County of Stettler and Woodland County argue that they should share in the proceeds as they also have a priority arising out of unpaid municipal taxes for Trident wells, pipelines and production facilities that accrued post-Receivership. The counties will be collectively referred to as the "Municipalities".

IV. Issues

[16] The Receiver's request for advice and directions raises two issues:

- 1) whether the AER/OWA is entitled to call on the proceeds of sale of all of Trident's assets, including realty; and
- 2) whether such entitlement takes precedence over municipal tax obligations that were incurred post-receivership in relation to licenced oil and gas wells pipelines and production facilities. If not, should the remaining funds be shared between the AER/OWA and the Municipalities?

[17] I have determined that the answer to both questions is yes. The AER/OWA is entitled to call on the proceeds of sale from all of Trident's assets and their entitlement takes precedence over municipal tax obligations because of the AER/OWA super priority over the funds in question.

V. Entitlement of the AER

[18] In recent years, the obligation of Receivers to undertake abandonment and reclamation of oil and gas facilities before distribution of funds to creditors has been widely characterized as a "super priority." To understand why that is so, it is necessary to first review the process used under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, RSC 1985 c B-3 [*BIA*], as amended for resolving claims against the debtor's estate.

A. Insolvency Process

[19] Under the *BIA*, the monetization of assets and distribution of funds to creditors is done in a common proceeding. Existing actions against the debtor are stayed. Creditors are given the opportunity to submit claims for amounts owed at the time of bankruptcy or receivership. The trustee or receiver, whichever it may be, is tasked with monetizing the assets of the estate and considering the validity of the claims. That is, whether the debts alleged are owed and in what amount. The trustee or receiver may seek advice and directions on these issues, and to facilitate the monetization of assets, may obtain orders approving a sales process and individual sales so as to vest the assets in the purchaser free and clear of claims.

[20] Throughout the process, interested stakeholders are given notice of applications within the insolvency proceeding and an opportunity to participate.

[21] From time to time, the trustee or receiver may also seek approval to make interim distributions to creditors having provable claims and advice and direction regarding matters such as the validity of securities, the priorities among creditors and the interim or final distribution of estate proceeds.

[22] Not all obligations owed by a debtor will give rise to a claim provable in bankruptcy. Provable claims are defined at *BIA* s. 121(1) to be:

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.

[23] Non-provable claims will continue after the insolvency proceeding has been completed. With the lifting of the stay of proceedings, they may continue to be pursued in the normal course. They cannot, however, be resolved within the insolvency process itself.

B. Abandonment and Reclamation Obligations

[24] The appropriate treatment of environmental obligations of an estate in bankruptcy or receivership within the common proceeding rubric has been the subject of considerable debate and jurisprudence in recent years.

[25] A series of cases decided by the Supreme Court of Canada and the Alberta Court of Appeal have provided direction.

1. *Northern Badger*

[26] The first was *Pan Americana de Bienes y Servicio v Northern Badger Oil & Gas Limited*, 1991 ABCA 181 [*Northern Badger*]. In that case, a creditor of Northern Badger obtained a receivership order and subsequently a bankruptcy order.

[27] Northern Badger was the licenced operator of 33 wells. Northern Badger's receiver agreed to sell 21 wells and advised the Energy Resources Conservation Board (ERCB) shortly after the sales agreement that the remaining 12 wells had not been sold. In result, 7 wells were passed back to the receiver. When the receiver sought a discharge and proposed to distribute remaining cash on hand (\$226,000) to Pan Americana, the ERCB responded by obtaining an order in council requiring the receiver to abandon the 7 wells at an estimated cost of \$220,000.

[28] Pan Americana challenged the constitutionality of the abandonment order, arguing that Alberta could not compel a receiver/manager to incur abandonment costs that would be at the expense of secured creditors as this would violate the priorities stipulated under the federal *BIA*. The chambers judge agreed and directed the receiver/manager to disregard the provincial abandonment order.

[29] The Alberta Court of Appeal overturned the decision of the chambers judge. The Court held that the ERCB was not acting as a creditor in issuing the order. Rather, the ERCB was enforcing a public law. The ERCB could have become a creditor if it had undertaken the abandonment itself, and thereby become a creditor by virtue of the provisions of the *Oil and Gas Conservation Act*, RSA 2000, c O-6 [*OGCA*]. But the ERCB had not done so.

[30] The Court went on to hold that a court-appointed receiver has an obligation to obey laws of general application. The receiver is not entitled to pick and choose only profitable wells for operation and sale, leaving behind wells whose environmental liabilities exceed potential revenue for the benefit of secured creditors. In result, the receiver/manager was found to be personally liable for the abandonment costs – a finding that created considerable controversy in the financial and insolvency fields.

[31] Following *Northern Badger*, the *BIA* was amended to shield receivers from personal liability. The debate continued, however, about how environmental orders issued by regulatory authorities were to be characterized within an insolvency proceeding. That is, whether such orders created obligations to the public writ large or could or should be subject of proof in an insolvency proceeding (either as a subsisting debt or obligation that can be translated to a monetary value).

2. *Abitibi*

[32] The answer to that question was provided by the 2012 decision of the Supreme Court in *Newfoundland and Labrador v AbitibiBowater Inc*, 2012 SCC 67 [*Abitibi*].

[33] Abitibi was a multi-national company that had operated a pulp and paper business in Newfoundland and Labrador for over 100 years. The company was in financial distress. It made a proposal for insolvency protection under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, RSC 1985, c C-36 [*CCAA*], and closed its operations in the province, which put many people out of work.

[34] The provincial government responded with legislation expropriating Abitibi's assets and made known its intent to undertake remediation of the expropriated lands. It then issued a series of orders requiring the company to conduct that remediation.

[35] The chambers judge presiding in the *CCAA* proceeding found that when the remediation orders were issued, it was fully expected that the government would be remediating the Abitibi sites. The purpose of the orders was to obtain funds from the Abitibi estate to defray the cost of remediation.

[36] The Supreme Court affirmed that an environmental remediation order can constitute a monetary claim in some circumstances. When it does, it is subject to resolution within an

insolvency proceeding, and has no higher priority than that accorded to environmental claims in the *CCAA vis-à-vis* the claims of other creditors.

[37] To determine whether an environmental protection order is, in substance, a provable claim, the Court must assess: (1) whether the regulator has advanced a claim as a creditor; (2) whether the asserted debt, liability or obligation, existed at the time of insolvency; and (3) whether it is possible to assign a monetary value to the claim: at para 26. The Court held that each criterion was met given the findings of fact made by the *CCAA* court.

[38] Accordingly, the Newfoundland and Labrador claim was subject to the *CCAA* proceeding, and the priorities established under the *CCAA*: at para 19.

3. *Redwater*

[39] While not necessarily inconsistent with the reasoning of the Alberta Court of Appeal in *Northern Badger*, the approach used in *Abitibi* created uncertainty regarding the treatment of abandonment and reclamation orders in insolvency proceedings for Alberta oil and gas companies.

[40] Although subject to environmental laws of general application, the primary regulator of oil and gas exploration and production activities in Alberta is the AER, a successor to the ERCB involved in the *Northern Badger*. The AER administers a program designed to ensure, at the licencing (and licence transfer) stage, that operators will have sufficient liquidity to meet end-of-life obligations at wells, production facilities and pipelines. When an insolvency occurs, the AER may, as a matter of practice, participate in the proceedings as an interested party, including reviewing proposed asset dispositions and deciding on licence transfer requests. It may also issue formal abandonment and reclamation orders. If licences are ultimately turned back to the AER by a receiver as unmarketable, the abandonment and reclamation responsibility transfers to the OWA.

[41] The OWA is established under Alta Reg 45/2001. It operates under the aegis of the AER, and is jointly funded by government and industry.

[42] Given the Supreme Court's reasoning in *Abitibi*, it was uncertain whether ARO's would in substance constitute provable claims in an insolvency or create binding but non-monetary regulatory obligations. If the former, the AER would be subject to the proof of claim and priorities process. If the latter, its orders would need to be complied with to the extent possible before distribution of funds and creditors.

[43] This uncertainty was addressed in *Orphan Well Association v Grant Thornton Ltd*, 2019 SCC 5 [*Redwater*].

[44] Redwater was an oil and gas exploration and production company. It owned a variety of wells, production facilities and pipelines. Some had value greater than their estimated abandonment and reclamation costs. Some did not.

[45] On insolvency, Redwater's receiver sought approval of a sales process that would allow the receiver to sell economic assets and renounce and disclaim uneconomic assets. The AER responded with abandonment orders for the assets which the receiver sought to renounce. The chambers judge declared that disclamation was allowed and the receiver was not subject to any obligations under the Abandonment Orders for disclaimed assets pursuant to s. 14.06(4)(a)(ii)

and (c) of the *BIA*. The chambers judge concluded that, in the circumstances, the Abandonment Orders were intrinsically financial according to the *Abitibi* test and therefore subject to the statutory claims and priorities process.

[46] The Alberta Court of Appeal upheld the decision of the chambers judge: *Orphan Well Association v Grant Thornton Limited*, 2017 ABCA 124. Speaking for the majority, Slatter J.A. found that there was sufficient certainty of abandonment and reclamation taking place. The AER was a creditor notwithstanding the interposition of the OWA in the eventual abandonment and reclamation activities themselves. Justice Martin (as she then was) disagreed, stating as follows:

The province has to be able to maintain control over the transfer of well and pipeline licences during a bankruptcy and there is no reason why that regulatory requirement cannot co-exist with the distribution of a debtor's estate. The trustee must comply with the licensing requirements during the bankruptcy process. The trustee cannot, for example, transfer AER-issued well licences to an unqualified licensee; AER approval is required for any transfer. Similarly, the trustee must comply with the LLR program when seeking to transfer licences. The requirement to post security as part of the licence transfer is not, in my view, a "debt" owed to the AER or the province. It is part of the conditions attached to the licence. The AER does not become a creditor when it seeks to enforce the licence conditions, whether it does so by the issuance of abandonment orders or otherwise. On appeal to the Supreme Court, it was held that the Abandonment Orders did not fit within the *Abitibi* test. The AER was acting as a regulator, in pursuit of the environmental protection, not as a creditor, who stood directly gain in the outcome, as was the case in *Abitibi*.

[47] The Supreme Court of Canada overturned the Court of Appeal, agreeing with the dissent. Chief Justice Wagner, for the majority, explained at paras 135 and 136:

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 requirements. The Regulator is not a creditor within the meaning of the *Abitibi* test.

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.

[48] In making this finding, the Supreme Court made it clear that the basic legal and policy considerations articulated in *Northern Badger* had not changed and did so with specific reference to Alberta’s orphan well program. It is clear therefore that abandonment of oil and gas wells in Alberta is considered an overarching public duty. The Regulator does not become a creditor in enforcing such obligations and is not advancing a “non-provable” claim against the estate on behalf of the public. The Regulator may become a creditor if it incurs costs and asserts a statutory debt, but that is a choice for the Regulator to make.

[49] These underlying legal and policy principles were reinforced and restated in a recent decision of the Alberta Court of Appeal, *Manitok Energy Inc (Re)*, 2022 ABCA 117 [*Manitok*].

4. *Manitok*

[50] The chambers judge in *Manitok* approved a proposed sales process in which the receiver of an oil and gas company would apply the sales proceeds of a group of wells and production facilities against the abandonment and reclamation costs of those assets only, leaving a surplus to be distributed to creditors. Other uneconomic assets would be disclaimed and turned back to the AER/OWA. The chambers justice found that such an approach was consistent with *Redwater*, based on findings made by the Supreme Court of Canada at para 159, where it stated:

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 in this case does not interfere with the aims of the *BIA* — rather, it facilitates them.

[51] On appeal, the Alberta Court of Appeal noted that para 159 of *Redwater* presents interpretational challenges. Notwithstanding those challenges, it remained that the division of assets and liabilities endorsed in chambers would undermine the basic principles articulated in *Northern Badger* and *Redwater* and could not be endorsed. At para 29, the Court writes:

This interpretation would render *Redwater* meaningless. If the proceeds of the sale of the bankrupt corporation’s valuable assets cannot be used to reclaim “unrelated assets” there would never be any proceeds available to satisfy public abandonment and reclamation obligations. The assets that are going to be disclaimed by a receiver or trustee because they are overwhelmed by abandonment and reclamation obligations are always going to be “unrelated” under this approach. The disclaimed and orphaned assets cannot, by definition, be sold because of their abandonment and reclamation obligations. Unless the sale proceeds of the valuable assets are available to satisfy those obligations, they can never be satisfied.

[52] Intervenor municipalities argued in *Manitok* that the phrase “assets unrelated to environmental condition or damage” used in *Redwater* means that the proceeds or value of non-oil and gas assets are not available for the satisfaction of abandonment and reclamation obligations: at para 33. The Court acknowledged at paras 35 and 36 that one could read para 159 of *Redwater* as excluding resort to such assets, but expressed skepticism before declining to resolve the issue:

One could read para. 159 of *Redwater* as excluding resort to “unrelated” non-oil and gas assets to cover abandonment and reclamation costs. However, as was pointed out by the Orphan Well Association, the reasons in *Redwater* refer repeatedly to the “assets of the estate”, without drawing any such distinction: see for example *Redwater* at paras. 76, 102, 107, 114. Further, there is no clear boundary between licensed assets and other assets. For example, the sale to Persist (like many similar sales) included not only licensed assets but oil and gas rights, royalty rights, intellectual property, seismic data, vehicles and other chattels. *Redwater* gives no support to the municipalities’ argument.

In the final analysis, the assets sold to Persist appear to be indistinguishable from the type of assets that the trustee in *Redwater* sold. *Redwater* confirms that the proceeds of the sale of those assets must be applied first towards the satisfaction of abandonment and reclamation obligations. To the extent that there is any issue about it, the status of assets completely unrelated to the oil and gas business can be left for another day.

VI. Is the Receiver Obligated to Pay Municipal Taxes Post-Insolvency?

[53] Although the Court of Appeal left the door slightly open for municipalities to argue that not all assets of an insolvent oil and gas are subject to the AER super priority, the Municipalities

in this proceeding do not do so. Nor do they dispute the fundamental finding in *Redwater*: that the ARO must be addressed by a Receiver to the extent reasonably possible and this must be done before distributions can be made. (Hence the term “super priority”).

[54] Rather, the Municipalities argue that the remaining funds should be shared with them because:

1. This case involves competing entitlements to proceeds by entities having non-provable claims, the AER claim pursuant to *Redwater* and the Municipalities claim for unpaid post-insolvency taxes under the *MGA*, with both claimants having a public interest mandate and neither having priority over the other. Hence, the benefits should be shared.
2. The Receiver was obligated to pay property tax on Trident’s assets from its appointment to the date of sale or transfer back to the AER, as a Receivership expense. As an officer of the Court, the Receiver is bound to pay those as they accrue during the receivership.
3. Receivers are appointed pursuant to the *Judicature Act*, so the court may order an equitable division of remaining proceeds in the proportions it sees fit.

[55] The AER/OWA do not dispute that the municipal taxes continued to accrue post-insolvency. Rather, the AER/OWA argue that the Receiver is not required to pay the municipal taxes outside of the priority scheme because:

1. The AER/OWA do not compete with the municipal taxes for priority. ARO is paid in priority because it is a non-monetary regulatory order, not a non-provable claim. Municipal taxes, as a non-provable claim, are subject to the priority sequence.
2. The Receiver is not liable to pay the municipal taxes because they are not “necessary costs of preservation” as the assets were not operated and payment of the taxes would not be for the benefit of all parties. And in any event, it is too late for the Municipalities complain that economic assets were sold without adjustment for municipal taxes. The time for such complaints was when the sales process was presented to the Court for approval.
3. Fairness and equity are not justifications to disregard clear and established principles which govern insolvency.

A. Does the Obligation to Pay Municipal Taxes Post-Receivership Confer a Priority on Municipal Governments that is Parallel to the Super Priority of the AER/OWA?

[56] The municipal taxes owed by Trident may be considered in three categories based upon when the taxes arise. The taxes arise either pre-insolvency, post-insolvency, or post-sale of the assessed assets.

[57] The Municipalities acknowledge that the municipal taxes owing when the Receiver was appointed constitute debts that would need to be proved. As there will be no proceeds available for provable claims, the Municipalities would receive nothing for these claims, even though they

have statutory priority against creditors other than the Crown (which includes the AER) under the *MGA*: s. 348(c).

[58] Similarly, the Municipalities also recognize that the post-sale municipal taxes constitute debts payable by the purchasers of Trident’s assets. A claim for those taxes in bankruptcy, if it was ever to arise, would likely also constitute a provable claim against the purchaser subject to the priority scheme.

[59] However, in the interim period, bookended by periods of taxes as provable claims, the Municipalities argue that post-insolvency municipal taxes become non-provable claims subject to a super priority similar to ARO. This is because both the AER/OWA and the Municipalities have a public interest mandate and the Receiver has an obligation to pay municipal taxes, particularly for assets whose operation is simply suspended pending sale rather than destined for abandonment. Therefore, the municipal taxes should similarly be paid outside and in advance of the insolvency regime. The Municipalities point to the *Manitok* insolvency as an example of such payments being made pursuant to the sales process presented to and approved by the court.

[60] There is no doubt that municipal governments provide necessary and valuable services to their communities. Many would argue that municipal government is the most efficient and valuable level of all. All community members bear responsibility to support their municipal government by paying property taxes, service levies and the like. But it is not as clear that the payment of municipal property taxes has any higher public interest component than obligations such as paying a farmer surface lease rentals for an expropriated wellsite or pipeline right-of-way post-insolvency, paying trade creditors for pre-insolvency debts, or even paying municipalities for outstanding pre-insolvency municipal taxes.

[61] I agree with the OWA that the assertion of a parallel priority based on the public interest as between two holders of non-provable claims is based on a flawed interpretation of *Redwater*, which makes it clear that the OWA’s entitlement to the proceeds of sale is not a claim on the estate that is subject to a determination of priorities. That is the essence of a “super priority” as that term has evolved.

[62] The OWA’s entitlement is addressed outside of the insolvency regime because it is a non-monetary obligation which cannot be not reduced to a provable claim through the test in *Abitibi*, not because it is non-provable. Producers, like Trident, have a legal obligation to ensure their wells are safely abandoned and reclaimed. The OWA acts as a safety net to ensure that those obligations are satisfied by ensuring that reclamation work is ultimately performed. Of course, a dollar figure can be put on end-of-life obligations, but that cost is what is necessary to satisfy the obligations of producers and ensure that wells are safely abandoned and reclaimed. The cost is not levied to generate revenue for the program. That is why the OWA entitlements “define the contours of the bankrupt estate available for distribution”: *Redwater* at para 160.

[63] Municipal taxes, on the other hand, are neither a non-monetary obligation nor incompatible with the *Abitibi* test. The purpose of municipal taxes is to generate revenue for the municipality: *Smoky River Coal Ltd, Re*, 2001 ABCA 209 at para 32. The only obligation on the taxpayer is to pay tax. There is no other corresponding regulatory obligation. And, indeed, the *MGA* makes clear that taxes “are recoverable as a debt due to the municipality” and that a taxpayer is a debtor: s. 348, s. 348.1. Taxes are evidently a monetary obligation.

[64] Even if I accepted that this case described a competition between claims, the legislation provides instruction about the order in which claims are to be paid. The Municipalities' claims "take priority over the claims of every person except the Crown": *MGA*, s. 348(c). On a plain reading of the *MGA*, the legislature has contemplated where the claims of the Municipalities rank in the priority scheme. And that is second to the Crown.

[65] There are those who might characterize the outcome of *Redwater* as shifting liability for environmental remediation in the oil and gas industry from "polluter-pay" to "lender-pay." I disagree.

[66] In my view, *Redwater* shifts liability from "polluter-pay" to "everyone pays," starting with all of those who have suffered financial losses in dealing with the insolvent company, and ending with the OWA, which spreads remaining losses between the Province of Alberta and industry. This includes secured creditors who have lent money to the insolvent entity in good faith, trade creditors who have provided goods or services and remain unpaid, landowners who have hosted the wells, pipelines and production facilities, and municipal governments who are owed taxes dating back to pre-insolvency, among many others. The essence of the AER super priority is that it is not subject to prioritization because the obligation must be met before a distribution can be made to anyone else. It defines the contours of the funds that may be available for distribution.

[67] I also find that the assets subject to the AER super priority are not limited to licenced oil and gas wells, pipelines and production facilities. Trident had certain real estate assets that were used for office or equipment storage and the like. However, Trident had only one business: exploration and production of oil and gas. It makes no sense to differentiate real estate assets from other assets used in that business, just as it made no sense in *Manitok* to carve out economic licensed assets from uneconomic ones. In either case, the result would be to undermine the policy purposes upon which the super priority principle is based.

B. Are Post Insolvency Municipal Taxes a Necessary Cost of Preservation of Assets?

[68] The Municipalities argue that municipal taxes can and should be paid by a Receiver as part as "necessary cost of preservation of assets," and the public interest: See *Toronto Dominion Bank v Usarco Ltd (1997)*, 50 CBR (3d) 127, 1997 CanLII 12417; *Hamilton Wentworth Credit Union Ltd v Courtcliffe Parks Ltd (1995)*, 23 OR (3d) 781, 1995 CanLII 7059; *Robert F Kowal Investments Ltd et al v Deeder Electric Ltd (1975)*, 9 OR (2d) 84, 59 DLR (3d) 492 [*Kowal Investments*]. The Municipalities conclude that:

The unique difficulty here is that because both unpaid post-insolvency taxes and unfunded ARO constitute non-provable claims, we essentially have a priorities contest involving two interests that dwell outside the priorities scheme.

The Municipalities agree with the Receiver that there is no legislation nor reported court decisions which give guidance as to how these non-provable claims should be treated as against each other. This makes allocating funds between these claims, which are not "provable claims", a somewhat novel exercise.

[69] The AER/OWA dispute that the payment of post-insolvency municipal taxes was a necessary cost of preservation of estate assets. They say that such costs were not necessary to allow assets to be operated, as the Receiver chose not to operate any of the assets—whether

marketable or otherwise. Among other considerations, the Receiver did not want to be exposed to any liabilities as an operator. They also argue it cannot be said that payment of property taxes was necessary to preserve assets as that concept is discussed in the case law.

[70] In *Kowal Investments*, the Ontario Court of Appeal explained that “necessary costs of preservation” is one of three exceptions to the rule that receivers may not incur expenses on behalf of the estate, at the expense of creditors:

To qualify, the payments must benefit all parties to the receivership, such as costs to maintain and repair property . . . or otherwise prevent destruction, waste or loss of property, including to prevent tax seizure.

[71] In *Invictus*, this Court found that receiver/managers may be personally liable for post-receivership municipal taxes, in the same way as they may be personally liable for new contracts they enter into with third-parties in relation to the business, subject to a correlative right to be indemnified for those expenses out of the estate assets: *Alberta Treasury Branches v Invictus Financial Corporation*, ABQB Edmonton No 8303 13970, at para 63 [*Invictus*].

[72] The Receiver here was not a receiver/manager as was the case in *Invictus*. Nor was it legally or practically necessary to pay post-insolvency municipal taxes in order to preserve assets of the estate for the overall benefit of its creditors.

[73] The treatment of municipal taxes was part of the sales process presented to and approved by the Court. This was described in the Receiver’s 8th report as follows:

The Receiver determined it was uneconomic to operate Trident’s assets after considering the associated costs, including post-filing property taxes, and therefore focused efforts on the safe shut-in of Trident’s assets prior to initiating the Sales Process for the benefit of Trident’s stakeholders. In the Receiver’s view, and as described at length above, this was not an ordinary course receivership.

[74] The sale of marketable assets without adjustment for municipal taxes (pre- or post-insolvency) was also approved by the Court as the insolvency progressed, with notice to affected municipalities. The Municipalities did not oppose the sales process application, nor any subsequent application for approval of specific assets sales.

[75] It follows that payment of post-insolvency municipal taxes was not necessary to preserve Trident’s exploration and production assets. On the contrary, the non-payment of such taxes made the assets more marketable to solvent companies, and hence more likely to generate economic benefits (and taxes) for host municipalities and landowners following resumption of production.

C. Does Fairness and Equity Justify Payment of the Municipal Taxes?

[76] Even if funds were available for distribution to the Municipalities, I would have been reluctant to order a distribution based on my jurisdiction under the *Judicature Act*. I agree with the AER/OWA, that the Municipalities’ entreaties in this regard have been made too late.

[77] The proceeds of sale of Trident assets were from the outset intended to be used to reduce Trident’s legacy abandonment and reclamation obligations, and by extension those of the Orphan Well program under Alberta’s scheme for management of a province and industry wide problem. The OWA applied for the Receivership of Trident with that objective being clearly stated. The

Court approved the proposed plan, including the sales process and individual sales, free and clear of claims and encumbrances.

[78] Had the Municipalities taken issue with the sales process when first proposed, it is possible that municipal taxes may have been treated differently within this Receivership proceeding. They (and perhaps others) may have proposed a formula similar to that which they say was used in *Manitok* (although in *Manitok*, the Receiver operated a number of producing assets for a number of years). Such a proposal may have been acceptable to the OWA and others, and if not, may have approved by the Court over the OWA's objection particularly if a financial case could be made for such treatment. They did not do so.

[79] Therefore, even if these were funds available for an "equitable" distribution I would not have made such an order.

VII. Conclusion

[80] In response to the request for advice and directions by the Receiver, I direct that the remaining funds will be distributed to the AER for use by the OWA. This includes proceeds of sale of non-licensed assets such as real estate and equipment.

[81] Although I do not accept the Municipalities' request to share in the remaining funds, I agree with the Municipalities that the non-payment of municipal taxes on certain oil and gas assets that are shut-in pending sale or transfer to the OWA appears to place rural municipal governments in a very unfair position *vis-à-vis* the Province of Alberta. Counsel explained that the provincial assessor includes such assets when determining the assessed value of properties in a rural municipality and removes them from the assessment roll only after abandonment is complete. Municipalities must use those assessed values in setting taxes for their rate payers to meet their budgetary requirements and education-related remissions back to the Province even though they may have no opportunity to recoup taxes from the assets in question.

[82] Although not directly in issue in this case, it seems to me that there is a structural unfairness at play here from a municipal taxation and finance perspective as between the provincial government and rural municipalities. If that is indeed the case, it needs to be addressed by the Province of Alberta.

[83] As the application for advice and directions was made in the context of addressing issues of precedential value, there will be no costs awarded.

Heard on the 20th day of September, 2022.

Dated at the City of Calgary, Alberta this 13th day of December, 2022.

R.A. Neufeld
J.C.K.B.A.

Appearances:

Kelsey J. Meyer and Adam Williams
for Pricewater House Coopers Licence Insolvency Trustee, the court appointed receiver
and manager of Trident Exploration Corp. and other Trident entities

Kelly J. Bourassa
for ATB Financial

Gregory Plester and Curtis J. Auch
for Woodlands County and Stettler County

Shauna N. Finlay and Moira Lavoie
for Kneehill County

Robyn Gurofsky, Jessica Cameron and Garrett Finegan
for Orphan Well Association

Candice A. Ross
for Alberta Energy Regulator

Tab 5

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Gerard Comeau *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Prince Edward Island, Attorney General of Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Attorney General of the Northwest Territories, Government of Nunavut as represented by the Minister of Justice, Liquidity Wines Ltd., Painted Rock Estate Winery Ltd., 50th Parallel Estate Limited Partnership, Okanagan Crush Pad Winery Ltd., Noble Ridge Vineyard and Winery Limited Partnership, Artisan Ales Consulting Inc., Montreal Economic Institute, Federal Express Canada Corporation, Canadian Chamber of Commerce, Canadian Federation of Independent Business, Cannabis Culture, Association of Canadian Distillers, operating as Spirits Canada, Canada's National Brewers, Dairy Farmers of Canada, Egg Farmers of Canada, Chicken Farmers of Canada, Turkey Farmers of Canada, Canadian Hatching Egg Producers, Consumers Council of Canada, Canadian Vintners Association and Alberta Small Brewers Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. COMEAU

2018 SCC 15

File No.: 37398.

2017: December 6; 2018: April 19.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Gerard Comeau *Intimé*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureure générale du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, procureur général des Territoires du Nord-Ouest, gouvernement du Nunavut, représenté par le ministre de la Justice, Liquidity Wines Ltd., Painted Rock Estate Winery Ltd., 50th Parallel Estate Limited Partnership, Okanagan Crush Pad Winery Ltd., Noble Ridge Vineyard and Winery Limited Partnership, Artisan Ales Consulting Inc., Institut économique de Montréal, Federal Express Canada Corporation, Chambre de commerce du Canada, Fédération canadienne de l'entreprise indépendante, Cannabis Culture, Association des distillateurs canadiens, faisant affaire sous le nom Spiritueux Canada, Canada's National Brewers, Producteurs laitiers du Canada, Producteurs d'œufs du Canada, Producteurs de poulet du Canada, Éleveurs de dindon du Canada, Producteurs d'œufs d'incubation du Canada, Consumers Council of Canada, Association des vignerons du Canada et Alberta Small Brewers Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. COMEAU

2018 CSC 15

N° du greffe : 37398.

2017 : 6 décembre; 2018 : 19 avril.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Constitutional law — Interprovincial trade — Provincial offences — Restricted access to liquor from other provinces — New Brunswick resident charged under s. 134(b) of Liquor Control Act for having quantities of alcohol in excess of applicable limit — Whether s. 134(b) of Liquor Control Act infringes s. 121 of Constitution Act, 1867 — Whether s. 121 is free trade provision that bars any impediment to interprovincial commerce — Meaning of “admitted free” in s. 121 — Whether trial judge erred in departing from binding precedent on basis of historical evidence and expert’s opinion of evidence — Constitution Act, 1867, s. 121 — Liquor Control Act, R.S.N.B. 1973, c. L-10, s. 134(b).

Droit constitutionnel — Commerce interprovincial — Infractions provinciales — Accès restreint à des boissons alcooliques provenant d’autres provinces — Résident du Nouveau-Brunswick accusé en application de l’art. 134b) de la Loi sur la réglementation des alcools pour avoir eu en sa possession plus d’alcool que la limite permise — L’article 134b) de la Loi sur la réglementation des alcools contrevient-il à l’art. 121 de la Loi constitutionnelle de 1867? — L’article 121 est-il une disposition de libre-échange qui proscrie toute entrave au commerce interprovincial? — Quel est le sens de l’expression « admis en franchise » qui figure à l’art. 121? — Le juge du procès a-t-il eu tort de déroger aux précédents qui font autorité sur le fondement de la preuve historique et de l’opinion d’un expert sur le sens de cette preuve? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 121 — Loi sur la réglementation des alcools, L.R.N.-B. 1973, c. L-10, art. 134b).

Together with other provisions of the New Brunswick *Liquor Control Act*, s. 134(b) makes it an offence to “have or keep liquor” in an amount that exceeds a prescribed threshold purchased from any Canadian source other than the New Brunswick Liquor Corporation. C is a resident of New Brunswick who entered Quebec, visited three different stores, and purchased quantities of alcohol in excess of the applicable limit. Returning from Quebec to New Brunswick, C was stopped by the RCMP; he was charged under s. 134(b) and was issued a fine. C challenged the charge on the basis that s. 121 of the *Constitution Act, 1867* — which provides that all articles of manufacture from any province shall be “admitted free” into each of the other provinces — renders s. 134(b) unconstitutional. The trial judge found s. 134(b) to be of no force and effect against C and dismissed the charge. The Court of Appeal dismissed the Crown’s application for leave to appeal.

Conjugué à d’autres dispositions de la *Loi sur la réglementation des alcools* du Nouveau-Brunswick, l’al. 134b) de cette dernière érige en infraction le fait « [d’]avoir ou [de] garder des boissons alcooliques » en quantité supérieure à la limite prescrite de celles pouvant être achetées d’une source canadienne autre que la Société des alcools du Nouveau-Brunswick. C est un résident du Nouveau-Brunswick qui s’est rendu au Québec, puis dans trois magasins où il s’est procuré des quantités d’alcool excédant la limite applicable. Alors qu’il revenait au Nouveau-Brunswick, C a été arrêté par la GRC; il a été accusé, en application de l’al. 134b), et a été condamné à payer une amende. C a contesté l’accusation, faisant valoir que l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* — qui prévoit que tous articles de la manufacture d’aucune des provinces seront « admis en franchise » dans chacune des autres provinces — rend l’al. 134b) inconstitutionnel. Le juge du procès a conclu que l’al. 134b) était inopérant contre C, et a rejeté l’accusation. La Cour d’appel a rejeté la demande d’autorisation d’appel du ministère public.

Held: The appeal should be allowed. Section 134(b) of the *Liquor Control Act* does not infringe s. 121 of the *Constitution Act, 1867*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L’alinéa 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* ne contrevient pas à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Common law courts are bound by authoritative precedent. Subject to extraordinary exceptions, a lower court must apply the decisions of higher courts to the facts before

Les tribunaux de common law sont liés par les précédents faisant autorité. Sous réserve d’exceptions extraordinaires, une juridiction inférieure doit appliquer les

it. A legal precedent may be revisited if new legal issues are raised as a consequence of significant developments in the law, or if there is a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifts the parameters of the debate. Not only is the exception narrow, it is not a general invitation to reconsider binding authority on the basis of any type of evidence. For a binding precedent from a higher court to be cast aside, the new evidence must fundamentally shift how jurists understand the legal question at issue.

This high threshold was not met in this case. The trial judge relied on evidence presented by an historian whom he accepted as an expert. The trial judge accepted the expert's description of the drafters' motivations for including s. 121 in the *Constitution Act, 1867*, and the expert's opinion that those motivations drive how s. 121 is to be interpreted. Neither class of evidence constitutes evolving legislative and social facts or a comparable fundamental shift; the evidence is simply a description of historical information and one expert's assessment of that information. The trial judge's reliance on the expert's opinion of the correct interpretation of s. 121 was erroneous. To depart from precedent on the basis of such opinion evidence is to cede the judge's primary task to an expert. And to rely on such evidence to rebut *stare decisis* is to substitute one expert's opinion on domestic law for that expressed by appellate courts in binding judgments. This would introduce the very instability in the law that the principle of *stare decisis* aims to avoid.

The modern approach to statutory interpretation provides a guide for determining how "admitted free" in s. 121 should be interpreted. The text of the provision must be read harmoniously with the context and purpose of the statute. Constitutional texts must be interpreted in a broad and purposive manner and in a manner that is sensitive to evolving circumstances. Applying this framework to s. 121, the text, historical context, legislative context, and underlying constitutional principles do not support the contention that s. 121 should be interpreted as prohibiting any and all burdens on the passage of goods over provincial boundaries, essentially imposing an absolute free trade regime within Canada. Rather, these considerations support a flexible, purposive view of s. 121 — one

décisions des juridictions supérieures aux faits dont elle est saisie. Un précédent juridique peut être réexaminé lorsque de nouvelles questions de droit sont soulevées par suite d'une évolution importante du droit ou lorsqu'une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne. Non seulement l'exception est-elle restreinte, mais il ne s'agit pas d'une invitation générale à réexaminer les précédents qui font autorité sur le fondement de n'importe quel type de preuve. Pour qu'un précédent contraignant d'une juridiction supérieure puisse être écarté, les nouveaux éléments de preuve doivent changer la façon dont les juristes comprennent la question juridique en jeu.

En l'espèce, ce seuil exigeant n'a pas été atteint. Le juge du procès s'est fondé sur la preuve présentée par un historien auquel il a reconnu le statut d'expert. Le juge du procès a accepté la description qu'a donnée cet expert quant aux motivations des rédacteurs à l'appui de l'inclusion de l'art. 121 dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi que son opinion selon laquelle ces motivations indiquent la façon dont l'art. 121 doit être interprété. Or, aucun de ces types de preuve ne constitue une preuve de l'évolution des faits législatifs et sociaux ou d'un changement comparable radical de la donne; il s'agit simplement d'une description de renseignements historiques et de l'évaluation de ces renseignements par un expert. Le juge du procès s'est appuyé sur l'opinion de l'expert concernant l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 121. Ce faisant, il a commis une erreur. Déroger à un précédent sur le fondement d'une telle preuve d'opinion revient à céder la principale tâche du juge à un expert. En outre, se fonder sur une telle preuve pour réfuter le *stare decisis* revient à substituer l'opinion de l'expert sur le droit interne à celle exprimée par les tribunaux d'appel dans des jugements qui font autorité. Une telle approche entraînerait l'instabilité du droit, ce que le principe de *stare decisis* vise spécifiquement à éviter.

La méthode moderne d'interprétation législative fournit les paramètres pour décider de quelle façon l'expression « admis en franchise » qui figure à l'art. 121 doit être interprétée. Le texte de la disposition doit être interprété d'une manière qui s'accorde avec le contexte et l'objet de la loi. Les textes constitutionnels doivent être interprétés généreusement en fonction de leur objet, et d'une façon qui tient compte de l'évolution des circonstances. Appliquant ce cadre d'analyse à l'art. 121, le libellé, les contextes historique et législatif de même que les principes constitutionnels sous-jacents n'étaient pas la prétention selon laquelle l'art. 121 doit s'interpréter comme interdisant toute entrave à la circulation des biens d'une province à une autre, ce qui équivaldrait pour l'essentiel

that respects an appropriate balance between federal and provincial powers.

With respect to the text of s. 121, the phrase “admitted free” is ambiguous, and falls to be interpreted on the basis of the historical, legislative and constitutional contexts. To achieve economic union, the framers of the Constitution agreed that individual provinces needed to relinquish their tariff powers. The historical context supports the view that, at a minimum, s. 121 prohibits the imposition of charges on goods crossing provincial boundaries — tariffs and tariff-like measures. But the historical evidence nowhere suggests that provinces would lose their power to legislate under s. 92 of the *Constitution Act, 1867* for the benefit of their constituents even if that might have impacts on interprovincial trade.

As well, the legislative context of s. 121 indicates that it was part of a scheme that enabled the shifting of customs, excise, and similar levies from the former colonies to the Dominion; that it should be interpreted as applying to measures that increase the price of goods when they cross a provincial border; and that it should not be read so expansively that it would impinge on legislative powers under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*.

In addition, foundational principles underlying the Constitution may aid in its interpretation. In this case, the federalism principle is vital. It recognizes the autonomy of provincial governments to develop their societies within their respective spheres of jurisdiction and requires a court interpreting constitutional texts to consider how different interpretations impact the balance between federal and provincial interests. Reading s. 121 to require full economic integration would significantly undermine the shape of Canadian federalism, which is built upon regional diversity within a single nation. The need to maintain balance embodied in the federalism principle supports an interpretation of s. 121 that prohibits laws directed at curtailing the passage of goods over interprovincial borders, but allows legislatures to pass laws to achieve other goals within their powers, even though the laws may have the incidental effect of impeding the passage of goods over interprovincial borders.

à forcer l’existence d’un régime de libre-échange absolu au Canada. Ces éléments appuient plutôt une conception souple et téléologique de l’art. 121, une conception qui respecte un juste équilibre entre les compétences fédérales, d’une part, et provinciales, d’autre part.

En ce qui a trait au libellé de l’art. 121, l’expression « admis en franchise » est ambiguë, et il convient de l’interpréter en fonction des contextes historique, législatif et constitutionnel. Pour que l’union économique se réalise, les auteurs de la Constitution ont reconnu que chaque province devait renoncer à son pouvoir en matière de tarif. Le contexte historique appuie l’avis selon lequel, à tout le moins, l’art. 121 interdit l’imposition de tarifs et d’autres mesures semblables sur les biens qui circulent d’une province à une autre. La preuve historique n’indique toutefois nullement que les provinces perdraient leur pouvoir de légiférer en vertu de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans l’intérêt de leurs citoyens, même si cela pouvait avoir une incidence sur le commerce interprovincial.

En outre, le contexte législatif de l’art. 121 indique qu’il faisait partie d’un régime permettant que les droits de douane et d’accise ainsi que les taxes semblables passent des anciennes colonies au Dominion; qu’il doit être interprété comme s’appliquant aux mesures qui ont pour effet d’augmenter le prix des biens lorsqu’ils franchissent une frontière provinciale; et qu’il ne doit pas recevoir une interprétation large au point qu’il empièterait sur les pouvoirs législatifs prévus aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Qui plus est, les principes fondamentaux à la base de la Constitution peuvent aider à son interprétation. Dans le présent cas, le principe du fédéralisme est primordial. Il reconnaît l’autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence et il exige que le tribunal qui interprète des textes constitutionnels tienne compte des répercussions des différentes interprétations sur l’équilibre entre les intérêts du fédéral et ceux des provinces. Une interprétation de l’art. 121 qui exigerait une pleine intégration économique minerait considérablement la nature du fédéralisme canadien, qui repose sur la diversité des régions au sein d’une même nation. La nécessité de maintenir l’équilibre consacré par le principe du fédéralisme appuie l’interprétation de l’art. 121 qui interdit les lois visant à restreindre la circulation des biens entre les provinces, mais qui permet aux législatures d’en adopter qui visent la réalisation d’autres objectifs dans les limites de leurs pouvoirs, même si ces lois peuvent avoir comme effet accessoire d’entraver la circulation des biens d’une province à une autre.

The lines of jurisprudential authority about the ambit of s. 121 can be distilled into two related propositions. First, the purpose of s. 121 is to prohibit laws that in essence and purpose restrict or limit the free flow of goods across the country. Second, laws that pose only incidental effects on trade as part of broader regulatory schemes not aimed at impeding trade do not have the purpose of restricting interprovincial trade and hence do not violate s. 121. Therefore, s. 121 does not catch burdens on goods crossing provincial borders that are merely incidental effects of a law or scheme aimed at some other purpose. To prohibit incidental impacts on cross-border trade would allow s. 121 to trump valid exercises of legislative power, and create legislative hiatuses where neither level of government could act.

It follows that a claimant alleging that a law violates s. 121 must establish that the law in essence and purpose restricts trade across a provincial border. The law must impact the interprovincial movement of goods like a tariff, which, in the extreme, could be an outright prohibition. The claimant must establish that the law imposes an additional burden on goods by virtue of them coming in from outside the province. And, restriction of cross-border trade must be the primary purpose of the law, thereby excluding laws enacted for other purposes, such as laws that form rational parts of broader legislative schemes with purposes unrelated to impeding interprovincial trade.

In this case, s. 134(b) impedes liquor purchases originating anywhere other than the New Brunswick Liquor Corporation. In essence, it functions like a tariff, even though it may have other purely internal effects. However, the text and effects are aligned and suggest the primary purpose of s. 134(b) is not to impede trade, but rather to restrict access to any non-Corporation liquor, not just liquor brought in from another province. The objective of the New Brunswick regulatory scheme is not to restrict trade across a provincial boundary, but to enable public supervision of the production, movement, sale, and use of alcohol within New Brunswick. Finally, s. 134(b) is not divorced from the objective of the larger scheme. It plainly serves New Brunswick's choice to control the supply and use of liquor within the province. The primary purpose of s. 134(b) is to prohibit holding excessive quantities of liquor from supplies not managed by the province. While one effect of s. 134(b) is to impede interprovincial trade, this effect is only incidental in light of the objective of the

Les courants jurisprudentiels quant à la portée de l'art. 121 peuvent être regroupés en deux propositions connexes. Premièrement, l'objet de l'art. 121 est d'interdire les lois qui, de par leur essence et leur objet, restreignent ou limitent la libre circulation des biens dans tout le pays. Deuxièmement, les lois qui n'ont qu'un effet accessoire sur le commerce dans le contexte de régimes réglementaires plus larges qui ne visent pas à entraver le commerce n'ont pas pour objet de restreindre le commerce interprovincial et n'enfreignent donc pas l'art. 121. Ainsi, ce dernier ne vise pas les entraves au passage des biens d'une province à une autre qui sont simplement accessoires à une loi ou à un régime législatif visant un autre objet. L'interdiction des effets accessoires d'une loi ou d'un régime sur le commerce transfrontalier permettrait à l'art. 121 de primer sur l'exercice valide d'un pouvoir législatif et créerait des lacunes législatives à l'égard desquelles aucun ordre de gouvernement ne pourrait agir.

Un demandeur qui plaide qu'une loi enfreint l'art. 121 doit donc démontrer que cette loi, de par son essence et son objet, restreint le commerce interprovincial. La loi doit avoir, comme un tarif, une incidence sur la circulation interprovinciale de biens, une incidence qui, à la limite, peut consister en une interdiction pure et simple. Le demandeur doit établir que la loi impose une charge supplémentaire sur les biens du fait qu'ils proviennent de l'extérieur de la province. Il faut aussi que la restriction au commerce interprovincial constitue l'objet principal de la loi, de sorte que ne sont pas visées les lois adoptées pour l'atteinte d'autres objets, comme des lois qui font rationnellement partie de régimes législatifs plus larges dont les objets ne sont pas liés à l'entrave au commerce interprovincial.

En l'espèce, l'al. 134b) entrave l'achat de boissons alcooliques provenant d'ailleurs que de la Société des alcools du Nouveau-Brunswick. De par son essence, il fonctionne comme un tarif, et ce, même s'il peut avoir d'autres effets strictement liés au commerce qui a cours dans la province. Cependant, le libellé et les effets de cette disposition pointent dans la même direction et laissent croire que son objet principal n'est pas d'entraver le commerce, mais plutôt de restreindre l'accès à toutes les boissons alcooliques obtenues de sources autres que la Société et non pas uniquement à celles qui proviennent d'une autre province. Le régime réglementaire du Nouveau-Brunswick ne vise pas à restreindre le commerce interprovincial. Il vise plutôt à permettre la supervision par des entités publiques de la production, de la circulation, de la vente et de l'utilisation de l'alcool au Nouveau-Brunswick. Enfin, l'al. 134b) n'est pas dissocié de l'objet du régime plus large. Il contribue clairement au choix de la province de contrôler l'approvisionnement et l'utilisation des boissons alcooliques sur

provincial scheme in general. Therefore, while s. 134(b) in essence impedes cross-border trade, this is not its primary purpose. Section 134(b) does not infringe s. 121 of the *Constitution Act, 1867*.

Cases Cited

Applied: *Gold Seal Ltd. v. Attorney-General for the Province of Alberta* (1921), 62 S.C.R. 424; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Atlantic Smoke Shops Ltd. v. Conlon*, [1943] 4 D.L.R. 81; *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; **referred to:** *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1133; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] 1 D.L.R. 98; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23*, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292; *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*,

son territoire. L'objet principal de l'al. 134b) consiste à interdire la garde de quantités excessives de boissons alcooliques provenant de réserves qui ne sont pas régies par la province. Certes, l'al. 134b) a pour effet d'entraver le commerce interprovincial, mais cet effet n'est qu'accessoire compte tenu de l'objet du régime provincial pris dans son ensemble. Ainsi, bien que, de par son essence, l'al. 134b) entrave le commerce transfrontalier, il ne s'agit pas de son objet principal. L'alinéa 134b) ne contrevient pas à l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Gold Seal Ltd. c. Attorney-General for the Province of Alberta* (1921), 62 R.C.S. 424; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Atlantic Smoke Shops Ltd. c. Conlon*, [1943] 4 D.L.R. 81; *Murphy c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; **arrêts mentionnés :** *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] 1 D.L.R. 98; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*,

2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696; *Attorney-General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Assn.*, [1971] S.C.R. 689; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581; *R. v. Gauthreau* (1978), 21 N.B.R. (2d) 701.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Wheat Board Act, R.S.C. 1952, c. 44.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92, Part VIII, 119, 121, 122, 123.
Importation of Intoxicating Liquors Act, R.S.C. 1985, c. I-3, s. 3.
Liquor Control Act, R.S.N.B. 1973, c. L-10, ss. 43(c), 134(b), 148(2).
New Brunswick Liquor Corporation Act, S.N.B. 1974, c. N-6.1 [now R.S.N.B. 2016, c. 105].
Provincial Offences Procedure Act, S.N.B. 1987, c. P-22.1, s. 116(3).
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40.

Treaties and Other International Instruments

General Agreement on Tariffs and Trade, Can. T.S. 1948 No. 31, Part I, Article I.
Reciprocity Treaty With Great Britain, June 5, 1854, 10 Stat. 1089.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 9th ed. by Bryan A. Gardner. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2009, "tariff".
 Hill, Derek, ed. *National Trade and Tariff Service*. Toronto: LexisNexis, 1999 (loose-leaf updated February 2018).
 Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. "Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court: Reflections on the Debate about Canadian Federalism" (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 329.
 Kong, Hoi L. "Republicanism and the division of powers in Canada" (2014), 64 *U.T.L.J.* 359.
 Leclair, Jean. "The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity" (2003), 28 *Queen's L.J.* 411.
 McLean, James A. *Essays in the Financial History of Canada*. New York: Columbia College, 1894.
 Monahan, Patrick J. "At doctrine's twilight: The structure of Canadian federalism" (1984), 34 *U.T.L.J.* 47.

2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292; *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; *Procureur général du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Assn.*, [1971] R.C.S. 689; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581; *R. c. Gauthreau* (1978), 21 R.N.-B. (2^e) 701.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92, partie VIII, 119, 121, 122, 123.
Loi sur l'importation des boissons enivrantes, L.R.C. 1985, c. I-3, art. 3.
Loi sur la Commission canadienne du blé, S.R.C. 1952, c. 44.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40.
Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales, L.N.-B. 1987, c. P-22.1, art. 116(3).
Loi sur la réglementation des alcools, L.R.N.-B. 1973, c. L-10, art. 43c), 134b), 148(2).
Loi sur la Société des alcools du Nouveau-Brunswick, L.N.-B. 1974, c. N-6.1 [maintenant L.R.N.-B. 2016, c. 105].

Traité et autres instruments internationaux

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, R.T. Can. 1948 n° 31, partie I, art. I.
Reciprocity Treaty With Great Britain, June 5, 1854, 10 Stat. 1089.

Doctrine et autres documents cités

Black's Law Dictionary, 9th ed. by Bryan A. Gardner, St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2009, « *tariff* ».
 Hill, Derek, ed. *National Trade and Tariff Service*, Toronto, LexisNexis, 1999 (loose-leaf updated February 2018).
 Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. « Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court : Reflections on the Debate about Canadian Federalism » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 329.
 Kong, Hoi L. « Republicanism and the division of powers in Canada » (2014), 64 *U.T.L.J.* 359.
 Leclair, Jean. « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28 *Queen's L.J.* 411.
 McLean, James A. *Essays in the Financial History of Canada*, New York, Columbia College, 1894.
 Monahan, Patrick J. « At doctrine's twilight : The structure of Canadian federalism » (1984), 34 *U.T.L.J.* 47.

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “essence”.

Perry, J. Harvey. *Taxes, tariffs, & subsidies: A history of Canadian fiscal development*. Toronto: University of Toronto Press, 1955.

Schneiderman, David. “Economic Citizenship and Deliberative Democracy: An Inquiry into Constitutional Limitations on Economic Regulation” (1995), 21 *Queen’s L.J.* 125.

Scott, F. R. “Centralization and Decentralization in Canadian Federalism” (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 1095.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Swinton, Katherine. “Courting Our Way to Economic Integration: Judicial Review and the Canadian Economic Union” (1995), 25 *Can. Bus. L.J.* 280.

Wexler, Stephen. “The Urge to Idealize: Viscount Haldane and the Constitution of Canada” (1984), 29 *McGill L.J.* 608.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Larlee J.A.), 2016 CanLII 73665, [2016] N.B.J. No. 232 (QL), 2016 CarswellNB 445 (WL Can.), dismissing an application for leave to appeal a decision of LeBlanc Prov. Ct. J., 2016 NBPC 3, 448 N.B.R. (2d) 1, 1179 A.P.R. 1, 398 D.L.R. (4th) 123, [2016] N.B.J. No. 87 (QL), 2016 CarswellNB 167 (WL Can.), declaring s. 134(b) of the *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10, of no force or effect with respect to Mr. Comeau. Appeal allowed.

William B. Richards and Kathryn A. Gregory, Q.C., for the appellant.

Ian A. Blue, Q.C., Arnold Schwisberg, Mikael Bernard and Daria Peregoudova, for the respondent.

François Joyal and Ian Demers, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michael S. Dunn and Padraic Ryan, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jean-Vincent Lacroix and Laurie Anctil, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Perry, J. Harvey. *Taxes, tariffs, & subsidies : A history of Canadian fiscal development*, Toronto, University of Toronto Press, 1955.

Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, nouvelle éd., Paris, Le Robert, 2012, « essence ».

Schneiderman, David. « Economic Citizenship and Deliberative Democracy : An Inquiry into Constitutional Limitations on Economic Regulation » (1995), 21 *Queen’s L.J.* 125.

Scott, F. R. « Centralization and Decentralization in Canadian Federalism » (1951), 29 *R. du B. can.* 1095.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Swinton, Katherine. « Courting Our Way to Economic Integration : Judicial Review and the Canadian Economic Union » (1995), 25 *Rev. can. dr. comm.* 280.

Wexler, Stephen. « The Urge to Idealize : Viscount Haldane and the Constitution of Canada » (1984), 29 *R.D. McGill* 608.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (la juge Larlee), 2016 CanLII 73665, [2016] A.N.-B. n° 232 (QL), 2016 CarswellNB 446 (WL Can.), qui a rejeté une demande d’autorisation d’appel d’une décision du juge LeBlanc de la Cour provinciale, 2016 NBPC 3, 448 R.N.-B. (2^e) 1, 1179 A.P.R. 1, 398 D.L.R. (4th) 123, [2016] A.N.-B. n° 87 (QL), 2016 CarswellNB 272 (WL Can.), qui avait déclaré inopérant contre M. Comeau l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, c. L-10. Pourvoi accueilli.

William B. Richards et Kathryn A. Gregory, c.r., pour l’appelante.

Ian A. Blue, c.r., Arnold Schwisberg, Mikael Bernard et Daria Peregoudova, pour l’intimé.

François Joyal et Ian Demers, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Michael S. Dunn et Padraic Ryan, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Jean-Vincent Lacroix et Laurie Anctil, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

No one appeared for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

J. Gareth Morley and Tyna Mason, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Jonathan M. Coady and Thomas Laughlin, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

Theodore J. C. Litowski, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Philip Osborne and Barbara Barrowman, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Bradley Patzer, for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories.

John L. MacLean and Adrienne Silk, for the intervener the Government of Nunavut as represented by the Minister of Justice.

Shea Coulson and Allan L. Doolittle, for the interveners Liquidity Wines Ltd., Painted Rock Estate Winery Ltd., 50th Parallel Estate Limited Partnership, Okanagan Crush Pad Winery Ltd. and Noble Ridge Vineyard and Winery Limited Partnership.

Malcolm Lavoie, for the intervener Artisan Ales Consulting Inc.

Mark Gelowitz and Robert Carson, for the intervener the Montreal Economic Institute.

J. Scott Maidment and Samantha Gordon, for the intervener Federal Express Canada Corporation.

Christopher D. Bredt and Ewa Krajewska, for the interveners the Canadian Chamber of Commerce and the Canadian Federation of Independent Business.

Personne n'a comparu pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

J. Gareth Morley et Tyna Mason, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Jonathan M. Coady et Thomas Laughlin, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

Theodore J. C. Litowski, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Robert J. Normey, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Philip Osborne et Barbara Barrowman, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Bradley Patzer, pour l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest.

John L. MacLean et Adrienne Silk, pour l'intervenant le gouvernement du Nunavut, représenté par le ministre de la Justice.

Shea Coulson et Allan L. Doolittle, pour les intervenantes Liquidity Wines Ltd., Painted Rock Estate Winery Ltd., 50th Parallel Estate Limited Partnership, Okanagan Crush Pad Winery Ltd. et Noble Ridge Vineyard and Winery Limited Partnership.

Malcolm Lavoie, pour l'intervenante Artisan Ales Consulting Inc.

Mark Gelowitz et Robert Carson, pour l'intervenant l'Institut économique de Montréal.

J. Scott Maidment et Samantha Gordon, pour l'intervenante Federal Express Canada Corporation.

Christopher D. Bredt et Ewa Krajewska, pour les intervenantes la Chambre de commerce du Canada et la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante.

Kirk Tousaw and Jack Lloyd, for the intervener Cannabis Culture.

Jennifer Klinck and Marion Sandilands, for the intervener the Association of Canadian Distillers, operating as Spirits Canada.

Steven I. Sofer and Paul Seaman, for the intervener Canada's National Brewers.

David K. Wilson, Owen M. Rees and Julie Mouris, for the interveners the Dairy Farmers of Canada, the Egg Farmers of Canada, the Chicken Farmers of Canada, the Turkey Farmers of Canada and the Canadian Hatching Egg Producers.

Paul J. Bates, Ronald Podolny, Tyler J. Planeta and Michael Sobkin, for the intervener the Consumers Council of Canada.

Robert W. Staley, Ranjan K. Agarwal and Jessica M. Starck, for the intervener the Canadian Vintners Association.

Robert Martz and Paul Chiswell, for the intervener the Alberta Small Brewers Association.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

I. Introduction

[1] In 1867, *The British North America Act, 1867* (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, united individual British colonies into one new country, the Dominion of Canada. Prior to this, each colony had its own power to impose tariffs at its borders. Part VIII of that Act (now the *Constitution Act, 1867*) contains provisions for the transfer of this power to levy tariffs to the Dominion government. At the heart of Part VIII is s. 121, the provision at issue in this appeal:

All Articles of the Growth, Produce, or Manufacture of any one of the Provinces shall, from and after the Union, be admitted free into each of the other Provinces.

Kirk Tousaw et Jack Lloyd, pour l'intervenante Cannabis Culture.

Jennifer Klinck et Marion Sandilands, pour l'intervenante l'Association des distillateurs canadiens, faisant affaire sous le nom Spiritueux Canada.

Steven I. Sofer et Paul Seaman, pour l'intervenante Canada's National Brewers.

David K. Wilson, Owen M. Rees et Julie Mouris, pour les intervenants les Producteurs laitiers du Canada, les Producteurs d'œufs du Canada, les Producteurs de poulet du Canada, les Éleveurs de dindon du Canada et les Producteurs d'œufs d'incubation du Canada.

Paul J. Bates, Ronald Podolny, Tyler J. Planeta et Michael Sobkin, pour l'intervenant Consumers Council of Canada.

Robert W. Staley, Ranjan K. Agarwal et Jessica M. Starck, pour l'intervenante l'Association des vignerons du Canada.

Robert Martz et Paul Chiswell, pour l'intervenante Alberta Small Brewers Association.

Version française du jugement rendu par

LA COUR —

I. Introduction

[1] En 1867, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, a unifié des colonies britanniques distinctes en un nouveau pays, le Dominion du Canada. Avant l'adoption de cette loi, chaque colonie disposait de son propre pouvoir d'imposer des tarifs à ses frontières. La partie VIII de cet Acte (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*) contient des dispositions prévoyant le transfert de ce pouvoir au gouvernement du Dominion. Au cœur de cette partie VIII se trouve l'art. 121, la disposition en cause dans le présent pourvoi :

Tous articles du crû, de la provenance ou manufacture d'aucune des provinces seront, à dater de l'union, admis en franchise dans chacune des autres provinces.

[2] The respondent, Mr. Gerard Comeau, contends that s. 121 is essentially a free trade provision — in his view, no barriers can be erected to impede the passage of goods across provincial boundaries. On the other side of the debate, the appellant, Her Majesty the Queen in Right of New Brunswick (“the Crown”), argues that s. 121 was only intended to dismantle the power to impose tariffs or tariff-like charges at provincial boundaries. The trial judge agreed with Mr. Comeau. The question before us is whether he erred in doing so. What does it mean for articles to be “admitted free” as stated in s. 121? How does that requirement constrain state action? Fundamentally, does s. 121 constitutionalize some particular form of economic union? These questions lie at the core of this appeal.

[3] The answers to these questions have broad implications. If to be “admitted free” is understood as a constitutional guarantee of free trade, the potential reach of s. 121 is vast. Agricultural supply management schemes, public health-driven prohibitions, environmental controls, and innumerable comparable regulatory measures that incidentally impede the passage of goods crossing provincial borders may be invalid.

[4] The dispute arises out of Mr. Comeau’s assertion that s. 121 of the *Constitution Act, 1867* prevents the Province of New Brunswick from legislating that New Brunswick residents cannot stock alcohol from another province. The appeal asks whether s. 134(b) of the *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10, infringes s. 121. Section 134(b) of the *Liquor Control Act* provides:

134 Except as provided by this Act or the regulations, no person, within the Province, by himself, his clerk, employee, servant or agent shall

...

[2] L’intimé, M. Gerard Comeau, soutient que l’art. 121 est essentiellement une disposition de libre-échange — à son avis, aucune barrière ne peut être érigée pour entraver la circulation des biens d’une province à une autre. La partie adverse, appelante, Sa Majesté la Reine du chef du Nouveau-Brunswick (« ministère public »), fait valoir que l’art. 121 ne visait qu’à supprimer le pouvoir d’imposer des tarifs ou des charges semblables aux frontières provinciales. Le juge du procès a donné raison à M. Comeau. La question dont nous sommes saisis est celle de savoir s’il a eu tort de le faire. Quel sens faut-il donner, en ce qui a trait aux articles, à l’expression « admis en franchise » qui figure à l’art. 121? De quelle façon cette exigence limite-t-elle l’action de l’État? Fondamentalement, l’art. 121 constitutionnalise-t-il une forme particulière d’union économique? Voilà ce qui est au cœur du présent pourvoi.

[3] Les réponses à ces questions ont de vastes répercussions. Si l’on considère que l’expression « admis en franchise » représente une garantie constitutionnelle de libre-échange, l’art. 121 pourrait avoir une large portée. Les systèmes de gestion de l’approvisionnement agricole, les interdictions fondées sur la santé publique, les contrôles environnementaux et d’innombrables mesures réglementaires similaires qui entravent accessoirement la circulation des biens d’une province à une autre pourraient être invalides.

[4] Le litige découle de l’affirmation de M. Comeau selon laquelle l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* empêche la province du Nouveau-Brunswick d’adopter des mesures législatives interdisant à ses résidents de faire des provisions de boissons alcooliques provenant d’une autre province. Il s’agit en l’espèce de décider si l’al. 134(b) de la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, c. L-10, contrevient à l’art. 121. Cette disposition est ainsi libellée :

134 Sauf dans les cas prévus par la présente loi et les règlements, nul ne doit, dans la province, soit personnellement, soit par l’entremise de son commis, employé, préposé ou représentant,

...

(b) have or keep liquor,

not purchased from the Corporation.

[5] Together with ss. 43(c) and 148(2) of the *Liquor Control Act*, s. 134(b) makes it an offence to “have or keep liquor” in an amount that exceeds a prescribed threshold purchased from any Canadian source other than the New Brunswick Liquor Corporation.

[6] In holding that s. 134(b) of the *Liquor Control Act* is invalid because it offends s. 121 of the *Constitution Act, 1867*, the trial judge departed from binding precedent from this Court on the basis of historical and opinion evidence tendered by an expert witness.

[7] The appeal therefore raises two issues. First, did the trial judge err in departing from precedent, and second, what is the proper interpretation of s. 121? Both issues go to the primary question in this appeal: Does s. 134(b) of the *Liquor Control Act* infringe s. 121 of the *Constitution Act, 1867*?

[8] We conclude that the trial judge erred in departing from previous decisions of this Court. Going on to interpret s. 121, we conclude that it prohibits laws that in essence and purpose impede the passage of goods across provincial borders and, therefore, does not prohibit laws that yield only incidental effects on interprovincial trade. The impediment to trade posed by s. 134(b) of the *Liquor Control Act* is an incidental effect of a regulatory scheme that does not, as its primary purpose, thwart interprovincial trade. Thus, s. 134(b) does not infringe s. 121. We would therefore allow the appeal.

b) avoir ou garder des boissons alcooliques

achetées ailleurs qu’à la Société.

[5] Conjugué à l’al. 43c) et au par. 148(2) de la *Loi sur la réglementation des alcools*, l’al. 134b) de cette dernière érige en infraction le fait « [d’]avoir ou [de] garder des boissons alcooliques » en quantité supérieure à la limite prescrite de celles pouvant être achetées d’une source canadienne autre que la Société des alcools du Nouveau-Brunswick.

[6] En concluant que l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* est invalide parce qu’il contrevient à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le juge du procès s’est écarté, sur le fondement du témoignage d’opinion livré par un témoin expert et de sa présentation du contexte historique de l’adoption de l’art. 121, de précédents de la Cour qui font autorité.

[7] Le pourvoi soulève donc deux questions. Premièrement, le juge du procès a-t-il eu tort de rompre avec les précédents? Deuxièmement, quelle est l’interprétation qu’il convient de donner à l’art. 121? Ces questions se rapportent toutes deux à l’enjeu principal dans le présent pourvoi : l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* contrevient-il à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

[8] Nous concluons que le juge du procès a eu tort de s’écartier de décisions antérieures de la Cour. Quant à l’interprétation de l’art. 121, nous concluons qu’il proscriit les mesures législatives qui, de par leur essence et leur objet, entravent la circulation des biens d’une province à une autre, et qu’il ne proscriit donc pas les lois qui n’ont que des effets accessoires sur le commerce interprovincial. L’entrave au commerce que met l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* est un effet accessoire d’un régime de réglementation qui n’a pas pour objet principal de contrecarrer le commerce interprovincial. Cette disposition ne contrevient pas à l’art. 121. Nous sommes donc d’avis d’accueillir le pourvoi.

II. Factual History

[9] The respondent Mr. Comeau is a resident of the Tracadie-Sheila region on the Acadian Peninsula in northeastern New Brunswick. On October 6, 2012, Mr. Comeau drove to Campbellton in the north-west of the province, crossed the Restigouche River, and entered Quebec. Mr. Comeau did what many Canadians who live tantalizingly close to cheaper alcohol prices across provincial boundaries probably do. He visited three different stores and stocked up.

[10] Mr. Comeau was being watched. The Campbellton RCMP had become concerned with the frequency by which enterprising New Brunswick residents were sourcing large quantities of alcohol in Quebec in contravention of the law. In response, the RCMP started monitoring New Brunswick visitors to commonly frequented liquor stores on the Quebec side. Officers in Quebec would record visitors' information and pass it on to their New Brunswick colleagues, who were waiting across the border. During his October 6, 2012 trip, Mr. Comeau was so tracked.

[11] Returning from Quebec to New Brunswick, Mr. Comeau was stopped by the RCMP. The police found a large quantity of beer and some bottles of spirits in his vehicle. It is not in dispute that Mr. Comeau purchased quantities of alcohol in excess of the applicable limit prescribed by s. 43(c) of the *Liquor Control Act*. Mr. Comeau was charged under s. 134(b) and consequently issued a fine in the amount of \$240 plus administrative fees and the victim surcharge levy.

[12] Mr. Comeau challenged the charge on the basis that s. 121 of the *Constitution Act, 1867* renders s. 134(b) of the *Liquor Control Act* unconstitutional and therefore of no force and effect. It is not controversial that the beer and liquor at issue in this case are the "Articles of the Growth, Produce, or Manufacture" of a Canadian province — that

II. Les faits

[9] L'intimé, M. Comeau, est un résident de la région de Tracadie-Sheila située dans la péninsule acadienne, au nord-est du Nouveau-Brunswick. Le 6 octobre 2012, il s'est rendu en voiture à Campbellton dans le nord-ouest de la province, a traversé la rivière Restigouche et est entré au Québec. Ensuite, il a fait ce que font probablement de nombreux Canadiens habitant si près d'une province où le prix de l'alcool est moins élevé que dans leur province de résidence : il s'est rendu dans trois magasins différents et a fait des provisions.

[10] M. Comeau était surveillé. Le détachement de la GRC de Campbellton jugeait préoccupante la fréquence à laquelle des résidents entreprenants du Nouveau-Brunswick se procuraient de grandes quantités d'alcool au Québec en contravention de la loi. En réaction, ses agents ont commencé à surveiller les Néo-Brunswickois qui se rendaient à des points de vente d'alcool très fréquentés du côté du Québec. Les agents du Québec consignaient les renseignements relatifs à ces visiteurs et les transmettaient à leurs collègues du Nouveau-Brunswick, qui attendaient de l'autre côté de la frontière. C'est de cette façon que M. Comeau a été suivi lorsqu'il s'est rendu au Québec le 6 octobre 2012.

[11] Alors qu'il revenait au Nouveau-Brunswick, M. Comeau a été arrêté par la GRC. Les policiers ont trouvé une grande quantité de bière et des bouteilles de spiritueux dans son véhicule. Il n'est pas contesté que M. Comeau s'est procuré des quantités d'alcool excédant la limite applicable prescrite par l'al. 43c) de la *Loi sur la réglementation des alcools*. Il a été accusé, en application de l'al. 134b), et a été condamné à payer une amende de 240 \$, en plus des frais d'administration et de la suramende compensatoire.

[12] M. Comeau a contesté l'accusation, faisant valoir que l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* rend l'al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* inconstitutionnel et, par conséquent, inopérant. La bière et les spiritueux en cause en l'espèce sont, sans conteste, des « articles du crû, de la provenance ou manufacture » d'une province

is, they were produced in Quebec or elsewhere in Canada. The question of whether s. 121 concerns non-Canadian goods imported into one province and then shipped across the country either intact or as inputs in new manufactured goods is not before the Court and therefore we do not address it.

III. Judicial History

[13] The New Brunswick Provincial Court, per LeBlanc J., agreed with Mr. Comeau that s. 134(b) infringed s. 121 of the *Constitution Act, 1867*. The trial judge found s. 134(b) to be of no force and effect against Mr. Comeau and therefore dismissed the charge: 2016 NBPC 3, 448 N.B.R. (2d) 1.

[14] The trial judge accepted that this Court's 1921 decision in *Gold Seal Ltd. v. Attorney-General for the Province of Alberta* (1921), 62 S.C.R. 424, was binding authority. He noted that this Court in *Gold Seal* held that s. 121 prohibits direct tariff barriers (i.e. customs duties) on goods moving between provinces. He found that s. 134(b) of the *Liquor Control Act* imposed no tariff and therefore would not violate s. 121 under *Gold Seal*.

[15] The trial judge went on to hold, however, that *Gold Seal* was wrongly decided and should not be applied, given the evidence on the origins of s. 121 called by Mr. Comeau. This evidence, presented by an historian whom the trial judge accepted as an expert, comprised historical information about the intentions of the drafters of s. 121, and the expert's opinion as to the import of that historical evidence for the interpretation of s. 121. The trial judge accepted the expert's opinion "without hesitation": para. 52.

[16] On the basis of this evidence, the trial judge concluded that the drafters were highly motivated to open up trade between the provinces. This was a direct response to trade barriers that had been erected by the United States of America in response

canadienne — c.-à-d. qu'ils ont été produits au Québec ou ailleurs au Canada. La Cour n'est pas saisie de la question de savoir si l'art. 121 vise les biens produits à l'étranger, importés dans une province, puis expédiés ailleurs au pays, soit tels quels soit comme composants de nouveaux biens manufacturés; nous nous abstiendrons donc d'y répondre.

III. Historique judiciaire

[13] Le juge LeBlanc, de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, a souscrit à l'opinion de M. Comeau selon laquelle l'al. 134b) contrevient à l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a conclu que l'al. 134b) était inopérant contre M. Comeau, et a donc rejeté l'accusation : 2016 NBPC 3, 448 R.N.-B. (2^e) 1.

[14] Le juge du procès a reconnu que la décision *Gold Seal Ltd. c. Attorney-General for the Province of Alberta* (1921), 62 R.C.S. 424, rendue par la Cour en 1921, est un précédent qui fait autorité. Il a noté que, suivant cet arrêt, l'art. 121 interdit l'imposition de barrières tarifaires directes (c.-à-d. les droits de douane) sur les biens qui circulent entre les provinces. Il a conclu que, suivant l'analyse prescrite par l'arrêt *Gold Seal*, l'al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* n'impose pas de tarif et ne contrevient donc pas à l'art. 121.

[15] Cependant, le juge du procès a ensuite conclu que l'arrêt *Gold Seal* était erroné et que, à la lumière de la preuve que M. Comeau avait soumise quant à l'origine de l'art. 121, il ne devrait pas être appliqué. Cette preuve, présentée par un historien reconnu comme expert par le juge du procès, comprenait des renseignements historiques sur les intentions des rédacteurs de l'art. 121 ainsi que l'opinion du témoin à titre d'expert sur le sens de cette preuve historique pour l'interprétation de cette disposition. Le juge du procès a accepté cette opinion [TRADUCTION] « sans hésiter » : par. 52.

[16] Sur la foi de ces éléments de preuve, le juge du procès a conclu que les rédacteurs étaient déterminés à ouvrir le commerce entre les provinces, en réaction directe aux obstacles commerciaux érigés par les États-Unis d'Amérique face au sentiment

to anti-British sentiment in that country during the American Civil War. The trial judge accepted that the drafters would have been preoccupied with the continued economic prosperity of British North America after the American Civil War and that this depended on the availability of new barrier-free markets. The trial judge concluded that this motivation could be extracted from the expert's description of the political climate at the time, but also more specifically from the speeches of some of the Fathers of Confederation. On this basis, the trial judge agreed with the expert that the phrase "admitted free" in s. 121 alluded to free trade, and that, in the minds of the drafters, this meant barrier-free borders.

[17] The trial judge first concluded that the failure of the Court to consider this historical evidence and "embark on a large, liberal or progressive interpretation" of s. 121 in *Gold Seal* rendered that decision suspect: para. 116. He then concluded that the new evidence adduced at trial allowed him to depart from *Gold Seal* under the evidence-based exception to vertical *stare decisis* approved in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101. The trial judge held, at para. 125:

What has occurred is that there has been a significant change in evidence, one that I believe has fundamentally shifted the parameters of the debate. To my knowledge, in none of the cases dealing with section 121 has there been any evidence presented to the trier of fact, or to the appellate court, addressing the issues presented before me respecting the following topics: the drafting of the *British North America Act, 1867*, the legislative history of the *Act*, the scheme of the *Act* and its legislative context. It has been the presentation of evidence on these issues that changed in a substantial way the parameters of the debate on the correct interpretation of the expression "admitted free" in section 121 of the *Constitution Act, 1867*. In my opinion, this allows this Court to proceed with its analysis and indeed mandates that it do so.

[18] After concluding that he was entitled to depart from binding precedent on the basis of the expert's evidence, the trial judge then held that this evidence of the "original purpose of the provision at issue"

anti-britannique qui régnait dans ce pays pendant la guerre de Sécession. Le juge du procès a reconnu que les rédacteurs devaient vouloir assurer la continuité de la prospérité économique de l'Amérique du Nord britannique après la guerre de Sécession, et que de nouveaux marchés libres d'obstacles commerciaux étaient essentiels à cette prospérité. Selon le juge du procès, la description que l'expert a faite du climat politique de l'époque, mais aussi, plus particulièrement, les discours prononcés par certains Pères de la Confédération, donnent à penser que telle était la motivation des rédacteurs. Ainsi, il a souscrit à l'opinion de l'expert voulant que l'expression « admis en franchise » qui figure à l'art. 121 se rapportait au libre-échange et que, dans l'esprit des rédacteurs, cela signifiait des frontières exemptes d'obstacles.

[17] Selon le juge du procès, le fait que, dans *Gold Seal*, la Cour n'ait pas tenu compte de cette preuve historique et ne se soit pas [TRADUCTION] « engagée dans une interprétation large, libérale ou progressiste » de l'art. 121 rend cette décision suspecte : par. 116. En outre, à son avis, la nouvelle preuve présentée au procès lui permettait de rompre avec l'arrêt en cause conformément à l'exception au *stare decisis* vertical fondée sur la preuve et approuvée dans *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101. Il a conclu, au par. 125 :

[TRADUCTION] Ce qui est arrivé, c'est qu'il y a eu un changement important dans la preuve, changement qui, selon moi, a changé radicalement la donne. À ma connaissance, dans aucune des affaires qui ont porté sur l'art. 121, une preuve n'a été présentée au juge des faits ou au tribunal d'appel au sujet des questions qui m'ont été soumises concernant la rédaction de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, l'historique législatif de l'*Acte*, son régime et son contexte législatif. C'est la présentation de la preuve sur ces questions qui a changé considérablement la donne concernant l'interprétation qu'il convient de donner à l'expression « admis en franchise » à l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À mon avis, cela permet à notre Cour de procéder à son analyse; en fait, cela l'oblige à le faire.

[18] Après avoir conclu qu'il pouvait rompre avec le précédent qui fait autorité au vu du témoignage de l'expert, le juge du procès a statué que cette preuve de [TRADUCTION] l'« objectif original de la

is “elemental and fundamental” in the analysis and should not be “displaced” by other considerations stemming from a “long-standing misinterpretation of the intent of the Fathers of Confederation”: para. 165.

[19] The trial judge held that, given his conclusions regarding the drafters’ intent, s. 121, correctly construed, prohibits all barriers to interprovincial trade. As s. 134(b) of the *Liquor Control Act* discourages cross-border purchases and therefore limits access to extra-provincial liquor, the trial judge determined that it infringed s. 121.

[20] The Crown sought leave to appeal directly to the New Brunswick Court of Appeal, as it was authorized to do in this case by virtue of s. 116(3) of the *Provincial Offences Procedure Act*, S.N.B. 1987, c. P-22.1. The Court of Appeal dismissed the application for leave: 2016 CanLII 73665.

[21] The Crown now appeals to this Court. Although the Court of Appeal’s decision was limited to the question of leave, the substantive constitutional question is properly before this Court: *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26.

IV. Issues

[22] The main issue is whether s. 134(b) of the *Liquor Control Act* infringes s. 121 of the *Constitution Act, 1867*. This raises the following subsidiary issues:

- (a) Did the trial judge err in departing from binding precedent and providing his own interpretation of s. 121? and
- (b) What is the proper interpretation of s. 121?

disposition en litige » est « élémentaire et fondamentale » pour l’analyse et ne devrait pas être « écartée » par d’autres facteurs découlant d’une « fausse interprétation donnée depuis longtemps à l’intention des Pères de la Confédération » : par. 165.

[19] Pour le juge du procès, à la lumière de ses conclusions concernant l’intention des rédacteurs, l’art. 121, interprété correctement, proscrit tout obstacle au commerce interprovincial. Puisque l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* vise à décourager les achats transfrontaliers et qu’il limite donc l’accès à l’alcool se trouvant dans d’autres provinces, le juge du procès a conclu qu’il contrevenait à l’art. 121.

[20] Le ministère public a demandé l’autorisation d’interjeter appel directement à la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick, comme l’autorisait à le faire le par. 116(3) de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, L.N.-B. 1987, c. P-22.1. La Cour d’appel a rejeté cette demande d’autorisation : 2016 CanLII 73665.

[21] Le ministère public interjette maintenant appel devant la Cour. Bien que la décision de la Cour d’appel n’a porté que sur la question de l’autorisation, la Cour est saisie à bon droit de la question constitutionnelle de fond : *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26.

IV. Questions

[22] La principale question en litige est celle de savoir si l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* contrevient à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette question soulève à son tour les questions subsidiaires suivantes :

- a) Le juge du procès a-t-il eu tort de rompre avec les précédents qui font autorité et de donner sa propre interprétation à l’art. 121?
- b) Quelle interprétation convient-il de donner à l’art. 121?

V. Analysis

- A. *Did the Trial Judge Err in Departing From Binding Precedent and Providing His Own Interpretation of Section 121 of the Constitution Act, 1867?*

[23] The trial judge accepted that this Court's decision in *Gold Seal* was binding authority and that, applying *Gold Seal*, s. 134(b) of the *Liquor Control Act* does not violate s. 121 of the *Constitution Act, 1867*. He went on to hold, however, that *Gold Seal* had been wrongly decided and that therefore he should not follow it.

[24] The decision of this Court in *Gold Seal* was expressly affirmed by the Judicial Committee of the Privy Council in *Atlantic Smoke Shops Ltd. v. Conlon*, [1943] 4 D.L.R. 81, at pp. 91-92, and by a majority of this Court in *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626, at p. 634. It has never been overruled, although some Justices of this Court have interpreted it to apply not only to tariffs, but to tariff-like burdens on goods crossing provincial boundaries: *Murphy*, at p. 642, per Rand J.; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198, at p. 1268, per Laskin C.J.; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, at p. 609, per La Forest J.; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1133, at p. 1153, per La Forest J.; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, at paras. 123 and 171, per McLachlin J. (as she then was).

[25] For the *stare decisis* issue, we need not decide between these interpretations (although we address them later in these reasons). The trial judge's reading of s. 121 — that it precludes any laws that impede goods crossing provincial boundaries — is incompatible with both interpretations.

[26] Common law courts are bound by authoritative precedent. This principle — *stare decisis* — is

V. Analyse

- A. *Le juge du procès a-t-il eu tort de rompre avec les précédents qui font autorité et de donner sa propre interprétation à l'art. 121 de la Loi constitutionnelle de 1867?*

[23] Le juge du procès a reconnu que la décision de la Cour dans *Gold Seal* était un précédent qui fait autorité et que, selon cet arrêt, l'al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* n'enfreint pas l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a toutefois conclu que cet arrêt était erroné et qu'il ne devait donc pas le suivre.

[24] La décision de la Cour dans *Gold Seal* a été expressément confirmée par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'arrêt *Atlantic Smoke Shops Ltd. c. Conlon*, [1943] 4 D.L.R. 81, p. 91-92, ainsi que par les juges majoritaires de la Cour dans *Murphy c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626, p. 634. Elle n'a jamais été infirmée, bien que, selon l'interprétation de certains juges de la Cour, elle s'applique non seulement aux tarifs, mais aussi aux charges semblables à des tarifs imposées sur des biens qui traversent les frontières provinciales : *Murphy*, p. 642, le juge Rand; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, p. 1268, le juge en chef Laskin; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, p. 609, le juge La Forest; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133, p. 1153, le juge La Forest; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, par. 123 et 171, la juge McLachlin (maintenant juge en chef).

[25] Pour ce qui est de la question du *stare decisis*, nous n'avons pas à trancher entre ces interprétations (bien que nous les abordions plus loin). En effet, la lecture qu'a faite le juge du procès à l'art. 121 — selon laquelle ce dernier proscrit toute mesure législative entravant la circulation des biens d'une province à une autre — est incompatible avec les deux interprétations.

[26] Les tribunaux de common law sont liés par les précédents faisant autorité. Ce principe — celui

fundamental for guaranteeing certainty in the law. Subject to extraordinary exceptions, a lower court must apply the decisions of higher courts to the facts before it. This is called vertical *stare decisis*. Without this foundation, the law would be ever in flux — subject to shifting judicial whims or the introduction of new esoteric evidence by litigants dissatisfied by the status quo.

[27] The question before us is whether the trial judge erred in rejecting this Court’s precedent, which he acknowledged was binding, and re-interpreting s. 121. In doing so, he relied on one historian’s evidence of the drafters’ motivations for including s. 121 in the *Constitution Act, 1867* and that expert’s opinion of what those motivations tell us about how s. 121 should be interpreted today.

[28] The trial judge relied on one of the narrow exceptions to vertical *stare decisis* identified by this Court in *Bedford*. The respondent argues that the trial judge was entitled to do so on the basis of the expert’s evidence. The appellant demurs. We agree with the appellant.

[29] In *Bedford*, this Court held that a legal precedent “may be revisited if new legal issues are raised as a consequence of significant developments in the law, or if there is a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifts the parameters of the debate”: para. 42. The trial judge, relying on the evidence-based exception identified in that excerpt from *Bedford*, held that the historical and opinion evidence he accepted “fundamentally shifts the parameters of the debate” over the correct interpretation of s. 121, referring to this Court’s treatment of the question in *Gold Seal*.

[30] The new evidence exception to vertical *stare decisis* is narrow: *Bedford*, at para. 44; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015]

du *stare decisis* — est fondamental pour assurer la certitude du droit. Sous réserve d’exceptions extraordinaires, une juridiction inférieure doit appliquer les décisions des juridictions supérieures aux faits dont elle est saisie. C’est ce qu’on appelle le *stare decisis* vertical. Sans ce fondement, le droit fluctuerait continuellement, selon les caprices des juges ou les nouveaux éléments de preuve ésotériques produits par des plaideurs insatisfaits du statu quo.

[27] La question dont nous sommes saisis est celle de savoir si le juge du procès a eu tort de rejeter des précédents établis par la Cour, auxquels il a reconnu être lié, et de réinterpréter l’art. 121. Ce faisant, il s’est fondé sur le témoignage d’un historien quant aux motivations des rédacteurs qui auraient justifié l’inclusion de l’art. 121 dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et sur l’opinion de cet expert quant à ce que ces motivations nous indiquent relativement à la façon dont l’art. 121 devrait être interprété aujourd’hui.

[28] Le juge du procès s’est fondé sur une des exceptions restreintes au principe du *stare decisis* vertical que la Cour a énoncée dans *Bedford*. L’intimé soutient que le juge du procès pouvait invoquer cette exception sur le fondement du témoignage de l’expert. L’appelante affirme le contraire. Nous partageons l’avis de cette dernière.

[29] Dans *Bedford*, la Cour a affirmé qu’un précédent juridique « peut être réexaminé lorsque de nouvelles questions de droit sont soulevées par suite d’une évolution importante du droit ou qu’une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne » : par. 42. Le juge du procès, invoquant l’exception fondée sur la preuve établie dans cet extrait de *Bedford*, a conclu, faisant référence au traitement de la question par la Cour dans *Gold Seal*, que la preuve historique et le témoignage d’opinion qu’il a acceptés « change[nt] radicalement la donne » à l’égard de l’interprétation qu’il convient de donner à l’art. 121.

[30] L’exception relative à la nouvelle preuve s’appliquant au principe du *stare decisis* vertical est restreinte : *Bedford*, par. 44; *Carter c. Canada (Procureur*

1 S.C.R. 331, at para. 44. We noted in *Bedford*, at para. 44, that

a lower court is not entitled to ignore binding precedent, and the threshold for revisiting a matter is not an easy one to reach. . . . This balances the need for finality and stability with the recognition that when an appropriate case arises for revisiting precedent, a lower court must be able to perform its full role.

[31] Not only is the exception narrow — the evidence must “fundamentally shif[t] the parameters of the debate” — it is not a general invitation to reconsider binding authority on the basis of *any* type of evidence. As alluded to in *Bedford* and *Carter*, evidence of a significant evolution in the foundational legislative and social facts — “facts about society at large” — is one type of evidence that can fundamentally shift the parameters of the relevant legal debate: *Bedford*, at paras. 48-49; *Carter*, at para. 47. That is, the exception has been found to be engaged where the underlying social context that framed the original legal debate is profoundly altered.

[32] In *Carter*, for example, new evidence about the harms associated with prohibiting assisted death, public attitudes toward assisted death, and measures that can be put in place to limit risk was relevant. This evidence was unknowable or not pertinent, given the existing legal framework, when *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, was decided. These new legislative and social facts did not simply provide an alternate answer to the question posed in *Rodriguez*. Instead, the new evidence fundamentally shifted how the Court could assess the nature of the competing interests at issue.

[33] This focus on shifting legislative and social facts is conceptually linked to Lord Sankey’s famous “living tree” metaphor, which acknowledges that interpretations of the *Constitution Act, 1867* evolve

général), 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 44. Dans *Bedford*, nous avons souligné ce qui suit au par. 44 :

. . . la juridiction inférieure ne peut faire abstraction d’un précédent qui fait autorité, et la barre est haute lorsqu’il s’agit de justifier le réexamen d’un précédent. [. . .] Cette approche met en balance les impératifs que sont le caractère définitif et la stabilité avec la reconnaissance du fait qu’une juridiction inférieure doit pouvoir exercer pleinement sa fonction lorsqu’elle est aux prises avec une situation où il convient de revoir un précédent.

[31] Non seulement l’exception est-elle restreinte — la preuve doit « change[r] radicalement la donne » —, mais il ne s’agit pas d’une invitation générale à réexaminer les précédents qui font autorité sur le fondement de *n’importe quel* type de preuve. Comme le laisse entendre les arrêts *Bedford* et *Carter*, la preuve d’une évolution importante des faits législatifs et sociaux fondamentaux — « qui intéressent la société en général » — constitue un type de preuve qui peut radicalement changer la donne dans le débat juridique visé : *Bedford*, par. 48-49; *Carter*, par. 47. Ainsi, il a été jugé que l’exception s’applique lorsque le contexte social sous-jacent qui encadrait le débat juridique original examiné a profondément changé.

[32] Dans *Carter*, par exemple, de nouveaux éléments de preuve relatifs aux préjudices associés à l’interdiction de l’aide médicale à mourir, aux attitudes du public envers cette aide et aux mesures qui peuvent être mises en place pour limiter le risque étaient pertinents. Compte tenu du cadre juridique qui existait alors, il était impossible de connaître cette preuve, ou alors celle-ci n’était pas pertinente, au moment où l’arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, a été rendu. Ces nouveaux faits législatifs et sociaux n’ont pas simplement fourni une autre réponse à la question posée dans *Rodriguez*. Ils ont plutôt changé radicalement la donne quant à la façon dont la Cour pouvait évaluer la nature des intérêts opposés en jeu.

[33] Mettre ainsi l’accent sur la mutation des faits législatifs et sociaux est lié sur le plan conceptuel à la célèbre métaphore de l’« arbre vivant » de Lord Sankey, qui reconnaît que les interprétations de la

over time, given shifts in the relevant legislative and social context: *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] 1 D.L.R. 98 (P.C.), at pp. 106-7. In *Edwards*, both legal and social changes that had opened the door to women's increased integration into public life after Confederation confirmed that it was no longer appropriate to read the term "person" in the impugned constitutional provision as anything other than its plain gender-neutral meaning: pp. 110-12.

[34] To reiterate: departing from vertical *stare decisis* on the basis of new evidence is not a question of disagreement or interpretation. For a binding precedent from a higher court to be cast aside on the basis of new evidence, the new evidence must "fundamentally shif[t]" how jurists understand the legal question at issue. It is not enough to find that an alternate perspective on existing evidence might change how jurists would answer the same legal question.

[35] This high threshold was not met in this case.

[36] The trial judge accepted the expert's evidence in question on two points — one of history, the other of law. He accepted (1) the expert's description of the drafters' motivations for including s. 121 in the *Constitution Act, 1867*, and (2) the expert's opinion that those motivations drive how s. 121 is to be interpreted. Neither class of evidence constitutes evidence, for example, of evolving legislative and social facts; the evidence is simply a description of historical information and one expert's assessment of that information. This does not evince a profound change in social circumstances from the time *Gold Seal* was decided. It is evidence of one perspective of events that occurred decades before the *Gold Seal* company brought its case to the courts and a century before this Court's discussion of s. 121 in *Murphy*. Historical evidence can be helpful for interpreting constitutional texts: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*,

Loi constitutionnelle de 1867 évoluent au fil du temps, compte tenu des changements qui surviennent dans les contextes législatifs et sociaux pertinents : *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] 1 D.L.R. 98 (C.P.), p. 106-107. Dans cet arrêt, les changements juridiques et sociaux qui avaient ouvert la porte à l'intégration accrue des femmes à la vie publique après la création de la Confédération ont confirmé qu'il ne convenait plus de donner au mot « personne » figurant dans la disposition constitutionnelle contestée un sens autre qu'un sens neutre sur le plan du genre : p. 110-112.

[34] Il convient de rappeler qu'on ne peut déroger au principe du *stare decisis* vertical sur le fondement de nouveaux éléments de preuve en raison d'un désaccord ou d'une interprétation différente. Pour qu'un précédent contraignant d'une juridiction supérieure puisse être écarté sur le fondement de nouveaux éléments de preuve, ces derniers doivent « change[r] radicalement la donne » pour ce qui est de la façon dont les juristes comprennent la question juridique en jeu. Il ne suffit pas de conclure qu'une perspective différente sur la preuve existante pourrait changer la réponse des juristes à la même question juridique.

[35] En l'espèce, ce seuil exigeant n'a pas été atteint.

[36] Le juge du procès a accepté la preuve de l'expert en cause sur deux points — l'histoire et le droit. Il a accepté (1) la description qu'a donnée cet expert quant aux motivations des rédacteurs à l'appui de l'inclusion de l'art. 121 dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, et (2) son opinion selon laquelle ces motivations indiquent la façon dont l'art. 121 doit être interprété. Or, aucun de ces types de preuve ne constitue une preuve, par exemple, de l'évolution des faits législatifs et sociaux; il s'agit simplement d'une description de renseignements historiques et de l'évaluation de ces renseignements par un expert. Cette preuve ne démontre pas qu'un changement profond des circonstances sociales est survenu depuis l'époque où l'arrêt *Gold Seal* a été rendu. C'est la preuve d'un point de vue quant à des événements qui ont eu lieu des décennies avant que la compagnie *Gold Seal* soumette son dossier aux tribunaux

[1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236. However, a re-discovery or re-assessment of historical events is not evidence of social change.

[37] Because the historical evidence accepted by the trial judge is not evidence of changing legislative and social facts or some other fundamental change, it cannot justify departing from vertical *stare decisis*. Differing interpretations of history do not fundamentally shift the parameters of the legal debate in this case. While one's particular collection of historical facts or one's view of that historical evidence may push in favour of a statutory interpretation different from that in a prior decision, the mere existence of that evidence does not permit the judge to depart from binding precedent.

[38] The trial judge held otherwise. He concluded that this Court in *Gold Seal* did not conduct a broad and purposive interpretation of the provision — the approach established by *Edwards* about a decade after *Gold Seal* was decided. He went on to conclude that this gap meant that the expert's "new" evidence of historical context could open the door to a re-interpretation: paras. 42 and 116.

[39] Although it is true that *Gold Seal* was decided prior to *Edwards* and was arguably interpreted under a different rubric than constitutional provisions under the shadow of the living tree, it does not follow that the historical evidence permitted the trial judge to bypass an existing binding interpretation on the basis of a new understanding of the legislative context and history. First, *Atlantic Smoke Shops* and *Murphy*, which applied *Gold Seal*, were decided after *Edwards*. Second, the trial judge's interpretation was limited entirely to the words and context of the provision in light of the historical evidence. This methodology does not conform to the purposive approach to constitutional interpretation that has grown out of *Edwards* and decades of subsequent

et un siècle avant que la Cour ne traite de l'art. 121 dans *Murphy*. La preuve historique peut être utile à l'interprétation des textes constitutionnels : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236. Une redécouverte ou un nouvel examen d'événements historiques ne constitue toutefois pas une preuve de changement social.

[37] Puisque la preuve historique acceptée par le juge du procès n'est pas une preuve que les faits législatifs et sociaux ont changé ou qu'un autre changement fondamental est survenu, elle ne peut justifier la dérogation au principe du *stare decisis* vertical. Les interprétations divergentes de l'histoire ne changent pas radicalement la donne en l'espèce. Bien que la description particulière de faits historiques ou la perspective de quiconque à l'égard de cette preuve puisse militer pour une interprétation législative différente de celle adoptée dans une décision antérieure, la simple existence de cette preuve ne permet pas au juge de rompre avec un précédent qui fait autorité.

[38] Le juge du procès en a conclu autrement. Il a statué que, dans *Gold Seal*, la Cour n'avait pas réalisé une interprétation large et téléologique de la disposition, et qu'elle n'avait donc pas appliqué l'approche établie dans *Edwards* environ une décennie après que l'arrêt *Gold Seal* a été rendu. Pour lui, cette lacune signifiait que la « nouvelle » preuve de l'expert quant au contexte historique pouvait ouvrir la porte à une nouvelle interprétation : par. 42 et 116.

[39] Il est vrai que l'arrêt *Gold Seal* a été rendu avant *Edwards*, et qu'il a sans doute été interprété selon un angle différent de celui adopté pour interpréter les dispositions constitutionnelles sous l'influence de la théorie de l'arbre vivant. Cela ne signifie pas pour autant que la preuve historique permettait au juge du procès de contourner une interprétation contraignante existante sur le fondement d'une nouvelle interprétation du contexte législatif et de l'histoire. Premièrement, les arrêts *Atlantic Smoke Shops* et *Murphy*, dans lesquels *Gold Seal* a été appliqué, ont été rendus après *Edwards*. Deuxièmement, l'interprétation du juge du procès a porté uniquement sur les mots et le contexte de la disposition à la lumière de la preuve historique. Or, cette méthode ne

jurisprudence: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56; *Big M Drug Mart*, at p. 344; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, at paras. 29-30; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669, at para. 9; *Reference re Supreme Court Act*, ss. 5 and 6, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433, at para. 19.

[40] In addition to the historical evidence of the founders' intentions, the trial judge also relied on the expert's opinion of the correct interpretation of s. 121. This reliance was erroneous. As a preliminary observation, it is difficult if not impossible to contemplate a situation where evidence on domestic law (e.g. interpreting a Canadian statute) would ever be admissible as expert opinion evidence under *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9. The application of contextual factors, including drafters' intent, to the interpretation of a statutory provision is not something that is "outside the experience and knowledge of a judge": *Mohan*, at p. 23. To depart from precedent on the basis of such opinion evidence is to cede the judge's primary task to an expert.

[41] More to the point in the present matter: to rely on such evidence to rebut vertical *stare decisis* is to substitute one expert's opinion on domestic law for that expressed by appellate courts in binding judgments. This would introduce the very instability in the law that the principle of *stare decisis* aims to avoid. This is precisely why the exceptions provided in *Bedford* and *Carter* are narrow. If a constitutional provision could be reinterpreted by a lower court whenever a litigant finds an expert with an alternate interpretation, the common law system would be left in disarray. This is not what *Bedford* and *Carter* teach. The approach to *stare decisis* is strict. *Bedford* and *Carter* do not alter that principle.

cadre pas avec l'approche téléologique applicable à l'interprétation constitutionnelle qui a découlé de l'arrêt *Edwards* et de la jurisprudence qui a suivi pendant des décennies : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155-156; *Big M Drug Mart*, p. 344; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 29-30; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 9; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433, par. 19.

[40] En plus de s'être fondé sur la preuve historique des intentions des fondateurs, le juge du procès s'est appuyé sur l'opinion de l'expert concernant l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 121. Ce faisant, il a commis une erreur. À titre préliminaire, disons qu'il est difficile, voire impossible, d'imaginer une situation où des éléments de preuve sur le droit interne (p. ex. l'interprétation d'une loi canadienne) pourraient être admissibles à titre d'opinion d'expert sur le fondement de l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. L'application de facteurs contextuels, y compris l'intention des rédacteurs, à l'interprétation d'une disposition législative n'est pas quelque chose qui « dépasse [. . .] l'expérience et la connaissance d'un juge » : *Mohan*, p. 23. Déroger à un précédent sur le fondement d'une telle preuve d'opinion revient à céder la principale tâche du juge à un expert.

[41] Plus précisément, en l'espèce, se fonder sur une telle preuve pour réfuter le *stare decisis* vertical revient à substituer l'opinion de l'expert sur le droit interne à celle exprimée par les tribunaux d'appel dans des jugements qui font autorité. Une telle approche entraînerait l'instabilité du droit, ce que le principe de *stare decisis* vertical vise spécifiquement à éviter. C'est précisément la raison pour laquelle les exceptions définies dans *Bedford* et dans *Carter* sont restreintes. Si une juridiction inférieure pouvait réinterpréter une disposition constitutionnelle chaque fois qu'une partie à un litige soumet une interprétation différente avancée par un expert, le système de common law sombrerait dans le chaos. Ce n'est pas ce qu'enseignent les arrêts *Bedford* et *Carter*. L'approche relative au principe du *stare decisis* est stricte. Les arrêts *Bedford* et *Carter* ne changent pas ce principe.

[42] Moreover, a difference in opinion about the interpretation of a statutory provision does not evince a fundamental shift in the parameters of the debate. The debate and its parameters remain unchanged. The only change is the answer provided.

[43] The trial judge erred in departing from binding precedent on the basis of the historical evidence and the expert's opinion of how that evidence should inform the interpretation of s. 121. Neither is new evidence that meets the threshold of fundamentally shifting the parameters of the debate about how to interpret s. 121. The historical evidence is one non-dispositive ingredient in the multi-faceted statutory interpretation exercise. The opinion evidence is simply one unique articulation of an alternate resolution flowing out of a particular appreciation of those ingredients — the recipe remains the same.

B. *What Is the Proper Interpretation of Section 121?*

[44] The trial judge refused to apply binding precedent and instead adopted a different conclusion on the basis of an expert witness' evidence about the intention of the founding fathers at the time of Confederation and the impact of that intention on how we are to understand s. 121. As just discussed, he erred in doing this. The appeal could be allowed on this ground alone.

[45] However, this Court has been invited to offer guidance on the scope of s. 121. We take up this invitation in this section. First, we lay out the competing interpretations of s. 121. Then, we consider these competing interpretations of s. 121 in light of its text, its historical context, its legislative context, and the principles that guide the interpretation of constitutional provisions in the federal-provincial context. Finally, we consider the existing jurisprudence and how it accords with our purposive interpretation of s. 121 in the aim of defining the ambit of the prohibition provided in s. 121.

[42] De plus, une différence d'opinions concernant l'interprétation d'une disposition législative ne fait pas la preuve d'un changement radical de la donne. Le débat et ses paramètres demeurent les mêmes. Seule change la réponse donnée.

[43] Le juge du procès a eu tort de déroger aux précédents qui font autorité sur le fondement de la preuve historique et de l'opinion de l'expert concernant la façon dont cette preuve devrait guider l'interprétation de l'art. 121. Aucun de ces nouveaux éléments de preuve n'atteint le seuil requis, soit de changer radicalement la donne concernant l'interprétation que doit recevoir l'art. 121. La preuve historique constitue un ingrédient non décisif de la démarche d'interprétation législative à multiples facettes. Le témoignage d'opinion n'est qu'une formulation d'une solution différente découlant d'une appréciation particulière de ces ingrédients — la recette reste la même.

B. *Quelle est l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 121?*

[44] Le juge du procès a refusé d'appliquer les précédents qui font autorité et a plutôt adopté une conclusion différente sur le fondement du témoignage d'un expert concernant l'intention des rédacteurs de la Constitution au moment de la création de la Confédération et des répercussions de cette intention sur la façon dont nous devrions comprendre l'art. 121. Comme nous venons de le voir, il a eu tort de le faire. Pour ce seul motif, le pourvoi pourrait être accueilli.

[45] La Cour a toutefois été invitée à donner des indications sur la portée de l'art. 121. Nous répondons à cette invitation dans la présente section de nos motifs. D'abord, nous exposerons les interprétations divergentes de l'art. 121. Ensuite, nous examinerons ces interprétations compte tenu du libellé de cette disposition, de ses contextes historique et législatif et des principes qui guident l'interprétation des dispositions constitutionnelles dans le contexte fédéral-provincial. Enfin, nous examinerons la jurisprudence actuelle et la façon dont elle s'accorde avec notre interprétation téléologique de l'art. 121, dans le but de définir la portée de l'interdiction prévue par ce dernier.

(1) “Admitted Free”: the Competing Interpretations

[46] Section 121 of the *Constitution Act, 1867*, provides:

All Articles of the Growth, Produce, or Manufacture of any one of the Provinces shall, from and after the Union, be admitted free into each of the other Provinces.

[47] Section 121 is found in Part VIII of the *Constitution Act, 1867*, which deals with how revenues, debts, property, and fiscal authority were to be transferred between existing legislatures and the new federal government upon Confederation. The scheme specifically provides for the power to levy border tariffs to be transferred from the former colonies to the new Dominion, as described in ss. 122 and 123.

[48] The appellant Crown submits that “admitted free” in s. 121 should be read as prohibiting laws that, like tariffs, place burdens *on the price of goods crossing interprovincial boundaries*. There are two versions of this position, one slightly broader than the other, which we will discuss in due course. At this point it suffices to note that on either version, Mr. Comeau would not succeed. Even on the second broader version of this position — that s. 121 prohibits laws that in essence and purpose impede the passage of goods across provincial borders (see *Murphy*, per Rand J.) — s. 134(b) would stand, because it is part of a comprehensive scheme to control liquor in the province of New Brunswick and is not directed to impeding interprovincial trade in both essence and purpose.

[49] Mr. Comeau does not quibble about the fine points of precisely what kind of charge or burden is

(1) « Admis en franchise » — interprétations divergentes

[46] L’article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* dispose :

Tous articles du crû, de la provenance ou manufacture d’aucune des provinces seront, à dater de l’union, admis en franchise dans chacune des autres provinces.

[47] Cette disposition se trouve dans la partie VIII de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui porte sur la façon dont les revenus, les dettes, les propriétés et les autorités fiscales devaient être répartis entre les corps législatifs existants et le nouveau gouvernement fédéral une fois la Confédération créée. Le régime prévoit expressément que le pouvoir de percevoir des tarifs douaniers allait être transféré des anciennes colonies au nouveau Dominion, conformément aux art. 122 et 123.

[48] Selon le ministère public appelant, l’expression « admis en franchise » utilisée à l’art. 121 devrait être interprétée comme proscrivant les mesures législatives qui, comme les tarifs, imposent des charges *sur le prix des biens qui traversent les frontières interprovinciales*. Il existe deux versions de cette position, une légèrement plus large que l’autre, que nous aborderons plus loin. Pour le moment, il suffit de noter que, peu importe la version, M. Comeau n’obtiendrait pas gain de cause. Même selon la deuxième interprétation plus large de cette position — soit que l’art. 121 proscribit les mesures législatives qui, de par leur essence et leur objet¹, entravent la circulation des biens d’une province à une autre (voir *Murphy*, le juge Rand) —, l’al. 134(b) demeurerait valide, parce qu’il fait partie d’un régime complet de réglementation de l’alcool dans la province du Nouveau-Brunswick et ne vise pas, de par son essence et son objet, à entraver le commerce interprovincial.

[49] M. Comeau ne tatillonne pas sur les détails quant au type précis de frais ou de charge qui est

¹ Dans le contexte de l’interprétation de l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour a rendu antérieurement l’expression anglaise « *in essence and purpose* » par « dans sa nature ou son but » et par « en droit et en fait ». Dorénavant, par souci d’exactitude et d’uniformité, c’est l’expression « de par son essence et son objet » qui sera utilisée dans la version française des jugements.

caught by s. 121 on the basis of the jurisprudence. He advances a new and much more radical proposition — that “admitted free” in s. 121 means that provincial laws cannot do anything that impedes, or makes more difficult, the flow of goods across provincial borders, directly or indirectly. In his view, s. 134(b) of the *Liquor Control Act* impedes the flow of goods across the New Brunswick border by prohibiting New Brunswickers from stocking liquor from other provinces at home. Therefore, it violates s. 121 of the *Constitution Act, 1867*.

[50] Mr. Comeau essentially contends that s. 121 is a “free trade” provision that bars any impediment to interprovincial commerce. The purpose of s. 121, he says, was to foster the full unimpeded economic integration of the new federation.

[51] The implications of these competing interpretations of s. 121 of the *Constitution Act, 1867* are significant. If Mr. Comeau’s broad interpretation of s. 121 is correct, federal and provincial legislative schemes of many types — environmental, health, commercial, social — may be invalid. If a narrower interpretation is correct, the legal force of s. 121 is circumscribed to tariffs, or their functional equivalents.

[52] The modern approach to statutory interpretation provides our guide for determining how “admitted free” should be interpreted. The text of the provision must be read harmoniously with the context and purpose of the statute: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §2.6. Constitutional provisions must be “placed in [their] proper linguistic, philosophic and historical contexts”: *Big M Drug Mart*, at p. 344. Constitutional texts must be interpreted in a broad and purposive manner: *Hunter*, at pp. 155-56; *Big M Drug Mart*, at p. 344; *Reference re Supreme Court Act*, at para. 19. Constitutional texts must also be interpreted in a manner that is sensitive to evolving circumstances because they “must continually adapt to cover new realities”: *Reference re Same-Sex*

visé par l’art. 121 selon la jurisprudence. Il avance une nouvelle proposition beaucoup plus radicale, soit que l’expression « admis en franchise » utilisée à l’art. 121 signifie que les lois provinciales ne peuvent d’aucune façon entraver, ou compliquer, la circulation des biens d’une province à une autre, directement ou indirectement. À son avis, l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* entrave le libre passage des biens à la frontière du Nouveau-Brunswick en interdisant aux Néo-Brunswickois de faire des provisions chez eux d’alcool provenant d’autres provinces. Par conséquent, il contreviendrait à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[50] M. Comeau prétend essentiellement que l’art. 121 est une disposition de « libre-échange » qui proscriit toute entrave au commerce interprovincial. Selon lui, l’objet de l’art. 121 était de favoriser l’intégration économique intégrale sans entrave de la nouvelle fédération.

[51] Les répercussions de ces interprétations divergentes de l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont considérables. Si l’interprétation large que préconise M. Comeau est celle qui convient, des régimes législatifs fédéraux et provinciaux dans de nombreux domaines — environnement, santé, commerce, politiques sociales — pourraient être invalides. Si c’est une interprétation plus étroite qui convient, l’effet juridique de l’art. 121 se limite aux tarifs, ou à ses équivalents fonctionnels.

[52] La méthode moderne d’interprétation législative nous fournit les paramètres pour décider de quelle façon l’expression « admis en franchise » devrait être interprétée. Selon R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), §2.6, le texte de la disposition doit être interprété d’une manière qui s’accorde avec le contexte et l’objet de la loi. Les dispositions constitutionnelles doivent être « située[s] dans [leurs] contextes linguistique, philosophique et historique appropriés » : *Big M Drug Mart*, p. 344. Les textes constitutionnels doivent être interprétés généreusement en fonction de leur objet : *Hunter*, p. 155-156; *Big M Drug Mart*, p. 344; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 19. Ils doivent également être interprétés d’une façon qui tient compte de l’évolution des circonstances

Marriage, at para. 30; see also *Reference re Employment Insurance Act*, at para. 9. This is the living tree doctrine: *Edwards*, at pp. 106-7. Finally, the underlying organizational principles of the constitutional texts, like federalism, may be relevant to their interpretation: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 32; *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704, at para. 25; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721.

[53] Applying this framework to s. 121 of the *Constitution Act, 1867*, we conclude — as detailed below — that the interpretation of “admitted free” proposed by Mr. Comeau should be rejected. Section 121 does not impose absolute free trade across Canada. We further conclude that s. 121 prohibits governments from levying tariffs or tariff-like measures (measures that in essence and purpose burden the passage of goods across a provincial border); but, s. 121 does not prohibit governments from adopting laws and regulatory schemes directed to other goals that have incidental effects on the passage of goods across provincial borders.

(2) Text

[54] The introductory words of s. 121 of the *Constitution Act, 1867* are broad; the phrase “All Articles of Growth, Produce, or Manufacture of any one of the Provinces” comprehensively covers all articles of trade of Canadian origin. (We need not decide in this case whether s. 121 applies to articles coming into Canada and then moved around the country.) This text on its own does not answer the question of how “admitted free” should be interpreted. That phrase remains ambiguous, and falls to be interpreted on the basis of the historical, legislative and constitutional contexts.

puisqu’ils « doi[vent] être continuellement adapté[s] à de nouvelles réalités » : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, par. 30; voir aussi *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi*, par. 9. Il s’agit de la doctrine de l’arbre vivant : *Edwards*, p. 106-107. Enfin, les principes organisationnels sous-jacents des textes constitutionnels, comme le fédéralisme, peuvent être utiles à leur interprétation : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 32; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704, par. 25; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

[53] Appliquant ce cadre d’analyse à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, nous concluons — comme nous l’expliquerons plus loin — que l’interprétation de l’expression « admis en franchise » proposée par M. Comeau doit être rejetée. L’article 121 n’impose pas de libre-échange absolu dans l’ensemble du Canada. Nous concluons aussi que cette disposition interdit aux gouvernements de percevoir des tarifs ou de mettre en place des mesures semblables (qui entraveraient de par leur essence et leur objet la circulation de biens d’une province à une autre), mais qu’elle n’interdit pas aux gouvernements d’adopter des mesures législatives et des régimes de réglementation visant d’autres objectifs et qui ont des effets accessoires sur la circulation des biens d’une province à une autre.

(2) Texte

[54] Les premiers mots de l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont généraux; l’expression « Tous articles du crû, de la provenance ou manufacture d’aucune des provinces » vise tous les articles du commerce d’origine canadienne, de façon exhaustive. (Nous n’avons pas à décider en l’espèce si l’art. 121 s’applique aux articles importés au Canada et qui circulent ensuite à l’intérieur des frontières.) Ce texte, pris isolément, ne répond toutefois pas à la question de savoir comment l’expression « admis en franchise » doit être interprétée. Elle demeure ambiguë, et il convient de l’interpréter en fonction des contextes historique, législatif et constitutionnel.

(3) Historical Context

[55] Historical circumstances surrounding the adoption of s. 121 form part of the contextual interpretation of the provision. Historical evidence serves to put a provision in its “proper linguistic, philosophical and historical context[t]”: *Big M Drug Mart*, at p. 344. Evidence of the intent of the drafters for the purpose of interpreting constitutional texts is not conclusive: *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at paras. 61-62; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99, at para. 44.

[56] For our purposes, the relevant historical context can be summarized as follows. Economic issues were among the most important drivers of Confederation — the union in the Dominion of Canada of certain colonies of the Maritimes and the Province of Canada. The economies of the colonies were driven by resource exports.

[57] For a long period, England was a predictable and lucrative market for these colonial exports. However, by 1850, British preferences for Canadian exports had declined: J. H. Perry, *Taxes, tariffs, & subsidies: A history of Canadian fiscal development* (1955), at p. 24.

[58] Loss of British markets provoked two developments. First, Lord Elgin, Governor General of the Province of Canada (now Ontario and Quebec) was pushed to negotiate a trade agreement between British North America and the United States of America. The result was the 1854 *Reciprocity Treaty*, 10 Stat. 1089, which opened new markets for Canadian exports that mimicked the provinces’ earlier access to British demand: Perry, at p. 25. Under the Treaty, prescribed products flowed across the international border free from customs duties.

[59] Second, the colonies began negotiating reciprocal trade agreements with each other. Many of these arrangements meant “substantial freedom

(3) Contexte historique

[55] Les circonstances historiques dans lesquelles l’art. 121 a été adopté font partie de l’interprétation contextuelle de la disposition. La preuve historique sert à situer une disposition dans ses « contextes linguistique, philosophique et historique appropriés » : *Big M Drug Mart*, p. 344. Aux fins d’interprétation des textes constitutionnels, la preuve de l’intention des rédacteurs n’est toutefois pas concluante : *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 61-62; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99, par. 44.

[56] Pour les besoins du présent pourvoi, le contexte historique pertinent peut être résumé de la façon suivante. Les questions de nature économique faisaient partie des plus importants moteurs de la Confédération — l’union de certaines colonies des Maritimes et de la province du Canada pour former le Dominion du Canada. Les économies des colonies reposaient sur les exportations de ressources.

[57] Pendant longtemps, l’Angleterre a représenté un marché prévisible et lucratif pour ces exportations des colonies. Cependant, en 1850, la préférence des Britanniques pour les exportations canadiennes était en baisse : J. H. Perry, *Taxes, tariffs, & subsidies : A history of Canadian fiscal development* (1955), p. 24.

[58] La perte des marchés britanniques a entraîné deux conséquences. D’abord, lord Elgin, gouverneur général de la province du Canada (maintenant l’Ontario et le Québec) a été poussé à négocier une entente commerciale entre l’Amérique du Nord britannique et les États-Unis d’Amérique, ce qui a donné lieu en 1854 au *Reciprocity Treaty*, 10 Stat. 1089 (« *Traité de réciprocité* »). Celui-ci prévoyait l’ouverture de nouveaux marchés pour les exportations canadiennes, à l’image de l’accès au marché britannique dont bénéficiaient auparavant les provinces : Perry, p. 25. Selon le *Traité de réciprocité*, les produits visés circulaient d’un pays à l’autre sans que des droits de douane soient imposés.

[59] Ensuite, les colonies ont commencé à négocier des accords commerciaux réciproques entre elles. Bon nombre de ces accords avaient pour

from duty” for interprovincial “natural” imports: Perry, at p. 25.

[60] For a while, the economies of the colonies developed with the aid of reciprocity with the United States and the other intercolonial agreements. However, in 1866 the United States abrogated the *Reciprocity Treaty*. Once again the colonies found themselves cut off from an accessible and profitable market for their exports. Forced to look for a new solution, they plotted their continued economic growth by looking to increased economic integration.

[61] However, that integration faced a roadblock: the colonies’ general power to impose tariffs like customs duties and other burdens on goods crossing borders for the purpose of generating revenues. The pre-Confederation colonies could not rely solely on exports. By the early 1850s, the colonies had considerable autonomy over tariffs, particularly for manufactured goods. They controlled their own tariff-based income-generating activities, which were important revenue-generating measures: Perry, at pp. 26-28; J. A. McLean, *Essays in the Financial History of Canada* (1894), at pp. 33-34.

[62] These regional tariff powers were incompatible with economic integration. To achieve economic union, the framers agreed that individual provinces needed to relinquish their tariff powers. As this Court stated in *Black*, at pp. 608-9, per La Forest J.:

The attainment of economic integration occupied a place of central importance in the scheme. “It was an enterprise which was consciously adopted and deliberately put into execution.”: [D. Creighton, *British North America Act at Confederation: A Study Prepared for the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations* (1939)]; see also *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357, at p. 373. The creation

conséquence que les importations interprovinciales de produits [TRADUCTION] « naturels » étaient « en grande partie exemptes de droits de douane » : Perry, p. 25.

[60] Pendant un certain temps, les économies des colonies se sont épanouies grâce à la réciprocité avec les États-Unis et à d’autres accords conclus entre elles. Cependant, en 1866, les États-Unis ont aboli le *Traité de réciprocité*. Encore une fois, les colonies se sont retrouvées coupées d’un marché accessible et profitable pour leurs exportations. Forcées de trouver une nouvelle solution, elles ont cherché à poursuivre leur croissance économique en se tournant vers une intégration économique accrue.

[61] Cette intégration s’est toutefois heurtée à un obstacle : le pouvoir général des colonies d’imposer des tarifs semblables à des droits de douane et d’autres charges sur les biens qui franchisaient les frontières en vue de la production de recettes. Avant la création de la Confédération, les colonies ne pouvaient pas dépendre uniquement des exportations. Au début des années 1850, elles jouissaient d’une autonomie considérable à l’égard des tarifs, notamment quant aux biens manufacturés. Elles dirigeaient leurs propres activités génératrices de revenus fondées sur les tarifs qui constituaient d’importantes mesures génératrices de recettes : Perry, p. 26-28; J. A. McLean, *Essays in the Financial History of Canada* (1894), p. 33-34.

[62] Ces pouvoirs régionaux en matière de tarifs étaient incompatibles avec l’intégration économique. Pour que cette union se réalise, les auteurs de la Constitution ont reconnu que chaque province devait renoncer à son pouvoir en cette matière. Comme l’a affirmé la Cour sous la plume du juge La Forest dans *Black*, p. 609 :

La réalisation d’une intégration économique occupait une place de premier plan dans le programme. [TRADUCTION] « Il s’agissait d’une initiative adoptée consciemment et mise en œuvre volontairement. » : [D. Creighton, *British North America Act at Confederation: A Study Prepared for the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations* (1939)]; voir également l’arrêt *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357,

of a central government, the trade and commerce power, s. 121 and the building of a transcontinental railway were expected to help forge this economic union. The concept of Canada as a single country comprising what one would now call a common market was basic to the Confederation arrangements and the drafters of the *British North America Act* attempted to pull down the existing internal barriers that restricted movement within the country.

Section 121 of the *Constitution Act, 1867*, was one of the pillars of the Confederation scheme for achieving the economic union sought by the Fathers of Confederation.

[63] Excerpts from speeches given by political leaders at the time of Confederation provide a sense of their vision of economic union as the new nation was forged. In some passages, leaders refer to abolishing customs houses that existed on provincial boundaries pre-Confederation: trial reasons, at paras. 97-98. Other passages, however, indicate concern for impediments on interprovincial trade beyond formal tariffs: trial reasons, at para. 93. Still other passages refer more generally to unencumbered trade across boundaries: trial reasons, at paras. 92, 96 and 100.

[64] The framers of the Constitution were familiar with tariffs and charges on goods crossing borders. But, in drafting s. 121, they chose the broad phrase “admitted free” rather than a narrower phrase like “free from tariffs”. We do not know why they chose this broader, and arguably ambiguous, phrase. We do know there were debates on the issue, and those that wanted a more expansive term than “tariffs” or “customs duties” won the day.

[65] What light does this history shed on the question that divides Mr. Comeau and the Crown? Was s. 121 conceived to eradicate *all* impediments on trade at provincial borders, direct and indirect, as

à la p. 373. La création d’un gouvernement central, le pouvoir en matière d’échanges et de commerce, l’art. 121 et la construction d’un chemin de fer transcontinental devaient permettre de réaliser cette union économique. L’idée d’un Canada formant un seul pays comportant ce que l’on appellerait aujourd’hui un marché commun était fondamentale aux arrangements de la Confédération et les rédacteurs de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* ont tenté de supprimer les barrières internes existantes qui limitaient les déplacements à l’intérieur du pays.

L’article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* constituait l’un des piliers du pacte confédératif qui permettrait de réaliser l’union économique recherchée par les Pères de la Confédération.

[63] Des extraits de discours prononcés par des dirigeants politiques à l’époque de la création de la Confédération nous aident à comprendre leur vision de l’union économique au moment où la nouvelle nation est née. Dans certains passages, les dirigeants parlent de l’abolition des bureaux de douane qui existaient aux frontières provinciales avant la Confédération : motifs de première instance, par. 97-98. Dans d’autres passages, ils se disent par ailleurs préoccupés par les obstacles au commerce interprovincial autres que les tarifs officiels : motifs de première instance, par. 93. D’autres extraits enfin abordent de façon plus générale le commerce sans entraves par-delà les frontières : motifs de première instance, par. 92, 96 et 100.

[64] Les auteurs de la Constitution étaient bien au fait des tarifs et des charges imposés sur les biens qui circulaient d’une province à une autre. Cependant, lorsqu’ils ont rédigé l’art. 121, ils ont choisi l’expression générale « admis en franchise » plutôt qu’une expression plus restreinte comme « libres de tout tarif ». Nous ignorons pourquoi ils ont choisi cette expression plus large et, dans une certaine mesure, ambiguë. Nous savons que ces questions ont suscité des débats, et que ce sont ceux qui voulaient une expression plus large que « tarifs » ou « droits de douane » qui l’ont emporté.

[65] Quel éclairage ces éléments historiques donnent-ils à la question qui oppose M. Comeau et le ministère public? L’article 121 a-t-il été conçu pour supprimer *toutes* les entraves au commerce

Mr. Comeau contends? Or was it conceived as a provision to eradicate tariffs and charges at provincial borders, and to otherwise allow the adoption of valid laws that may have the incidental effect of impeding trade across interprovincial boundaries, as the Crown argues?

[66] Mr. Comeau’s expert witness acknowledged that what he interprets as the drafters’ broad view of “free trade” was not specifically grounded in how fiscal measures were operating on the ground at the time of Confederation. He characterizes what he sees as the drafters’ intent to eliminate *all* barriers to trade as anticipatory and prescient in light of how certain observers understand the benefits of free trade *in our time*: A.R., vol. V, at pp. 129 and 151. He also notes that “[t]he Fathers of Confederation saw no contradiction between supporting [free trade] with a pragmatic willingness to adopt forms of state intervention” that implicated the economy: A.R., vol. V, at p. 135.

[67] We conclude that the historical context supports the view that, at a minimum, s. 121 prohibits the imposition of charges on goods crossing provincial boundaries — tariffs and tariff-like measures. At the same time, the historical evidence nowhere suggests that provinces, for example, would lose their power to legislate under s. 92 of the *Constitution Act, 1867* for the benefit of their constituents even if that might have impacts on interprovincial trade. The historical evidence, at best, provides only limited support for the view that “admitted free” in s. 121 was meant as an absolute guarantee of trade free of *all* barriers.

(4) Legislative Context

[68] Section 121 is found in Part VIII of the *Constitution Act, 1867*, which is entitled “REVENUES; DEBTS; ASSETS; TAXATION”. Its provisions describe the establishment of Canada’s Consolidated Revenue Fund; the timing for the cessation of certain

interprovincial, directes et indirectes, comme le soutient M. Comeau, ou a-t-il été conçu comme une disposition visant à supprimer les tarifs et les charges aux frontières provinciales, et à permettre par ailleurs l’adoption de lois valides qui peuvent avoir pour effet accessoire d’entraver le commerce entre les provinces, comme le fait valoir le ministère public?

[66] Le témoin expert appelé par M. Comeau a reconnu que ce qui représente, selon son interprétation, la conception large du « libre-échange » des rédacteurs n’était pas fondée précisément sur la façon dont les mesures fiscales s’appliquaient sur le terrain lors de la création de la Confédération. Il a qualifié ce qu’il considère être l’intention des rédacteurs d’éliminer *tous* les obstacles au commerce d’anticipatif et de prescient compte tenu de la façon dont certains observateurs voient les avantages du libre-échange *à notre époque* : d.a., vol. V, p. 129 et 151. Il a également souligné que [TRADUCTION] « [I]es Pères de la Confédération ne voyaient aucune contradiction entre le soutien [au libre-échange] et la volonté pragmatique d’adopter certaines formes d’intervention de l’État » qui portaient sur l’économie : d.a., vol. V, p. 135.

[67] Nous concluons que le contexte historique appuie l’avis selon lequel, à tout le moins, l’art. 121 interdit l’imposition de tarifs et d’autres mesures semblables sur les biens qui circulent d’une province à une autre. Parallèlement, la preuve historique n’indique nullement que les provinces, par exemple, perdraient leur pouvoir de légiférer en vertu de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans l’intérêt de leurs citoyens, même si cela pouvait avoir une incidence sur le commerce interprovincial. Tout au plus, la preuve historique n’offre qu’un appui limité à l’avis selon lequel l’expression « admis en franchise » à l’art. 121 se voulait une garantie absolue de commerce libre de *tout* obstacle.

(4) Contexte législatif

[68] L’article 121 figure dans la partie VIII de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui a pour titre « REVENUES; DETTES; ACTIFS; TAXE ». Les dispositions qui s’y trouvent décrivent la création du fonds consolidé de revenu du Canada; le moment où allait

provincial revenue-generating activities, like tariffs, inconsistent with consolidation; the terms by which the federal government would assume provinces' debts; and stipulations about provincial fiscal matters that would continue after Confederation. The placement of s. 121 within Part VIII of the *Constitution Act, 1867* is significant for three reasons.

[69] First, s. 121 is part of a trio of provisions that concern interprovincial trade. Section 122 states that the excise and customs laws of the provinces are to be maintained until otherwise determined by Canada. Section 123 provides that where more than one province has comparable excise and customs laws, proof of payment in one province constitutes payment in the other. Read together, it is apparent that ss. 121, 122 and 123 address the shifting of customs and excise levies from the provincial level to the federal level. Sections 122 and 123 are concerned with how the shift is accomplished; s. 121 reflects the new arrangement once the shift is accomplished.

[70] Sections 121, 122 and 123 may be read together as covering the field with respect to re-arranging customs and excise duties upon union. Interprovincial tariffs would be abandoned and international tariffs would become the responsibility of Canada. The reference to excise laws suggests that the provisions were drafted in recognition that other fiscal tools like excise taxes could operate to impede trade in a manner equivalent to customs duties.

[71] Second, Part VIII is concerned with revenue-generating instruments and their consolidation: excise taxes, customs duties, levies. All of these are measures that attach to commodities and function by increasing the price of goods. Nothing in Part VIII suggests that s. 121 should be read to capture merely incidental impacts on demand for goods from other provinces; the focus of Part VIII is direct burdens on the price of commodities.

cesser l'application de certaines mesures provinciales génératrices de recettes, comme les tarifs, parce qu'elles étaient incompatibles avec la consolidation; les modalités selon lesquelles le gouvernement fédéral allait assumer les dettes des provinces; et les dispositions portant sur les questions fiscales provinciales qui se poseraient toujours après la création de la Confédération. L'insertion de l'art. 121 dans cette partie de la *Loi constitutionnelle de 1867* est importante pour trois raisons.

[69] Premièrement, l'art. 121 fait partie d'un trio de dispositions portant sur le commerce interprovincial. L'article 122 prévoit que les lois de douane et d'accise de chaque province allaient demeurer en vigueur jusqu'à ce que le Canada en décide autrement. Selon l'art. 123, lorsque deux provinces ont des lois de douane et d'accise comparables, la preuve du paiement dans une province constitue le paiement dans l'autre. Interprétés conjointement, il est évident que les art. 121, 122 et 123 visaient le transfert des droits de douane et d'accise du palier provincial au palier fédéral; les art. 122 et 123 portant sur la façon dont ce transfert allait se faire, et l'art. 121 rendant compte du nouveau régime une fois le transfert fait.

[70] Lus conjointement, les art. 121, 122 et 123 prévoyaient la façon dont les droits de douane et d'accise allaient être imposés à la suite de l'union. Les tarifs interprovinciaux seraient abandonnés, et les tarifs internationaux relèveraient du Canada. Le renvoi aux lois d'accise donne à penser que les dispositions ont été rédigées en reconnaissance du fait que l'application d'autres mesures fiscales, comme les taxes d'accise, pourrait entraver le commerce comme le font les droits de douane.

[71] Deuxièmement, la partie VIII porte sur les instruments générateurs de recettes et leur consolidation : les taxes d'accise, les droits de douane, les taxes perçues. Ce sont toutes des mesures qui se rapportent aux marchandises et qui ont pour effet d'augmenter le prix des biens. Rien dans la partie VIII ne suggère que l'art. 121 devrait être interprété de telle sorte qu'il vise seulement les répercussions accessoires sur la demande de biens provenant d'autres provinces; cette partie de la loi vise principalement les charges directes sur le prix des marchandises.

[72] Third, s. 121's position in Part VIII, as well as its text, make it clear that it does not confer power, but limits the exercise of the powers conferred on legislatures by ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. The federal and provincial heads of power delineated in ss. 91 and 92 are exhaustive: *Reference re Same-Sex Marriage*, at para. 34. Limits on these powers by provisions like s. 121 must be interpreted in a way that does not deprive Parliament and provincial legislatures of the powers granted to them to deal effectively with problems that arise. Otherwise, there would be constitutional hiatuses — circumstances in which no legislature could act. This is something constitutional interpretation does not countenance: see, e.g., *Murphy*, at p. 642, per Rand J. Prohibition of impediments to interprovincial trade engages several of these heads of power, including trade and commerce (s. 91(2)), taxation (ss. 91(3) and 92(2)), property and civil rights (s. 92(13)), provincial sanctions (s. 92(15)), and local matters (s. 92(16)). It follows that s. 121 should be interpreted in a way that allows governments to enact proactive policies for the good of their citizens and in a way that maintains an appropriate balance between federal and provincial powers — even if the exercise of those powers may have an incidental effect on other matters, like bringing goods across provincial boundaries.

[73] We conclude that the legislative context of s. 121 indicates that it was part of a scheme that enabled the shifting of customs, excise, and similar levies from the former colonies to the Dominion; that it should be interpreted as applying to measures that increase the price of goods when they cross a provincial border; and that it should not be read so expansively that it would impinge on legislative powers under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. Before leaving the legislative context, we deal with an additional argument.

[72] Troisièmement, la position de l'art. 121 dans la partie VIII, ainsi que son libellé, indiquent clairement qu'il ne confère pas de pouvoir, mais qu'il limite l'exercice des pouvoirs que confèrent les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* aux assemblées législatives. Les champs de compétences fédéraux et provinciaux énoncés aux art. 91 et 92 sont exhaustifs : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, par. 34. L'interprétation des limites que des dispositions comme l'art. 121 imposent à ces pouvoirs doit être telle qu'elle ne prive pas le Parlement et les législatures des pouvoirs qui leur sont conférés pour traiter efficacement les problèmes qui se posent. Autrement, il y aurait des lacunes constitutionnelles — c'est-à-dire des situations dans lesquelles aucune assemblée législative ne pourrait agir —, ce que ne peut autoriser l'interprétation constitutionnelle : voir, p. ex., *Murphy*, p. 642, le juge Rand. L'interdiction d'entraves au commerce interprovincial fait intervenir plusieurs champs de compétences, notamment : le trafic et le commerce (par. 91(2)), l'imposition (par. 91(3) et 92(2)), la propriété et les droits civils (par. 92(13)), les sanctions provinciales (par. 92(15)) et les matières d'une nature locale (par. 92(16)). L'article 121 doit donc être interprété de façon à ce que les gouvernements puissent adopter des politiques préventives pour le bien de leurs citoyens et qu'un juste équilibre soit assuré entre les pouvoirs fédéraux et provinciaux, même si l'exercice de ces pouvoirs peut avoir un effet accessoire dans d'autres domaines, comme le transport de biens d'une province à une autre.

[73] Nous concluons que le contexte législatif de l'art. 121 indique qu'il faisait partie d'un régime permettant que les droits de douane et d'accise ainsi que les taxes semblables passent des anciennes colonies au Dominion; qu'il doit être interprété comme s'appliquant aux mesures qui ont pour effet d'augmenter le prix des biens lorsqu'ils franchissent une frontière provinciale; et qu'il ne doit pas recevoir une interprétation large au point qu'il empièterait sur les pouvoirs législatifs prévus aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Avant de clore la section sur le contexte législatif, nous aborderons un argument supplémentaire.

[74] It is suggested by some that the legislative context shows that s. 121 was a purely transitional provision and was “spent” once the transfer of powers from the former colonies to the new Canada was accomplished. Some of s. 121’s neighbouring provisions — ss. 119 and 122 for example — are clearly transitional and time-limited.

[75] Declaring a constitutional provision to be “spent” amounts to judicial excision of the provision from the constitutional text in question. Absent clear language, a court should not hold that a constitutional provision is of no continued application. To do so would overstep the court’s interpretive role, and would instead confer on it a legislative one.

[76] Comparison of the text of s. 121 to the text of ss. 119 and 122 undermines the argument that s. 121 is spent. The required clear language is absent. Section 121 is not only transitional. Both ss. 119 and 122 impose explicit temporal limits on their continued operation. Section 119 establishes a 10-year scheme for debt reconciliation between Canada and New Brunswick from the time of Confederation — the provision is clearly spent. Section 122 includes a condition by which the provision becomes spent: “The Customs and Excise Laws of each Province shall [. . .] continue in force until altered by the Parliament of Canada”.

(5) Foundational Principles

[77] In *Reference re Secession of Quebec*, at para. 32, this Court held that foundational principles underlying the Constitution may aid in its interpretation. Three of these — the federalism principle, the democratic principle and the protection of minorities principle — were raised in this case. The latter two do not shed much light on how s. 121 should be interpreted, in our view. However, the federalism principle is vital.

[78] Federalism refers to how states come together to achieve shared outcomes, while simultaneously

[74] Pour certains, le contexte législatif indique que l’art. 121 était une disposition purement transitoire, et qu’elle est devenue « périmée » une fois accompli le transfert des pouvoirs des anciennes colonies au nouveau Canada. Certaines dispositions voisines de l’art. 121 — les art. 119 et 122, par exemple — étaient manifestement transitoires et d’une durée limitée.

[75] Déclarer qu’une disposition constitutionnelle est « périmée » équivaut à une suppression judiciaire de la disposition du texte constitutionnel en question. En l’absence d’un libellé clair, il ne convient pas qu’un tribunal juge qu’une disposition constitutionnelle n’a pas d’application continue. Une telle conclusion outrepasserait son rôle interprétatif, et lui conférerait plutôt un rôle législatif.

[76] La comparaison du texte de l’art. 121 à ceux des art. 119 et 122 affaiblit l’argument selon lequel le premier est périmé. En effet, il n’a pas le libellé clair requis. L’article 121 n’est pas uniquement transitoire. Les articles 119 et 122 imposent des limites temporelles expresses à leur application continue. L’article 119 crée un régime décennal pour le rapprochement des dettes entre le Canada et le Nouveau-Brunswick une fois la Confédération créée; cette disposition est donc manifestement périmée. L’article 122 comprend pour sa part une condition par laquelle la disposition devient périmée : « Les lois de douanes et d’accise de chaque province demeureront en force [. . .] jusqu’à ce qu’elles soient modifiées par le Parlement du Canada ».

(5) Principes fondamentaux

[77] Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 32, la Cour a conclu que les principes fondamentaux à la base de la Constitution peuvent aider à son interprétation. Dans le cas qui nous occupe, trois de ceux-ci, soit le fédéralisme, la démocratie et la protection des minorités, ont été invoqués. À notre avis, les deux derniers ne nous éclairent pas beaucoup sur l’interprétation que doit recevoir l’art. 121. Le principe du fédéralisme est toutefois primordial.

[78] Le fédéralisme se rapporte à la façon dont certains États s’unissent pour atteindre des résultats

pursuing their unique interests. The principle of federalism recognizes the “autonomy of provincial governments to develop their societies within their respective spheres of jurisdiction”: *Reference re Secession of Quebec*, at para. 58; see also *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511, at para. 5. The tension between the centre and the regions is regulated by the concept of jurisdictional balance: *Reference re Secession of Quebec*, at paras. 56-59. The federalism principle requires a court interpreting constitutional texts to consider how different interpretations impact the balance between federal and provincial interests. The same concern has led to, for example, the development of doctrines like the necessarily incidental doctrine and the ancillary powers doctrine.

[79] An expansive interpretation of federal powers is typically met with calls for recognition of broader provincial powers, and vice versa; the two are in a symbiotic relationship. Many of the doctrinal tools used by courts in division of powers cases reflect the tension between federal and provincial capacity: see, e.g., H. L. Kong, “Republicanism and the division of powers in Canada” (2014), 64 *U.T.L.J.* 359, at pp. 393-97. As this Court noted in *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at para. 7:

It is a fundamental principle of federalism that both federal and provincial powers must be respected, and one power may not be used in a manner that effectively eviscerates another. Rather, federalism demands that a balance be struck, a balance that allows both the federal Parliament and the provincial legislatures to act effectively in their respective spheres.

[80] This Court has consistently interpreted the scope of economic powers under the *Constitution Act, 1867* through the lens of jurisdictional balance. An example is the development of the “necessarily incidental” indicator for tolerated provincial/federal overlap under the trade and commerce power:

communs, tout en poursuivant leurs intérêts uniques. Le principe du fédéralisme reconnaît « l'autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence » : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 58; voir aussi *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511, par. 5. Le concept de l'équilibre des compétences régit les tensions entre le centre et les régions : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 56-59. Le principe du fédéralisme exige que le tribunal qui interprète des textes constitutionnels tienne compte des répercussions des différentes interprétations sur l'équilibre entre les intérêts du fédéral et ceux des provinces. Cette considération a donné lieu, par exemple, à l'élaboration de théories comme celle du caractère nécessairement accessoire et celle des pouvoirs accessoires.

[79] Une interprétation large des pouvoirs fédéraux s'accompagne habituellement d'appels à la reconnaissance de pouvoirs provinciaux plus larges, et vice versa; ces pouvoirs sont en symbiose. D'ailleurs, un grand nombre des théories élaborées par la doctrine qu'utilisent les tribunaux dans les causes relatives au partage des compétences reflètent la tension entre les pouvoirs du fédéral et des provinces respectivement : voir, p. ex., H. L. Kong, « Republicanism and the division of powers in Canada » (2014), 64 *U.T.L.J.* 359, p. 393-397. Comme l'a noté la Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 7 :

La proposition suivant laquelle tant les pouvoirs fédéraux que ceux des provinces doivent être respectés et qu'un pouvoir ne peut être utilisé d'une manière telle que cela revienne en réalité à en vider un autre de son essence constitue un principe fondamental du fédéralisme. En effet, ce dernier exige plutôt d'établir un équilibre qui permet tant au Parlement qu'aux législatures d'agir efficacement dans leurs sphères de compétence respectives.

[80] La Cour a toujours interprété la portée des pouvoirs économiques prévus dans la *Loi constitutionnelle de 1867* sous l'angle de l'équilibre des compétences. En est un exemple l'élaboration de la théorie du caractère « nécessairement accessoire » relativement au chevauchement acceptable

General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing, [1989] 1 S.C.R. 641; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Reference re Securities Act*.

[81] Much has been written on the principle of federalism as an interpretive aid. Some say it leads to divergent outcomes and is inherently policy driven: see, e.g., P. J. Monahan, “At doctrine’s twilight: The structure of Canadian federalism” (1984), 34 *U.T.L.J.* 47, at p. 48. Others argue that it boils down to a principle of efficiency that favours centralization and privileges federal heads of power: see, e.g., J. Leclair, “The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity” (2003), 28 *Queen’s L.J.* 411, at p. 423. Still others counter by pointing to the vast scope of regional autonomy promised by the powers conferred on the provinces by ss. 92(13) and 92(16): see, e.g., S. Wexler, “The Urge to Idealize: Viscount Haldane and the Constitution of Canada” (1984), 29 *McGill L.J.* 608, at pp. 641-42.

[82] For our purposes, it suffices to state that the federalism principle reminds us of the careful and complex balance of interests captured in constitutional texts. An interpretation that disregards regional autonomy is as problematic as an interpretation that underestimates the scope of the federal government’s jurisdiction. We agree with Professor Scott that “[t]he Canadian constitution cannot be understood if it is approached with some preconceived theory of what federalism is or should be”: F. R. Scott, “Centralization and Decentralization in Canadian Federalism” (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 1095, at p. 1095; see also P. W. Hogg and W. K. Wright, “Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court: Reflections on the Debate about Canadian Federalism” (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 329, at p. 350.

[83] Thus, the federalism principle does not impose a particular vision of the economy that courts must apply. It does not allow a court to say “This

des compétences provinciales et fédérales dans le domaine des échanges et du commerce : *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*.

[81] Le principe du fédéralisme en tant qu’outil d’interprétation a fait couler beaucoup d’encre. Certains affirment qu’il mène à des résultats divergents et qu’il repose par sa nature même sur des considérations de principe : voir, p. ex., P. J. Monahan, « At doctrine’s twilight : The structure of Canadian federalism » (1984), 34 *U.T.L.J.* 47, p. 48. D’autres font valoir qu’il s’agit essentiellement d’un principe d’efficacité qui favorise la centralisation et qui privilégie les compétences fédérales : voir, p. ex., J. Leclair, « The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28 *Queen’s L.J.* 411, p. 423. D’autres encore répliquent en invoquant la vaste portée de l’autonomie régionale que promettent les pouvoirs conférés aux provinces par les par. 92(13) et 92(16) : voir, p. ex., S. Wexler, « The Urge to Idealize : Viscount Haldane and the Constitution of Canada » (1984), 29 *R.D. McGill* 608, p. 641-642.

[82] Pour les besoins du présent pourvoi, il suffit de préciser que le principe du fédéralisme nous rappelle l’équilibre juste et complexe des intérêts visés par les textes constitutionnels. L’interprétation qui fait fi de l’autonomie régionale est tout aussi problématique que celle qui sous-estime la portée de la compétence du gouvernement fédéral. À l’instar du professeur Scott, nous estimons qu’on [TRADUCTION] « ne peut pas comprendre la Constitution canadienne si on l’aborde avec une idée préconçue de ce que le fédéralisme est ou devrait être » : F. R. Scott, « Centralization and Decentralization in Canadian Federalism » (1951), 29 *R. du B. can.* 1095, p. 1095; voir aussi P. W. Hogg et W. K. Wright, « Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court : Reflections on the Debate about Canadian Federalism » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 329, p. 350.

[83] Ainsi, le principe du fédéralisme n’impose pas une vision précise de l’économie que les tribunaux doivent appliquer. Il ne permet pas à une

would be good for the country, therefore we should interpret the Constitution to support it.” Instead, it posits a framework premised on jurisdictional balance that helps courts identify the range of economic mechanisms that are constitutionally acceptable. The question for a court is squarely constitutional compliance, not policy desirability: see, e.g., *Reference re Securities Act*, at para. 90; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at pp. 471-72, per Wilson J.; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at pp. 424-25, per Laskin C.J. Similarly, the living tree doctrine is not an open invitation for litigants to ask a court to constitutionalize a specific policy outcome. It simply asks that courts be alert to evolutions in, for example, how we understand jurisdictional balance and the considerations that animate it.

[84] With these cautions in mind, we turn to the parties’ submissions on the principle of federalism. Both Mr. Comeau and the Crown refer to the federalism principle to support their own particular views of desirable policy outcomes — in Mr. Comeau’s case, the policy of no impediments, direct or incidental, on trade across provincial borders; in the Crown’s submission, a view of cooperative federalism that poses few, if any, limits on provinces’ authority to impose such impediments. Asserting what they see as the contemporary goals of federalism by pointing to the living tree doctrine (*Edwards*, at pp. 106-7), the parties urge the Court to interpret s. 121 in accordance with their preferred visions of how federalism functions. We will consider each of these arguments in turn.

[85] We begin with Mr. Comeau’s submission that the principle of federalism supports full economic integration. We cannot accept this submission. The federalism principle emphasizes balance and the ability of each level of government to achieve its

cour d’affirmer que « ceci serait bon pour le pays et il faudrait interpréter la Constitution en conséquence ». Il pose plutôt en principe un cadre fondé sur l’équilibre des compétences, qui aide les cours de justice à cerner l’éventail des mécanismes économiques qui sont constitutionnellement acceptables. Il s’agit strictement pour les cours d’une question de respect de la Constitution et non de l’opportunité de la mesure en cause sur le plan des principes : voir, p. ex., *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 90; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 471-472, la juge Wilson; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 424-425, le juge en chef Laskin. De la même façon, la doctrine de l’arbre vivant n’équivaut pas à une invitation générale pour que les plaideurs demandent aux tribunaux de constitutionnaliser un résultat de principe en particulier. Elle requiert seulement que les tribunaux tiennent compte de l’évolution, par exemple, de la façon dont nous interprétons l’équilibre des compétences et les facteurs qui le sous-tendent.

[84] Avec ces mises en garde à l’esprit, nous allons maintenant examiner les observations des parties sur le principe du fédéralisme. Tant M. Comeau que le ministère public renvoient au principe du fédéralisme pour soutenir leur vision respective particulière des résultats souhaitables sur le plan des principes — dans le cas de M. Comeau, le principe de l’absence d’obstacles, directs ou accessoires, au commerce interprovincial; dans le cas du ministère public, une vision du fédéralisme coopératif qui n’impose que peu de limites, voire aucune, au pouvoir des provinces d’imposer de tels obstacles. Faisant valoir ce qu’elles considèrent être les objectifs contemporains du fédéralisme en invoquant la doctrine de l’arbre vivant (*Edwards*, p. 106-107), les parties exhortent la Cour à interpréter l’art. 121 conformément à la vision qu’elles préconisent du fonctionnement du fédéralisme. Nous analyserons chacun de ces arguments à tour de rôle.

[85] Examinons d’abord la prétention de M. Comeau selon laquelle le principe du fédéralisme appuie une pleine intégration économique. Nous ne pouvons souscrire à ce point de vue. Ce principe met l’accent sur l’équilibre et sur la capacité de chaque

goals in the exercise of its powers under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. Full economic integration would “curtail the freedom of action — indeed, the sovereignty — of governments, especially at the provincial level”: K. Swinton, “Courting Our Way to Economic Integration: Judicial Review and the Canadian Economic Union” (1995), 25 *Can. Bus. L.J.* 280, at p. 291; see also D. Schneiderman, “Economic Citizenship and Deliberative Democracy: An Inquiry into Constitutional Limitations on Economic Regulation” (1995), 21 *Queen’s L.J.* 125, at p. 152. Reading s. 121 to require full economic integration would significantly undermine the shape of Canadian federalism, which is built upon regional diversity within a single nation: *Reference re Secession of Quebec*, at paras. 57-58; *Canadian Western Bank*, at para. 22. A key facet of this regional diversity is that the Canadian federation provides space to each province to regulate the economy in a manner that reflects local concerns.

[86] The federalism principle supports the view that provinces within a federal state should be allowed leeway to manage the passage of goods while legislating to address particular conditions and priorities within their borders. For example, the Northwest Territories and Nunavut have adopted laws governing the consumption of liquor, which include controls on liquor coming across the border into their territories. The primary objective of the laws is public health, but they have the incidental effect of curtailing cross-border trade in liquor. The Northwest Territories and Nunavut argue that these sorts of laws do not fall under the spectre of s. 121. We agree that to interpret s. 121 in a way that renders such laws invalid despite their non-trade-related objectives is to misunderstand the import of the federalism principle.

[87] The Crown and other intervening Attorneys General, for their part, advocate interpreting s. 121 narrowly to give governments expansive scope to

ordre de gouvernement d’atteindre ses objectifs en exerçant les compétences que lui confèrent les art. 91 ou 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Une pleine intégration économique reviendrait à [TRADUCTION] « restreindre la liberté d’action — voire la souveraineté — des gouvernements, particulièrement au palier provincial » : K. Swinton, « Courting Our Way to Economic Integration : Judicial Review and the Canadian Economic Union » (1995), 25 *Rev. can. dr. comm.* 280, p. 291; voir aussi D. Schneiderman, « Economic Citizenship and Deliberative Democracy : An Inquiry into Constitutional Limitations on Economic Regulation » (1995), 21 *Queen’s L.J.* 125, p. 152. Une interprétation de l’art. 121 qui exigerait une pleine intégration économique minerait considérablement la nature du fédéralisme canadien, qui repose sur la diversité des régions au sein d’une même nation : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 57-58; *Canadian Western Bank*, par. 22. D’ailleurs, une facette clé de cette diversité régionale est précisément que la fédération canadienne confère à chaque province le pouvoir de réglementer l’économie à l’image des préoccupations locales.

[86] Le principe du fédéralisme étaye l’opinion selon laquelle les provinces d’un état fédéral devraient avoir la marge de manœuvre leur permettant de gérer le passage des biens tout en adoptant des lois qui tiennent compte de conditions ou de priorités particulières sur leur territoire. Par exemple, les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut ont adopté des lois qui régissent la consommation de boissons alcooliques et assurent le contrôle de celles qui arrivent sur leur territoire. La santé publique constitue certes l’objet principal de ces lois, mais elles ont comme effet accessoire de restreindre le commerce transfrontalier des boissons alcooliques. Les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut font valoir que les lois de ce type ne tombent pas sous le coup de l’art. 121. Nous sommes d’accord pour dire qu’une interprétation de l’art. 121 qui invaliderait de telles lois malgré leurs objectifs étrangers au commerce serait le fruit d’une compréhension erronée de l’importance du principe du fédéralisme.

[87] Le ministère public et certains procureurs généraux intervenants ont plaidé pour une interprétation étroite de l’art. 121 afin que les gouvernements

impose barriers on goods crossing their borders. This interpretation, they argue, is a natural consequence of their position that “cooperative federalism” is a distinct foundational principle for constitutional interpretation, as such principles are understood in *Reference re Secession of Quebec*. Cooperative federalism describes situations where different levels of government work together on the ground to leverage their unique constitutional powers in tandem to establish a regulatory regime that may be *ultra vires* the jurisdiction of one legislature on its own. In division of powers cases where interlocking regulatory schemes have been impugned, the concept of cooperative federalism has often informed this Court’s assessment of *vires*: see, e.g., *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292; *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. However, that is a distinct inquiry from the interpretative question raised here. The foundational principle that forms part of the architecture of constitutional texts as we described in *Reference re Secession of Quebec* is *federalism* — and that principle does not mandate any specific prescription for how governments within a federation should exercise their constitutional authority.

[88] We cannot therefore accept either the arguments of Mr. Comeau or the Crown on the principle of federalism. This does not mean, however, that the principle is unhelpful to the interpretation of s. 121. The need to maintain balance embodied in the federalism principle supports an interpretation of s. 121 that prohibits laws directed at curtailing the passage of goods over interprovincial borders, but allows legislatures to pass laws to achieve other goals within their powers, even though the laws may have the incidental effect of impeding the passage of goods over interprovincial borders.

disposent d’une importante latitude pour imposer des charges sur les biens qui traversent leurs frontières. À leur avis, cette interprétation découle naturellement de leur position selon laquelle le « fédéralisme coopératif » est un principe fondamental distinct d’interprétation constitutionnelle, tel que ces principes sont interprétés dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*. Le fédéralisme coopératif décrit des situations où différents ordres de gouvernement travaillent de concert au départ pour tirer parti en tandem des pouvoirs constitutionnels qui leur sont propres afin d’établir un régime réglementaire qui pourrait outrepasser la compétence d’une assemblée législative à elle seule. Dans les causes portant sur le partage des compétences où des régimes réglementaires communs étaient contestés, le concept du fédéralisme coopératif a souvent aidé la Cour à analyser la question relative à la compétence : voir, p. ex., *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292; *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. Il s’agit toutefois d’un examen distinct de celui auquel nous devons procéder en l’espèce pour répondre à la question d’interprétation qui se pose. Le principe fondamental qui s’inscrit dans la structure des textes constitutionnels que nous avons décrite dans le *Renvoi sur la sécession du Québec* est le *fédéralisme* — et, selon ce principe, aucune prescription précise n’est requise quant à la façon dont les gouvernements au sein de la fédération devraient exercer les pouvoirs que leur confère la Constitution.

[88] Nous ne pouvons donc souscrire ni aux arguments de M. Comeau ni à la position du ministère public quant au principe du fédéralisme. Ce dernier est néanmoins utile pour interpréter l’art. 121. La nécessité de maintenir l’équilibre consacré par le principe du fédéralisme appuie l’interprétation de l’art. 121 qui interdit les lois visant à restreindre la circulation des biens entre les provinces, mais qui permet aux législatures d’en adopter qui visent la réalisation d’autres objectifs dans les limites de leurs pouvoirs, même si ces lois peuvent avoir comme effet accessoire d’entraver la circulation des biens d’une province à une autre.

(6) Defining the Ambit of Section 121: The Jurisprudence

[89] We have established in the preceding sections that the text, historical context, legislative context, and underlying constitutional principles do not support Mr. Comeau's contention that s. 121 should be interpreted as prohibiting any and all burdens on the passage of goods over provincial boundaries, essentially imposing an absolute free trade regime within Canada. Rather, these considerations support a flexible, purposive view of s. 121 — one that respects an appropriate balance between federal and provincial powers and allows legislatures room to achieve policy objectives that may have the incidental effect of burdening the passage of goods across provincial boundaries.

[90] This established, the next question to be answered is: What does s. 121 of the *Constitution Act, 1867* actually prohibit? Before us, the debate was framed as a conflict between two lines of authority — the *Gold Seal* line of authority, which is said to confine s. 121 to the prohibition of tariffs, and the line of authority based on the judgment of Rand J. in *Murphy*, which sets out the view that s. 121 prohibits not only tariffs, but extends to laws that in essence and purpose are directed to impeding the passage of goods across provincial boundaries.

[91] For the reasons that follow, we do not see these lines of authority to be in conflict. Properly understood, they represent a single, progressive understanding of the purpose and function of s. 121 in the broader constitutional scheme. This understanding is entirely consistent with our earlier conclusion that s. 121 — understood through the lens of its text, its historical and legislative contexts and the principle of federalism — is best conceived as preventing provinces from passing laws aimed at impeding trade by setting up barriers at boundaries, while allowing

(6) Définir la portée de l'art. 121 : la jurisprudence

[89] Nous avons établi dans les sections précédentes des présents motifs que le libellé, les contextes historique et législatif de même que les principes constitutionnels sous-jacents n'étaient pas la prétention de M. Comeau selon laquelle l'art. 121 doit s'interpréter comme interdisant toute entrave à la circulation des biens d'une province à une autre, ce qui équivaldrait pour l'essentiel à forcer l'existence d'un régime de libre-échange absolu au Canada. Les éléments mentionnés précédemment appuient plutôt une conception souple et téléologique de l'art. 121, une conception qui respecte un juste équilibre entre les compétences fédérales, d'une part, et provinciales, d'autre part, et qui donne aux législatures la possibilité d'atteindre des objectifs de politique générale qui peuvent avoir pour effet accessoire d'entraver la circulation des biens d'une province à une autre.

[90] Cela étant établi, il faut ensuite répondre à la question suivante : qu'est-ce qu'interdit au juste l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Le débat que nous avons à trancher a été décrit comme un conflit entre deux courants jurisprudentiels — celui fondé sur l'arrêt *Gold Seal*, selon lequel l'art. 121 interdirait uniquement les tarifs, et celui fondé sur la décision du juge Rand dans l'arrêt *Murphy*, où celui-ci exprime l'avis que l'art. 121 interdit non seulement les tarifs, mais aussi les lois qui visent, de par leur essence et leur objet, à entraver la circulation de biens d'une province à une autre.

[91] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas de conflit entre ces courants jurisprudentiels. Interprétés correctement, ils représentent une seule conception progressive de l'objet et de la fonction de l'art. 121 dans le régime constitutionnel général. Cette conception cadre parfaitement avec la conclusion que nous avons déjà tirée selon laquelle il vaut mieux interpréter l'art. 121 — vu à la lumière de son libellé, de ses contextes historique et législatif et du principe du fédéralisme — comme empêchant les provinces d'adopter des lois qui visent

them to legislate to achieve goals within their jurisdiction even where such laws may incidentally limit the passage of goods over provincial borders.

[92] *Gold Seal*, decided in 1921, was the first case to interpret s. 121 of the *Constitution Act, 1867*. It concerned a federal statute that prohibited the importation of liquor into any dry province. The federal law was complementary to provincial prohibition laws, passed because the provinces were not competent under the division of powers to regulate interprovincial trade — an early example of cooperative federalism. The Gold Seal liquor company argued that the trade barrier installed by the federal law violated s. 121. The Court's discussion of s. 121 in *Gold Seal* was cursory. Duff and Mignault JJ., in the majority, each held that the law at issue was not caught by s. 121 because it was not a tariff on goods crossing provincial borders. Mignault J. added that this was consistent with a similar provision in the United States Constitution addressing the same concerns: *Gold Seal*, at p. 470. Anglin J. agreed, but offered no analysis: *Gold Seal*, at p. 466.

[93] *Gold Seal* was endorsed by the Judicial Committee of the Privy Council in *Atlantic Smoke Shops*, at p. 92. At issue was a New Brunswick law that made tobacco importers liable to a tax on tobacco brought into the province. The tobacco retailer argued that the tax constituted a trade barrier contrary to s. 121. Viscount Simon L.C. accepted this Court's analysis in *Gold Seal* and concluded that s. 121, read in the context of Part VIII, was the death knell for provincial tariffs. However, the tax was held not to infringe s. 121 on the ground it was a general consumption tax, and thus did not impose a burden

à entraver le commerce en érigeant des obstacles aux limites de leur territoire, tout en leur permettant de légiférer pour des objectifs principaux valides à l'intérieur de leur champ de compétence, même dans les cas où les lois en question risquent de restreindre accessoirement la circulation des biens d'une province à une autre.

[92] C'est dans l'arrêt *Gold Seal*, rendu en 1921, que la Cour a interprété la *Loi constitutionnelle de 1867* pour la première fois. Il porte sur une loi fédérale qui interdisait l'importation d'alcool dans toute province prohibitionniste. Cette loi complétait les mesures législatives provinciales instituant la prohibition et avait été adoptée parce que le partage des compétences n'habilitait pas les provinces à réglementer le commerce interprovincial — un exemple ancien de fédéralisme coopératif. Le fabricant de boissons alcooliques Gold Seal faisait valoir que l'obstacle commercial établi par la loi fédérale contrevenait à l'art. 121. L'analyse de cette disposition à laquelle s'est livrée la Cour dans *Gold Seal* était sommaire. Dans des motifs majoritaires, les juges Duff et Mignault ont chacun statué que la loi en cause n'était pas visée par l'art. 121, car elle n'établissait pas un tarif sur des biens qui traversaient les frontières provinciales. Le juge Mignault a ajouté que cette conclusion était compatible avec une disposition analogue de la Constitution des États-Unis répondant aux mêmes préoccupations : *Gold Seal*, p. 470. Le juge Anglin était du même avis, mais il n'a procédé à aucune analyse : *Gold Seal*, p. 466.

[93] L'arrêt *Gold Seal* a été entériné par le Comité judiciaire du Conseil privé dans *Atlantic Smoke Shops*, p. 92. Il était question d'une loi néo-brunswickoise qui assujettissait les importateurs de tabac à une taxe lorsque ce produit était importé dans la province. Le détaillant de tabac soutenait que la taxe constituait un obstacle commercial contraire à l'art. 121. Le vicomte Simon, lord chancelier, a retenu l'analyse effectuée par la Cour dans *Gold Seal* et conclu que, interprété eu égard au contexte de la partie VIII, l'art. 121 sonnait le glas des tarifs provinciaux. La taxe a toutefois été jugée conforme à cette disposition

on the basis of a provincial border: *Atlantic Smoke Shops*, at pp. 91-92.

[94] In 1958, the majority of this Court in *Murphy* adopted *Gold Seal* and *Atlantic Smoke Shops*: at p. 634. A grain producer had attempted to arrange an interprovincial shipment of wheat contrary to the *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C. 1952, c. 44. The question was whether the Act's prohibition on cross-border shipments violated s. 121. The majority, *en passant*, held it did not because it did not impose a tariff. *Murphy* was decided primarily on the basis of the division of powers. Nevertheless, this Court briefly addressed s. 121.

[95] Rand J. in his concurring reasons in *Murphy* undertook a more substantive, purposive analysis of s. 121. He did not criticize *Gold Seal*, which he accepted as the foundational case, but sought to draw out the rationale underlying *Gold Seal*, s. 121, and its constitutional implications. His reasons read like a series of reflections on the nature and purpose of s. 121. He began by noting that apart from matters of purely local and private concern, the country was one economic unit: *Murphy*, p. 638. He went on, however, to explain why provincial marketing schemes that may enable different charges in different regions do not violate s. 121. Such schemes “embody an accumulation” of various charges because they are concerned with realizing objects for all producers across the relevant sector — from transportation to wages to insurance. Charges that are merely “one item in a scheme that regulates their distribution” do not have cross-border trade as their object or purpose and therefore do not violate s. 121. They are “items in selling costs and can be challenged only if the scheme itself is challengeable”: *Murphy*, at pp. 638-39. Section 121 “does not create a level of trade activity divested of all regulation I have no doubt; what is preserved is a free flow of trade regulated in subsidiary features which are or have come to be looked upon as incidents of trade. What is forbidden is a trade regulation that in its essence

puisqu'il s'agissait d'une taxe générale à la consommation et qu'elle n'entravait donc pas le commerce sur le fondement d'une frontière provinciale : *Atlantic Smoke Shops*, p. 91-92.

[94] En 1958, les juges majoritaires de la Cour dans *Murphy* ont suivi les arrêts *Gold Seal* et *Atlantic Smoke Shops* : p. 634. Un producteur de céréales avait tenté d'organiser une livraison interprovinciale de blé en contravention de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. 1952, c. 44. Il s'agissait de savoir si l'interdiction des livraisons interprovinciales prévue par cette loi contrevenait à l'art. 121. Les juges majoritaires ont conclu en passant que ce n'était pas le cas, car cette loi n'imposait pas de tarif. L'arrêt *Murphy* a été décidé principalement sur le fondement du partage des compétences. La Cour y a néanmoins brièvement discuté de l'art. 121.

[95] Toujours dans l'arrêt *Murphy*, le juge Rand a procédé dans ses motifs concordants à une analyse plus poussée de l'art. 121 et plus axée sur son objet. Il n'a pas critiqué *Gold Seal*, qu'il a reconnu comme l'arrêt fondamental en la matière, mais il a cherché à dégager le raisonnement qui sous-tend cet arrêt, ainsi que l'art. 121 et ses ramifications constitutionnelles. Les motifs du juge Rand s'apparentent à une série de réflexions sur la nature et l'objet de l'art. 121. Il a commencé par signaler que, à l'exception des matières purement locales et à caractère privé, le pays formait une seule entité économique : *Murphy*, p. 638. Il a cependant expliqué ensuite pourquoi les régimes provinciaux de mise en marché susceptibles de permettre l'imposition de charges différentes dans des régions différentes ne contreviennent pas à l'art. 121. Ces régimes [TRADUCTION] « incarnent une accumulation » de diverses charges parce qu'ils s'attachent à la réalisation d'objets pour tous les producteurs du secteur en question, qu'il s'agisse du transport, de la rémunération ou des assurances. Les charges qui constituent simplement « un élément d'un régime qui régleme la distribution de biens » n'ont pas pour objet le commerce interprovincial, ils ne contreviennent donc pas à l'art. 121. Ce sont des « éléments des frais de vente qui ne peuvent être contestés que si le régime lui-même est contestable » : *Murphy*, p. 638-639. L'article 121 « ne fait

and purpose is related to a provincial boundary”:
Murphy, at p. 642, per Rand J.

[96] Finally, Rand J. explained that schemes that restrict goods crossing borders only incidentally cannot be held to violate s. 121 because this would create a constitutional hiatus, which constitutional construction abhors. A prohibition barring even incidental impacts on the passage of goods over a provincial border would render provinces incapable of dealing with important matters within their jurisdictions. At the same time, the federal government could not fill the void because the matter would not fall within its power given the division of powers — “the two jurisdictions could not complement each other by cooperative action”: *Murphy*, at pp. 642-43, per Rand J.

[97] These excerpts reflect many of the themes that emerge in our earlier discussion of historical context, legislative context, and federalism. However, they can be distilled into two related propositions. First, the purpose of s. 121 is to prohibit laws that in essence and purpose restrict or limit the free flow of goods across the country. Second, laws that pose only incidental effects on trade as part of broader regulatory schemes not aimed at impeding trade do not have the purpose of restricting interprovincial trade and hence do not violate s. 121.

[98] These propositions are consistent with the decisions in *Gold Seal* and *Atlantic Smoke Shops*. First, while the Court in these cases spoke of s. 121 forbidding tariffs, and while Rand J. in *Murphy* spoke of s. 121 forbidding laws that purposely act like tariffs (i.e. laws that in essence burden the passage of goods over provincial borders), this is a distinction without a difference. Constitutional limits must operate on

pas disparaître pour autant toute réglementation des activités commerciales. Il vise à assurer la liberté du commerce, tout en permettant la réglementation dans ses aspects secondaires, qui sont les à-côtés du commerce. Ce qui est interdit, c’est une réglementation du commerce qui serait reliée, en droit et en fait, à l’existence des frontières provinciales » : *Murphy*, p. 642, le juge Rand.

[96] Enfin, le juge Rand a expliqué qu’on ne saurait dire des régimes limitant de façon purement accessoire la circulation transfrontalière de marchandises qu’ils contreviennent à l’art. 121 parce que cela créerait un vide constitutionnel, ce dont a horreur l’interprétation constitutionnelle. Si l’on interdisait même les répercussions accessoires sur la circulation de biens au-delà d’une frontière provinciale, les provinces seraient incapables de s’occuper de questions importantes dans leur ressort. Parallèlement, le gouvernement fédéral ne serait pas en mesure de combler le vide parce que ces questions ne relèveraient pas de sa compétence suivant le partage des compétences : [TRADUCTION] « les deux ressorts ne pourraient se compléter par une action concertée » : *Murphy*, p. 642-643, le juge Rand.

[97] Ces extraits illustrent bon nombre des thèmes qui ressortent de notre examen antérieur des contextes historique et législatif ainsi que du fédéralisme. Il est toutefois possible de les regrouper en deux propositions connexes. Premièrement, l’objet de l’art. 121 est d’interdire les lois qui, de par leur essence et leur objet, restreignent ou limitent la libre circulation des biens dans tout le pays. Deuxièmement, les lois qui n’ont qu’un effet accessoire sur le commerce dans le contexte de régimes réglementaires plus larges qui ne visent pas à entraver le commerce n’ont pas pour objet de restreindre le commerce interprovincial et n’enfreignent donc pas l’art. 121.

[98] Ces propositions sont compatibles avec les décisions *Gold Seal* et *Atlantic Smoke Shops*. Tout d’abord, s’il est vrai que dans ces affaires la Cour a affirmé que l’art. 121 interdit les tarifs, et s’il est vrai que, dans *Murphy*, le juge Rand a précisé que cette disposition interdit les lois qui agissent comme des tarifs de par leur objet (c.-à-d. les lois qui, de par leur essence, entrave le passage des biens entre les

the level of principle and function, not on what label is applied to a particular kind of law. Constitutional compliance is not a matter of semantics. Clearly, traditional tariffs would offend the purpose of s. 121, as Rand J. describes it. But so might other measures that function in the same way. It follows that s. 121 applies not only to tariffs, but also to the functional equivalents of tariffs.

[99] Second, *Gold Seal* and *Murphy* support the proposition that s. 121 was not intended to catch burdens on goods crossing provincial borders that were merely incidental effects of a law or scheme aimed at some other purpose, holding that because the restrictions on the shipment of goods over provincial borders were part of a larger valid federal scheme, they did not offend s. 121. As Rand J. pointed out in *Murphy*, to prohibit incidental impacts on cross-border trade would allow s. 121 to trump valid exercises of legislative power, and create legislative hiatuses where neither level of government could act: pp. 638 and 642-43. The federalism principle militates against such an interpretation — the aim is balance and capacity, not imbalance and constitutional gaps. The federal government and provincial governments should be able to legislate in ways that impose incidental burdens on the passage of goods between provinces, in light of the scheme of the *Constitution Act, 1867* as a whole, and in particular the division of powers: *Murphy*, at pp. 638 and 641, per Rand J. This is illustrated by *Gold Seal*. If the federal government had not been able to enact its law prohibiting liquor from crossing the borders of the dry provinces, there would have been a legislative hiatus, and the cooperative scheme aimed at allowing these provinces to keep liquor out would not have been possible.

provinces), il s’agit d’une distinction vide de sens. Les limites constitutionnelles doivent s’appliquer au niveau des principes et de la fonction, et non de la désignation donnée à un certain type de loi. Le respect de la Constitution n’est pas une question de sémantique. Il est évident que les tarifs traditionnels contreviendraient à l’objet de l’art. 121, comme l’a décrit le juge Rand, mais d’autres mesures qui fonctionnent de la même façon pourraient tout autant y contrevenir. L’article 121 s’applique donc non seulement aux tarifs, mais aussi à leurs équivalents fonctionnels.

[99] Ensuite, les arrêts *Gold Seal* et *Murphy* appuient la proposition selon laquelle il n’était pas prévu que l’art. 121 vise les entraves au passage des biens d’une province à une autre qui sont simplement accessoires à un régime législatif visant un autre objet, et concluent que, puisque les restrictions en cause relatives à l’envoi de biens par-delà les frontières provinciales faisaient partie d’un régime fédéral plus large valide, elles ne contrevenaient pas à l’art. 121. Comme l’a souligné le juge Rand dans *Murphy*, l’interdiction des effets accessoires sur le commerce transfrontalier permettrait à l’art. 121 de primer sur l’exercice valide d’un pouvoir législatif et créerait des lacunes législatives à l’égard desquelles aucun ordre de gouvernement ne pourrait agir : p. 638 et 642-643. Le principe du fédéralisme milite contre une telle interprétation — l’objectif est l’équilibre et la capacité, non pas le déséquilibre et les lacunes constitutionnelles. Les gouvernements fédéral et provinciaux devraient pouvoir adopter des lois qui imposent des charges accessoires sur les biens qui circulent d’une province à une autre, compte tenu du régime de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans son ensemble, et plus particulièrement du partage des compétences : *Murphy*, p. 638 et 641, le juge Rand. C’est ce qu’illustre l’arrêt *Gold Seal*. Si le gouvernement fédéral n’avait pas pu adopter sa loi interdisant que des boissons alcooliques passent les frontières des provinces prohibitionnistes, il y aurait eu un hiatus législatif et le régime coopératif qui visait à permettre à ces provinces de faire en sorte que l’alcool ne franchisse pas leurs frontières n’aurait pas pu voir le jour.

[100] Put another way, s. 121 allows schemes that incidentally burden the passage of goods across provincial boundaries, but does not allow them to impose such impediments *only* because they cross a provincial boundary. In Rand J.'s view, the gravamen of s. 121 was to prohibit laws directed to erecting barriers to trade at provincial boundaries — whether customs duties or other measures that are intended to fill the role of such tariffs: *Murphy*, at p. 642.

[101] One may argue about whether Rand J.'s view states the logical underpinning of *Gold Seal*, or extends it. But if one accepts the underlying principle that animates s. 121 — that s. 121 prohibits laws that in essence and purpose seek to set up trade barriers between the provinces — the debate is sterile. *Gold Seal*, *Atlantic Smoke Shops* and *Murphy* are all consistent with this basic proposition, even if they did not explicate it. None of them endorsed a law that was directed in essence and purpose to impeding goods crossing provincial borders.

[102] Rand J.'s description of the ambit of s. 121 has found favour with subsequent jurists. Laskin J. (as he then was) in his concurring reasons in *Attorney- General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Assn.*, [1971] S.C.R. 689, at p. 717, noted that s. 121 is meant to address measures that lead to the “figurative sealing of [. . .] borders”. As Chief Justice in his concurring reasons in *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, at p. 1268, he adopted Rand J.'s interpretation of s. 121 and noted that s. 121 is about identifying whether the “essence and purpose” of the impugned law is to erect a trade barrier at a provincial boundary. The majority in the first case did not comment on s. 121. In *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, the majority concluded that the impugned law did not offend s. 121, and while it offered no analysis of its own, it indicated no disagreement with Chief Justice Laskin's discussion of s. 121.

[100] Autrement dit, l'art. 121 permet l'adoption de régimes qui entravent accessoirement la circulation des biens d'une province à une autre, mais ne permet pas d'imposer de tels obstacles *seulement* parce que les biens franchissent une frontière provinciale. De l'avis du juge Rand, le fondement de l'art. 121 était d'interdire les lois visant à ériger des obstacles au commerce entre les provinces, que ce soit des droits de douane ou d'autres mesures destinées à jouer le rôle de tels tarifs : *Murphy*, p. 642.

[101] On pourrait débattre de la question de savoir si l'opinion du juge Rand énonce le fondement logique de *Gold Seal*, ou si elle en élargit la portée. Cela dit, si l'on accepte le principe qui sous-tend l'art. 121 — c'est-à-dire l'interdiction des lois visant, de par leur essence et leur objet, à ériger des obstacles au commerce entre les provinces —, le débat est stérile. Les arrêts *Gold Seal*, *Atlantic Smoke Shops* et *Murphy* sont tous compatibles avec cette proposition de base, même s'ils ne l'explicitent pas. D'ailleurs, aucun de ces arrêts n'a confirmé la validité d'une loi visant, de par son essence et son objet, à entraver la circulation des biens d'une province à une autre.

[102] En outre, des juristes ont subséquemment retenu la description qu'a faite le juge Rand de la portée de l'art. 121. Le juge Laskin (plus tard juge en chef), en rédigeant ses motifs concordants dans l'arrêt *Procureur général du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Assn.*, [1971] R.C.S. 689, p. 717, a souligné que l'art. 121 est censé viser des mesures entraînant « la fermeture (au sens figuré) [des] frontières ». En tant que juge en chef dans ses motifs concordants dans l'arrêt *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, p. 1268, il a adopté l'interprétation que le juge Rand a donnée à l'art. 121 et noté que cette disposition pose la question de savoir si, « en droit et en fait », la loi contestée a pour objet d'ériger des obstacles au commerce entre les provinces. Les juges majoritaires dans la première de ces décisions n'ont émis aucun commentaire sur l'art. 121. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, les juges majoritaires ont conclu que la loi n'enfreignait pas l'art. 121 et, bien qu'ils n'ont procédé eux-mêmes à aucune analyse de la question, ils n'ont pas exprimé de désaccord avec les propos du juge en chef Laskin.

[103] In *obiter* comments in two subsequent decisions, La Forest J., writing for the Court, similarly noted that the functional approach articulated by Rand J. stemmed from the view established in *Gold Seal: Black*, at p. 609; *Canadian Pacific Air Lines*, at p. 1153.

[104] Most recently in *Richardson*, Iacobucci and Bastarache JJ. for the majority and McLachlin J. (as she then was) in dissent, agreed (though, again, in *obiter*) that Rand J.'s interpretation of s. 121 was the operative authority for that provision: paras. 63-65, per Iacobucci and Bastarache JJ., paras. 123 and 171, per McLachlin J. In dissent but not on this point, McLachlin J. noted, at paras. 123 and 171:

In broad outline, s. 121 of the *Constitution Act, 1867* permits legislation which incidentally impinges on the flow of goods and services across provincial boundaries, but prohibits legislation that in “essence and purpose is related to a provincial boundary”: *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626, at p. 642, per Rand J.; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198, at p. 1268, per Laskin C.J. interpreting s. 121. . . .

. . . Provinces and the federal government are permitted to impose disadvantages on the basis of provincial boundaries so long as this effect is incidental to another purpose within their proper legislative sphere. They are not permitted, however, to create interprovincial barriers which are not incidental to such a higher purpose. The primary/incidental distinction in s. 6(3)(a) mirrors the jurisprudence under s. 121 of the *Constitution Act, 1867*, which bars trade laws aimed primarily at impeding the flow of goods on the basis of provincial boundaries: *Murphy v. Canadian Pacific Railway*, *supra*; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, *supra*.

[103] Dans des remarques incidentelles formulées dans deux décisions subséquentes, le juge La Forest, au nom de la Cour, a lui aussi souligné que l'approche fonctionnelle formulée par le juge Rand tirait son origine du point de vue exprimé dans *Gold Seal: Black*, p. 609; *Lignes aériennes Canadien Pacifique*, p. 1153.

[104] Plus récemment, dans *Richardson*, les juges Iacobucci et Bastarache, au nom des juges majoritaires, et la juge McLachlin (maintenant juge en chef), dissidente, ont reconnu (bien que ce soit, encore une fois, dans des remarques incidentelles) que l'interprétation de l'art. 121 donnée par le juge Rand constituait l'autorité applicable pour cette disposition : par. 63-65, les juges Iacobucci et Bastarache, par. 123 et 171, la juge McLachlin. Dissidente, mais non sur ce point, cette dernière a affirmé, aux par. 123 et 171 :

En gros, l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* permet d'adopter des mesures législatives qui touchent, de manière accessoire, à la circulation des biens et services d'une province à l'autre, mais il interdit celles [TRADUCTION] « reliée[s], en droit et en fait, à l'existence des frontières provinciales » : *Murphy c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626, à la p. 642, le juge Rand; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, à la p. 1268, le juge en chef Laskin qui interprétait alors l'art. 121. . . .

. . . On permet aux provinces et au gouvernement fédéral de créer des désavantages fondés sur des frontières provinciales, pourvu qu'un tel effet découle accessoirement d'un autre objectif relevant de leur domaine de compétence législative légitime. Cependant, il ne leur est pas permis d'ériger des barrières interprovinciales qui ne soient pas une conséquence accessoire de cet objectif supérieur. La distinction de l'al. 6(3)a) entre principal et accessoire reflète la jurisprudence relative à l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui interdit les lois commerciales qui visent principalement à entraver la circulation de biens en raison de frontières provinciales : *Murphy c. Canadian Pacific Railway* et *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, précités.

[105] The comments of Justices of this Court on s. 121 in the post-*Gold Seal* jurisprudence have never acquired the status of binding law, being made without majoritarian status or in *obiter*. But they do not conflict with *Gold Seal* and *Atlantic Smoke Shops*; rather, they offer a principled and robust articulation of the holdings from those earlier decisions.

[106] We conclude that a purposive approach to s. 121 leads to the following conclusion: s. 121 prohibits laws that in essence and purpose restrict trade across provincial boundaries. Laws that only have the incidental effect of restricting trade across provincial boundaries because they are part of broader schemes not aimed at impeding trade do not offend s. 121 because the purpose of such laws is to support the relevant scheme, not to restrict interprovincial trade. While *Gold Seal* did not undertake a purposive analysis of s. 121 and hence did not describe the ambit of s. 121 precisely in these terms, it is entirely consistent with it. The earlier jurisprudence of this Court on s. 121 and the broader articulation adopted by Rand J. stand as different moments on a progressive jurisprudential continuum, all consistent with the text of s. 121, its historical and legislative contexts, and the principle of federalism.

[107] It follows that a party alleging that a law violates s. 121 must establish that the law in essence and purpose restricts trade across a provincial border. “[E]ssence” refers to the nature of the measure — “‘what a thing is’; . . . [its] character”: *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), at p. 400. “Purpose” focuses on the object, or primary purpose, of the measure.

[108] The first question is whether the essence or character of the law is to restrict or prohibit trade across a provincial border, like a tariff. Tariffs, broadly defined, are “customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation”: *General Agreement on Tariffs and Trade* (World Trade Organization), Can.

[105] Les commentaires formulés par des juges de la Cour sur l’art. 121 dans la jurisprudence postérieure à *Gold Seal* n’ont jamais obtenu le caractère de ceux qui font autorité, soit parce qu’ils ont été énoncés par les juges minoritaires soit parce qu’ils ont pris la forme de remarques incidentes. Ils ne sont toutefois pas incompatibles avec *Gold Seal* et *Atlantic Smoke Shops*, et constituent plutôt une formulation forte et fondée sur des principes des conclusions tirées dans ces décisions antérieures.

[106] Ainsi, l’interprétation téléologique de l’art. 121 mène à la conclusion suivante : l’art. 121 proscriit les lois qui, de par leur essence et leur objet, entravent le commerce entre les provinces. Les lois qui n’ont que l’effet accessoire de restreindre le commerce interprovincial, parce qu’elles font partie de régimes plus larges n’ayant pas pour objet d’entraver le commerce, ne contreviennent pas à l’art. 121 parce qu’elles visent à soutenir le régime pertinent, et non pas à restreindre ce commerce. Bien que l’arrêt *Gold Seal* ne comprenait pas une analyse téléologique de l’art. 121 et qu’il ne décrivait donc pas la portée de ce dernier précisément de cette façon, il cadre parfaitement avec cette interprétation. La jurisprudence antérieure de la Cour sur l’art. 121 et le sens plus large adopté par le juge Rand marquent plutôt différents jalons sur le continuum progressif de la jurisprudence, des jalons tous compatibles avec le libellé de l’art. 121, ses contextes historique et législatif ainsi que le principe du fédéralisme.

[107] Une partie qui plaide qu’une loi enfreint l’art. 121 doit donc démontrer que cette loi, de par son essence et son objet, restreint le commerce interprovincial. Le terme « essence » renvoie à la nature de la mesure : « Ce qui fait qu’une chose est ce qu’elle est et ce sans quoi elle ne serait pas » : *Le Petit Robert* (nouv. éd. 2012), p. 932. Le terme « objet » vise l’objectif, ou l’objet principal, de la mesure.

[108] La première question est celle de savoir si, de par son essence, la loi vise à restreindre ou à interdire le commerce d’une province à une autre, comme le font les tarifs. Ces derniers, au sens large, sont « les droits de douane et les impositions de toute nature qui frappent les importations ou les exportations » : *Accord général sur les tarifs douaniers et*

T.S. 1948 No. 31, Part I, Article I. The claimant must therefore establish that the law imposes an additional cost on goods by virtue of them coming in from outside the province. Put another way, a claimant must establish that the law distinguishes goods in a manner “related to a provincial boundary” that subjects goods from outside the province to additional costs: *Murphy*, at p. 642, per Rand J. A prohibition on goods crossing the border is an extreme example of such a distinction.

[109] The additional cost need not be a charge physically levied at the border, nor must it take the form of an actual surcharge; all that is required is that the law impose a cost burden on goods crossing a provincial border. A law that provides that “rum produced in the Maritime provinces will be subject to a 50% surcharge upon entering Newfoundland” has the same effect, in principle, as a law that states that “any person who brings rum produced in the Maritime provinces into Newfoundland is guilty of an offence and liable to a fine”. Both laws impose a burden on the cost of goods that cross a provincial boundary.

[110] In some cases, evidence may be required to determine if an impugned law imposes a charge on the basis of a provincial border. Consider a fictional law that requires Alberta distillers to get a special licence to import rye. It is not plain on the face of the law whether the law (1) imposes any sort of charge on the movement of rye or (2) whether any such charge is linked to a distinction between goods related to a provincial boundary. If the cost of the licence is substantial or if it is very difficult to acquire, the measure may impede cross-border trade in rye. Similarly, if the only rye available to Alberta distillers is from Saskatchewan, the licence requirement may function like a tariff against a Saskatchewan good. On the other hand, if the licence is not burdensome to acquire or if the licensing requirement applies equally where Alberta enterprises have access to rye from within Alberta, the law may not impose

le commerce (Organisation mondiale du commerce), R.T. Can. 1948 n° 31, partie I, art. I. Le demandeur doit donc établir que la loi augmente le coût des biens du fait qu’ils proviennent de l’extérieur de la province. Autrement dit, le demandeur doit établir que la loi établit une distinction entre les biens [TRADUCTION] « reliée à l’existence des frontières provinciales » et à l’origine d’un coût supplémentaire pour ceux qui proviennent de l’extérieur de la province : *Murphy*, p. 642, le juge Rand. Interdire que des biens traversent la frontière constitue un exemple extrême de distinction de ce type.

[109] Le coût supplémentaire n’a pas à prendre la forme d’une charge prélevée physiquement à la frontière, ni d’ailleurs celle d’une suramende compensatoire véritable; il suffit que la loi impose un fardeau financier sur les biens qui traversent une frontière provinciale. Une loi selon laquelle « le rhum produit dans les provinces maritimes fera l’objet d’une surtaxe de 50 % au moment où il entre à Terre-Neuve » a le même effet, en principe, qu’une loi qui prévoit que « quiconque importe à Terre-Neuve du rhum produit dans une des provinces maritimes est coupable d’une infraction et passible d’une amende ». Les deux lois imposent un fardeau sur le coût des biens qui traversent une frontière provinciale.

[110] Dans certains cas, il pourrait être nécessaire de produire certains éléments de preuve pour qu’il soit possible de déterminer si la loi contestée impose une charge fondée sur une frontière provinciale. Envisageons le cas d’une loi fictive qui exigerait des distillateurs albertains qu’ils obtiennent un permis particulier pour importer du seigle. On ne peut dire de la loi, à sa face même, (1) si elle impose une quelconque charge sur la circulation du seigle ou (2) si une telle charge est liée à une distinction entre les biens fondée sur une frontière provinciale. Si le prix du permis est considérable et s’il est très difficile de s’en procurer un, il est possible que la mesure entrave le commerce interprovincial de seigle. De même, si le seul seigle que peuvent se procurer les distillateurs albertains provient de la Saskatchewan, l’exigence quant à la détention d’un permis peut agir comme un tarif à l’encontre d’un bien de la Saskatchewan. Par

a burden or charge based on a provincial border and s. 121 is not violated.

[111] If the law does not in essence restrict the trade of goods across a provincial border, the inquiry is over and s. 121 is not engaged. If it does, the claimant must also establish that the primary purpose of the law is to restrict trade. A law may have more than one purpose. But impeding trade must be its primary purpose to engage s. 121. The inquiry is objective, based on the wording of the law, the legislative context in which it was enacted (i.e. if it is one element of a broader regulatory scheme), and all of the law's discernable effects (which can include much more than its trade-impeding effect). If the purpose of the law aligns with purposes traditionally served by tariffs, such as exploiting the passage of goods across a border solely as a way to collect funds, protecting local industry or punishing another province, this may, depending on other factors, support the contention that the primary purpose of the law is to restrict trade: see, e.g., *Murphy*, at pp. 638-39, per Rand J.; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, at p. 1268, per Laskin C.J.; D. Hill, ed., *National Trade and Tariff Service* (loose-leaf), at §1.3; *Black's Law Dictionary* (9th ed. 2009), at pp. 1593-94.

[112] Stand-alone laws that have the effect of restricting trade across provincial boundaries will not violate s. 121 if their primary purpose is not to impede trade, but some other purpose. Thus a law that prohibits liquor crossing a provincial boundary for the primary purpose of protecting the health and welfare of the people in the province would not violate s. 121. More commonly, however, the primary purpose requirement of s. 121 fails because the law's restriction on trade is merely an incidental effect of its role in a scheme with a different purpose. The primary purpose of such a law is not to restrict trade

contre, s'il est facile de se procurer le permis et si la détention d'un tel permis s'applique tout autant si les entreprises albertaines ont accès à du seigle produit en Alberta, il est possible que la loi n'impose pas un fardeau ou une charge fondés sur une frontière provinciale et qu'il n'y ait pas violation de l'art. 121.

[111] Si la loi, de par son essence, ne restreint pas le commerce des biens d'une province à une autre, l'examen est terminé et l'art. 121 n'est pas en cause. Si, au contraire, elle restreint ce commerce, le demandeur doit donc aussi établir que la loi vise principalement, de par son objet, une telle restriction. Une loi peut avoir plus d'un objet. Il faut toutefois que son objet principal soit d'entraver le commerce pour que l'art. 121 soit en jeu. L'examen est objectif, fondé sur le libellé de la loi, sur le contexte législatif dans lequel elle a été adoptée (c.-à-d. qu'il faut se demander si elle fait partie d'un régime réglementaire plus large) et sur tous ses effets discernables (qui peuvent inclure bien davantage que son effet d'entrave au commerce). Si l'objet de la loi est de même nature que les objets traditionnellement visés par les tarifs — comme exploiter le passage de biens à la frontière dans le seul but de collecter des fonds, protéger l'industrie locale ou sanctionner une autre province —, cela pourrait, dépendant d'autres facteurs, étayer la prétention que l'objet principal de la loi consiste à restreindre le commerce : voir, p. ex., *Murphy*, p. 638-639, le juge Rand; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, p. 1268, le juge en chef Laskin; D. Hill, dir., *National Trade and Tariff Service* (feuilles mobiles), §1.3; *Black's Law Dictionary* (9^e éd. 2009), p. 1593-1594.

[112] Les lois qui, sans faire partie d'un régime plus large, ont pour effet de restreindre le commerce interprovincial n'enfreignent pas l'art. 121 si leur objet principal n'est pas d'entraver le commerce, mais un autre objet valide. Ainsi, une loi qui interdit la circulation de boissons alcooliques d'une province à une autre avec pour objectif principal de protéger la santé et le bien-être des personnes qui habitent dans la province n'enfreindrait pas l'art. 121. Cela dit, plus souvent, il n'est pas satisfait à l'exigence relative à l'objet principal applicable dans l'analyse d'une loi au regard de l'art. 121 parce que la

across a provincial boundary, but to achieve the goals of the regulatory scheme.

[113] However, a law that in essence and purpose impedes cross-border trade cannot be rendered constitutional under s. 121 solely by inserting it into a broader regulatory scheme. If the primary purpose of the broader scheme is to impede trade, or if the impugned law is not connected in a rational way to the scheme's objective, the law will violate s. 121. A rational connection between the impugned measure and the broader objective of the regulatory scheme exists where, as a matter of reason or logic, the former can be said to serve the latter: see, e.g., *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 153, per McLachlin J. (as she then was), and at para. 184, per Iacobucci J. The scheme may be purely provincial, or a mixed federal-provincial scheme: *Gold Seal*; see also *Reference re Agricultural Products Marketing Act*.

[114] In summary, two things are required for s. 121 to be violated. The law must impact the inter-provincial movement of goods like a tariff, which, in the extreme, could be an outright prohibition. And, restriction of cross-border trade must be the primary purpose of the law, thereby excluding laws enacted for other purposes, such as laws that form rational parts of broader legislative schemes with purposes unrelated to impeding interprovincial trade.

[115] The decided cases, while not numerous, illustrate how the essence and purpose test works. In *Gold Seal*, a federal law aimed at assisting dry provinces in keeping liquor out of their territories was held not to infringe s. 121. The law did not impede the flow of goods across provincial boundaries as its primary purpose; rather, it was part of a larger federal-provincial scheme to facilitate provinces' decisions, as informed by local referendums, to impose

restriction au commerce qui découle de cette loi n'est qu'un effet accessoire de son rôle dans le contexte d'un régime valide dont l'objet est différent. L'objet principal d'une telle loi n'est pas la restriction du commerce d'une province à une autre, mais l'atteinte des objectifs du régime réglementaire.

[113] Toutefois, on ne peut valider sur le plan constitutionnel au regard de l'art. 121 une loi qui, de par son essence et son objet, entrave le commerce interprovincial uniquement en l'insérant dans un régime réglementaire plus large. Si l'objet principal du régime plus large est d'entraver le commerce, ou si la loi contestée n'est pas reliée logiquement à l'objet du régime, elle contrevient à l'art. 121. Il existe un lien rationnel entre la mesure contestée et l'objectif plus large du régime réglementaire lorsque, sur le plan de la raison ou de la logique, on peut dire de la première qu'elle sert le deuxième : voir, p. ex., *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153, la juge McLachlin (maintenant juge en chef), et au par. 184, le juge Iacobucci. Le régime peut être purement provincial ou il peut être à la fois provincial et fédéral : *Gold Seal*; voir également le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*.

[114] Bref, il ne sera enfreint à l'art. 121 qu'en présence de deux éléments. La loi doit avoir, comme un tarif, une incidence sur la circulation interprovinciale de biens, une incidence qui, à la limite, peut consister en une interdiction pure et simple. Il faut en outre que la restriction au commerce interprovincial constitue l'objet principal de la loi, de sorte que ne sont pas visées les lois adoptées pour l'atteinte d'autres objets, comme des lois qui font rationnellement partie de régimes législatifs plus larges dont les objets ne sont pas liés à l'entrave au commerce interprovincial.

[115] Les décisions rendues, bien que peu nombreuses, illustrent comment fonctionne le test fondé sur l'essence et l'objet de la loi. Dans *Gold Seal*, la Cour a conclu qu'une loi fédérale visant à aider les provinces prohibitionnistes à faire en sorte que des boissons alcooliques ne se retrouvent pas sur leur territoire n'était pas contraire à l'art. 121. La loi n'avait pas pour objet principal d'entraver la libre circulation des biens d'une province à une autre; elle faisait

temperance to avoid harms associated with alcohol consumption. Therefore, it did not violate s. 121. Similarly, in *Murphy*, a federal law prohibiting farmers from shipping grain across provincial boundaries was held not to violate s. 121 because it was part of a larger marketing scheme to enable the distribution of grain. The impugned tax in *Atlantic Smoke Shops* failed because it did not distinguish between local and extra-provincial tobacco. In other words, it was not in essence tariff-like.

[116] There is debate about whether s. 121 applies equally to provincial and federal laws. While this Court has in previous decisions proceeded on the basis that federal laws may engage s. 121 (see, e.g., *Gold Seal* and *Murphy*), no federal law is properly at issue in the present appeal and so the question need not be resolved here. We agree with Laskin C.J.'s statement in *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, at p. 1267, that “the application of s. 121 may be different according to whether it is provincial or federal legislation that is involved because what may amount to a tariff or customs duty under a provincial regulatory statute may not have that character at all under a federal regulatory statute”.

VI. Application

[117] Does s. 134(b) of the *Liquor Control Act* contravene s. 121? We conclude that it does not. To reiterate, s. 134(b) provides:

134 Except as provided by this Act or the regulations, no person, within the Province, by himself, his clerk, employee, servant or agent shall

...

plutôt partie d'un régime fédéral provincial plus large visant à faciliter la mise en œuvre des décisions des provinces, fondées sur des référendums locaux, d'interdire la consommation d'alcool pour éviter les préjudices découlant de cette pratique. Ainsi, elle n'enfreignait pas l'art. 121. De même, dans *Murphy*, il a été conclu qu'une loi fédérale interdisant aux fermiers d'expédier des céréales au-delà des frontières provinciales ne contrevenait pas à l'art. 121 parce qu'elle faisait partie d'un régime plus large de mise en marché pour la distribution de ces produits. La contestation de la loi dans *Atlantic Smoke Shops* a échoué parce que le texte législatif en cause n'établissait pas de distinction entre le tabac local et celui provenant d'une autre province. Autrement dit, elle n'établissait pas, de par son essence, une charge du type d'un tarif.

[116] La question de savoir si l'art. 121 s'applique autant aux lois provinciales qu'aux lois fédérales fait l'objet de débats. Certes, dans des décisions antérieures, la Cour a tranché les litiges en tenant pour acquis que les lois fédérales peuvent faire intervenir l'art. 121 (voir, p. ex., *Gold Seal* et *Murphy*); aucune loi fédérale n'est toutefois réellement en cause dans le présent appel, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de trancher ici la question. Nous souscrivons aux propos du juge en chef Laskin dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, lorsqu'il affirme à la p. 1267 que « l'application de l'art. 121 peut être différente selon qu'il s'agit de législation fédérale ou provinciale, parce que ce qui peut équivaloir à un tarif ou à un droit de douane sous l'empire d'une réglementation provinciale peut ne pas avoir du tout ce caractère sous l'empire d'une réglementation fédérale ».

VI. Application

[117] L'alinéa 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* contrevient-il à l'art. 121? Nous concluons qu'il n'y a pas contravention. Il convient de reproduire l'al. 134b) :

134 Sauf dans les cas prévus par la présente loi et les règlements, nul ne doit, dans la province, soit personnellement, soit par l'entremise de son commis, employé, préposé ou représentant,

...

(b) have or keep liquor,

not purchased from the Corporation.

[118] Our task is to determine if the essence and purpose of s. 134(b) is to restrict trade in liquor across New Brunswick's border.

[119] The first question is whether s. 134(b), in its essence or character, functions like a tariff by impeding cross-border trade. Section 134(b), in conjunction with other provisions, makes it an offence to stock excessive amounts of liquor obtained from anywhere other than the New Brunswick Liquor Corporation. Liquor from the Corporation can be stocked for free, while liquor from elsewhere cannot, without running the risk of incurring a fine and having the alcohol confiscated. These penalties act to burden the cost of such liquor both directly and indirectly. First, the penalties imposed for stocking liquor purchased from outside the Corporation function to directly increase the cost of acquiring such liquor. Second, the risk of fine and confiscation indirectly acts as a general disincentive for New Brunswickers who would otherwise seek lower-priced liquor than that available through the Corporation, where it exists.

[120] By making people who stock liquor acquired from outside the provincial Corporation pay fines and thus more generally depriving them of cheaper goods, the law burdens the cost of the targeted liquor. If the authorities seize any liquor identified when a charge is laid under s. 134(b) — as occurred in Mr. Comeau's case — the law, in practical terms, prohibits, and therefore completely bars access to, non-Corporation liquor. This prohibition functions like a tariff at the extreme end of the spectrum. With respect to out-of-province liquor, the liquor is not just prevented from being “admitted free”; it cannot be admitted at all.

b) avoir ou garder des boissons alcooliques

achetées ailleurs qu'à la Société.

[118] Notre tâche consiste à déterminer si, de par son essence et son objet, l'al. 134b) vise à restreindre le commerce des boissons alcooliques entre le Nouveau-Brunswick et les autres provinces.

[119] Premièrement, nous devons déterminer si, de par son essence, l'al. 134b) agit comme un tarif de sorte qu'il entrave le commerce interprovincial. Considéré conjointement avec d'autres dispositions, l'al. 134b) érige en infraction le fait de faire des provisions de quantités excessives de boissons alcooliques obtenues ailleurs qu'à la Société des alcools du Nouveau-Brunswick. Il est possible de faire, sans coût additionnel, provision de boissons alcooliques provenant de la Société; pour celles provenant d'ailleurs, cela n'est pas possible sans courir le risque de se voir infliger une amende et de se faire confisquer les produits en question. Ces sanctions augmentent le coût de ce type de boissons alcooliques à la fois directement et indirectement. D'abord, les sanctions infligées pour avoir fait provision de telles boissons provenant d'ailleurs que de la Société ont pour effet d'en augmenter directement le coût d'acquisition. Ensuite, le risque d'infliction d'une amende et de confiscation a indirectement un effet dissuasif général sur les Nouveaux-Brunswickois qui, autrement, pourraient chercher à se procurer des boissons alcooliques à meilleur prix qu'à la Société, là où il y en a.

[120] En forçant ceux qui font provision de boissons alcooliques achetées ailleurs qu'à la Société de la province à payer des amendes, et en les privant par le fait même de biens moins chers, la loi augmente le coût des boissons alcooliques visées. Si les autorités saisissent des boissons identifiées lorsqu'une accusation est portée en application de l'al. 134b) — comme cela s'est passé dans le cas de M. Comeau — la loi, sur le plan pratique, interdit et empêche totalement l'accès à des boissons alcooliques obtenues ailleurs qu'à la Société. Cette interdiction agit comme un tarif à l'extrême de l'éventail des possibilités. En ce qui a trait à l'alcool provenant d'une autre province, il n'est pas simplement empêché qu'il soit « admis en franchise » au Nouveau-Brunswick, il ne peut carrément pas y entrer.

[121] This restriction is related to a provincial boundary. Section 134(b) impedes liquor purchases originating outside of the provincial Corporation above a certain threshold. The law thus has two effects. The first effect is to restrict access to liquor from other provinces. The other effect is to restrict access to liquor within the province that is not controlled by the Corporation. But although the fine functions to restrict purchases of liquor from the black market within New Brunswick, this does not negate the fact that it also imposes a burden on bringing liquor across a provincial boundary. The presence of the first effect — restricting access to liquor from other provinces — is sufficient to establish that s. 134(b), in essence, functions like a tariff, even though it may have other purely internal effects.

[122] The next question is whether this restriction on trade is the *primary purpose* of s. 134(b). As discussed, the text, the effects and the legislative context assist in identifying the primary purpose of s. 134(b). Here, the text and effects are aligned and suggest the primary purpose of s. 134(b) is not to impede trade. Section 134(b) prohibits “hav[ing] or keep[ing]” liquor above a certain threshold “not purchased from the Corporation”. In effect, it restricts holding liquor obtained from non-Corporation sources within New Brunswick *and* restricts holding liquor from non-Corporation sources coming into New Brunswick. The text and effects of s. 134(b) indicate that its primary purpose is to restrict access to *any* non-Corporation liquor, not just liquor brought in from another province like Quebec. This is reinforced when one reads s. 134(b) in conjunction with s. 43(c), the provision that sets the maximum amount of allowable non-Corporation liquor that can be kept by someone within New Brunswick. The existence of a statutory threshold, as opposed to an absolute prohibition, suggests that the purpose of s. 134(b) is not to specifically target out-of-province liquor, but to more generally prevent defined quantities of non-Corporation liquor

[121] La restriction est liée à une frontière provinciale. L’alinéa 134b) entrave l’achat au-delà d’un certain seuil de boissons alcooliques provenant d’ailleurs que de la Société de la province. La loi a donc deux effets. D’abord, elle restreint l’accès à des boissons alcooliques provenant d’autres provinces. Ensuite, elle restreint dans la province l’accès aux boissons alcooliques qui ne sont pas sous le contrôle de la Société. S’il est vrai que les amendes sont conçues de telle sorte qu’elles restreignent l’achat de boissons alcooliques du marché noir au Nouveau-Brunswick, elles constituent néanmoins également une entrave à l’entrée de boissons alcooliques dans la province. L’existence du premier de ces effets — soit la restriction de l’accès aux boissons alcooliques provenant d’autres provinces — est suffisante pour établir que l’al. 134b), de par son essence, fonctionne comme un tarif, et ce, même s’il peut avoir d’autres effets strictement liés au commerce qui a cours dans la province.

[122] Nous devons ensuite déterminer si cette restriction au commerce constitue l’*objet principal* de l’al. 134b). Comme nous l’avons mentionné, le libellé, les effets et le contexte législatif aident à cerner quel est cet objet. En l’espèce, le libellé et les effets pointent dans la même direction et laissent croire que l’objet principal de l’al. 134b) n’est pas d’entraver le commerce. Cette disposition interdit « [d’]avoir ou [de] garder » plus qu’une certaine quantité de boissons alcooliques « achetées ailleurs qu’à la Société ». En fait, elle restreint le droit de détenir des boissons alcooliques obtenues de sources autres que la Société *et* restreint le droit de détenir des boissons alcooliques obtenues de sources autres que la Société et importées au Nouveau-Brunswick. Le libellé et les effets de l’al. 134b) indiquent que l’objet principal de ce dernier consiste à restreindre l’accès à *toutes* les boissons alcooliques obtenues de sources autres que la Société et non pas uniquement à celles qui proviennent d’une autre province comme le Québec. Ce point de vue est renforcé par une lecture conjointe des al. 134b) et 43c), ce dernier étant celui qui établit le seuil maximal de boissons alcooliques provenant d’ailleurs que de la Société que peut détenir une personne au Nouveau-Brunswick. En effet,

from entering the liquor supply within New Brunswick's borders.

[123] This conclusion is confirmed when one considers the broader scheme of which s. 134(b) forms part — a scheme that governs New Brunswick's capacity to regulate how liquor is managed within the province. The *Liquor Control Act* sets out diverse and extensive rules and prohibitions aimed at controlling access to liquor in New Brunswick. A companion statute, the *New Brunswick Liquor Corporation Act*, S.N.B. 1974, c. N-6.1 (now R.S.N.B. 2016, c. 105), establishes the province's public liquor supply management monopoly. Together, these statutes set out a comprehensive and technical scheme to ensure that the liquor trade within the province is monitored. Section 3 of the federal *Importation of Intoxicating Liquors Act*, R.S.C. 1985, c. I-3, endorses provinces' capacity to enact such schemes.

[124] The objective of the New Brunswick scheme is not to restrict trade across a provincial boundary, but to enable public supervision of the production, movement, sale, and use of alcohol within New Brunswick. It is common ground that provinces are able to enact schemes to manage the supply of and demand for liquor within their borders: *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581, at para. 55, citing *R. v. Gautreau* (1978), 21 N.B.R. (2d) 701 (S.C. (App. Div.)). Governments manage liquor prices, storage and distribution with a view to diverse internal policy objectives. Although the Crown conceded that New Brunswick generates revenue from its legislative scheme, this is not the primary purpose of the scheme, but an offshoot of it. Finally, s. 134(b) is not divorced from the objective of the larger scheme. It plainly serves New

l'existence d'un seuil fixé par la loi, plutôt que d'une interdiction pure et simple, suggère que l'al. 134b) ne vise pas spécifiquement les boissons alcooliques provenant de l'extérieur de la province, mais plus généralement l'interdiction d'intégrer aux réserves de boissons alcooliques du Nouveau-Brunswick une quantité définie de ces boissons provenant d'ailleurs que de la Société.

[123] L'examen du régime plus large dont l'al. 134b) fait partie — un régime qui régit la capacité du Nouveau-Brunswick de régir la gestion de l'alcool dans la province — confirme cette conclusion. La *Loi sur la réglementation des alcools* énonce des règles diverses et détaillées ainsi que des interdictions visant le contrôle de l'accès à l'alcool au Nouveau-Brunswick. Une loi connexe, la *Loi sur la Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 1974, c. N-6.1 (maintenant L.R.N.-B. 2016, c. 105), établit le monopole public de la gestion de l'approvisionnement d'alcool de la province. Considérées conjointement, ces lois mettent en place un régime complet et technique pour garantir la surveillance du commerce des boissons alcooliques dans la province. L'article 3 de la *Loi sur l'importation des boissons enivrantes*, L.R.C. 1985, c. I-3, consacre le droit des provinces d'adopter de tels régimes.

[124] En effet, le régime du Nouveau-Brunswick ne vise pas à restreindre le commerce interprovincial. Il vise plutôt à permettre la supervision par des entités publiques de la production, de la circulation, de la vente et de l'utilisation de l'alcool au Nouveau-Brunswick. Il est bien connu que les provinces ont le pouvoir d'adopter des régimes de gestion de l'approvisionnement et de la demande des boissons alcooliques à l'intérieur de leurs frontières : *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581, par. 55, citant *R. c. Gautreau* (1978), 21 R.N.-B. (2^e) 701 (C.S. (div. d'app.)). Les gouvernements gèrent le prix, l'entreposage et la distribution des boissons alcooliques afin d'atteindre divers objectifs de politique interne. Même si le ministère public a admis que ce régime permet au Nouveau-Brunswick de générer des revenus, là n'est pas l'objet principal du

Brunswick's choice to control the supply and use of liquor within the province.

[125] We conclude that the primary purpose of s. 134(b) is to prohibit holding excessive quantities of liquor from supplies not managed by the province. New Brunswick's ability to exercise oversight over liquor supplies in the province would be undermined if non-Corporation liquor could flow freely across borders and out of the garages of bootleggers and home brewers. The prohibition imposed in s. 134(b) addresses both. While one effect of s. 134(b) is to impede interprovincial trade, this effect is only incidental in light of the objective of the provincial scheme in general. Therefore, while s. 134(b) in essence impedes cross-border trade, this is not its primary purpose.

[126] Section 134(b) does not violate s. 121 of the *Constitution Act, 1867*.

VII. Conclusion

[127] For the foregoing reasons, the Crown's appeal is allowed. The Court answers the appellant's constitutional question as follows:

Does s. 121 of the *Constitution Act, 1867* (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, render unconstitutional s. 134(b) of the *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10, which along with s. 3 of the *Importation of Intoxicating Liquors Act*, R.S.C. 1985, c. I-3, establishes a federal-provincial regulatory scheme in respect of intoxicating liquor?

Answer: No.

[128] This Court has already ordered that the appellant will bear the costs of this appeal: leave to appeal judgment, [2017] S.C.C. Bull. 778.

régime, ce n'en est qu'une conséquence collatérale. Enfin, l'al. 134b) n'est pas dissocié de l'objet du régime plus large. Il contribue clairement au choix de la province de contrôler l'approvisionnement et l'utilisation des boissons alcooliques sur son territoire.

[125] Nous concluons que l'objet principal de l'al. 134b) consiste à interdire la garde de quantités excessives de boissons alcooliques provenant de réserves qui ne sont pas régies par la province. La capacité du Nouveau-Brunswick d'exercer un contrôle sur les réserves de boissons alcooliques dans la province serait minée si de telles boissons provenant d'ailleurs que de la Société pouvaient entrer librement dans la province ou provenir de garages de trafiquants et de brasseurs privés. L'interdiction prévue à l'al. 134b) s'attaque à ces deux cas de figure. Certes, cette disposition a notamment pour effet d'entraver le commerce interprovincial, mais cet effet n'est qu'accessoire compte tenu de l'objet du régime provincial pris dans son ensemble. Ainsi, bien que, de par son essence, l'al. 134b) entrave le commerce transfrontalier, il ne s'agit pas de son objet principal.

[126] L'alinéa 134b) ne contrevient pas à l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

VII. Conclusion

[127] Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi du ministère public est accueilli. La Cour répond ainsi à la question constitutionnelle de l'appelante :

L'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, rend-il inconstitutionnel l'al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, c. L-10, qui, avec l'art. 3 de la *Loi sur l'importation de boissons enivrantes*, L.R.C. 1985, c. I-3, établit un régime de réglementation fédéral-provincial à l'égard des boissons enivrantes?

Réponse : Non.

[128] La Cour a déjà condamné l'appelante aux dépens du présent pourvoi : jugement sur la demande d'autorisation d'appel, [2017] Bull. C.S.C. 778.

<i>Appeal allowed with costs to the respondent.</i>	<i>Pourvoi accueilli avec dépens en faveur de l'intimé.</i>
<i>Solicitor for the appellant: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.</i>	<i>Procureur de l'appelante : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.</i>
<i>Solicitors for the respondent: Gardiner, Roberts, Toronto; Matchim Bernard Law Group, Campbellton, N.B.; Arnold Schwisberg, Markham, Ontario.</i>	<i>Procureurs de l'intimé : Gardiner, Roberts, Toronto; Matchim Bernard Law Group, Campbellton, N.-B.; Arnold Schwisberg, Markham, Ontario.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.</i>	<i>Procureure de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.</i>
<i>Solicitors for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: Stewart McKelvey, Charlottetown.</i>	<i>Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard : Stewart McKelvey, Charlottetown.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories: Attorney General of the Northwest Territories, Yellowknife.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest : Procureur général des Territoires du Nord-Ouest, Yellowknife.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Government of Nunavut as represented by the Minister of Justice: Attorney General of Nunavut, Iqaluit.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le gouvernement du Nunavut, représenté par le ministre de la Justice : Procureur général du Nunavut, Iqaluit.</i>

Solicitors for the interveners Liquidity Wines Ltd., Painted Rock Estate Winery Ltd., 50th Parallel Estate Limited Partnership, Okanagan Crush Pad Winery Ltd. and Noble Ridge Vineyard and Winery Limited Partnership: Coulson Litigation, Vancouver; Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Solicitor for the intervener Artisan Ales Consulting Inc.: University of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Montreal Economic Institute: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the intervener Federal Express Canada Corporation: McMillan, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Chamber of Commerce and the Canadian Federation of Independent Business: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the intervener Cannabis Culture: Tousaw Law Corporation, Abbotsford, B.C.

Solicitors for the intervener the Association of Canadian Distillers, operating as Spirits Canada: Power Law, Vancouver.

Solicitors for the intervener Canada's National Brewers: Gowling WLG (Canada), Toronto.

Solicitors for the interveners the Dairy Farmers of Canada, the Egg Farmers of Canada, the Chicken Farmers of Canada, the Turkey Farmers of Canada and the Canadian Hatching Egg Producers: Conway Baxter Wilson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Consumers Council of Canada: Siskinds, London and Toronto; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Vintners Association: Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the intervener the Alberta Small Brewers Association: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Procureurs des intervenantes Liquidity Wines Ltd., Painted Rock Estate Winery Ltd., 50th Parallel Estate Limited Partnership, Okanagan Crush Pad Winery Ltd. et Noble Ridge Vineyard and Winery Limited Partnership : Coulson Litigation, Vancouver; Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Procureur de l'intervenante Artisan Ales Consulting Inc. : University of Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant l'Institut économique de Montréal : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Federal Express Canada Corporation : McMillan, Toronto.

Procureurs des intervenantes la Chambre de commerce du Canada et la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Cannabis Culture : Tousaw Law Corporation, Abbotsford, C.-B.

Procureurs de l'intervenante l'Association des distillateurs canadiens, faisant affaire sous le nom Spiritueux Canada : Power Law, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Canada's National Brewers : Gowling WLG (Canada), Toronto.

Procureurs des intervenants les Producteurs laitiers du Canada, les Producteurs d'œufs du Canada, les Producteurs de poulet du Canada, les Éleveurs de dindon du Canada et les Producteurs d'œufs d'incubation du Canada : Conway Baxter Wilson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Consumers Council of Canada : Siskinds, London et Toronto; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des vignerons du Canada : Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Alberta Small Brewers Association : Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Tab 6



SUPREME COURT OF CANADA

CITATION: R. v. Sullivan, 2022
SCC 19

APPEAL HEARD: October 12,
2021

JUDGMENT RENDERED: May
13, 2022

DOCKET: 39270

BETWEEN:

Her Majesty The Queen
Appellant

and

David Sullivan
Respondent

AND BETWEEN:

Her Majesty The Queen
Appellant / Respondent on application for leave to cross-appeal

and

Thomas Chan
Respondent / Applicant on application for leave to cross-appeal

- and -

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Saskatchewan, Attorney General of Alberta, British Columbia Civil Liberties Association, Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Canadian Civil

**Liberties Association, Women’s Legal Education and Action Fund Inc. and
Advocates for the Rule of Law**
Intervenors

CORAM: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin,
Kasirer and Jamal JJ.

REASONS FOR Kasirer J. (Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté,
JUDGMENT: Brown, Rowe, Martin and Jamal JJ. concurring)
(paras. 1 to 99)

NOTE: This document is subject to editorial revision before its reproduction in final
form in the *Canada Supreme Court Reports*.

Her Majesty The Queen

Appellant

v.

David Sullivan

Respondent

- and -

Her Majesty The Queen

*Appellant /
Respondent on application for leave to cross-appeal*

v.

Thomas Chan

*Respondent /
Applicant on application for leave to cross-appeal*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
British Columbia Civil Liberties Association,
Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Canadian Civil Liberties Association,
Women's Legal Education and Action Fund Inc. and
Advocates for the Rule of Law**

Intervenors

Indexed as: R. v. Sullivan

2022 SCC 19

File No.: 39270.

2021: October 12; 2022: May 13.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Reasonable limits — Section 33.1 of Criminal Code preventing accused from raising common law defence of self-induced intoxication akin to automatism — Whether s. 33.1 violates principles of fundamental justice or presumption of innocence — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 33.1.

Constitutional law — Remedy — Declaration of invalidity — Whether declaration of unconstitutionality issued by superior court pursuant to s. 52(1) of Constitution Act, 1982, can be considered binding on courts of coordinate jurisdiction.

Criminal law — Appeals — Appeals to Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Accused convicted of indictable offence at trial — Court of Appeal setting aside conviction and ordering new trial — Crown bringing appeal to Supreme Court of Canada — Accused applying for leave to cross-appeal order of new trial and requesting stay — Whether Court has jurisdiction to hear accused’s appeal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 691.

After having voluntarily taken an overdose of a prescription drug and falling into an impaired state, S attacked his mother with a knife and injured her gravely. He was charged with several offences, including aggravated assault and assault with a weapon. In unrelated circumstances, C fell into an impaired state after he voluntarily ingested magic mushrooms containing a drug called psilocybin. He attacked his father with a knife and killed him, and seriously injured his father’s partner. C was tried for manslaughter and aggravated assault. Both S and C argued at their respective trials that their state of intoxication was so extreme that their actions were involuntary and could not be the basis of a guilty verdict for the violent offences of general intent brought against them. C also argued that an underlying brain injury was the significant contributing cause of his psychosis, rather than his intoxication alone, such that he was not criminally responsible.

In the case of S, the trial judge accepted that S was acting involuntarily but decided that the defence of extreme intoxication akin to automatism was not available by virtue of s. 33.1 of the *Criminal Code*. S was convicted of the two assault charges.

The trial judge in C's case dismissed C's constitutional challenge to s. 33.1, during which C had argued that previous decisions of the same court that declared s. 33.1 unconstitutional were binding on the trial judge. C's brain trauma was held to be a mental disorder but not the cause of C's incapacity, which was the result of the voluntary ingestion of magic mushrooms. C was convicted of manslaughter and aggravated assault.

The Court of Appeal heard appeals by S and C together and held that s. 33.1 violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and is not saved by s. 1. S and C were therefore entitled to raise the defence of automatism. The Court of Appeal also addressed the issue of whether the trial judge in C's case was bound by precedent of a court of coordinate jurisdiction in the province to accept the unconstitutionality of s. 33.1. It held that the ordinary rules of *stare decisis* apply when superior courts in first instance consider whether to follow previous declarations of unconstitutionality. The trial judge was correct to decide that he was not bound by previous decisions and entitled to consider the issue afresh. In the result, S's convictions were set aside and acquittals entered. The Court of Appeal ordered a new trial for C because no finding of fact had been made in respect of non-mental disorder automatism. The Crown appeals to the Court from the Court of Appeal's decision in respect of both S and C, and C applies for leave to cross-appeal the order of a new trial, seeking an acquittal or, in the alternative, a stay of proceedings.

Held: The appeals should be dismissed. C’s application for leave to cross-appeal should be quashed for want of jurisdiction.

In the companion appeal of *R. v. Brown*, 2022 SCC 18, the Court concludes that s. 33.1 violates the *Charter* and is of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. That conclusion is applicable to the Crown’s appeals in the present cases. In the result, given that s. 33.1 is of no force or effect, S is entitled to acquittals. He established that he was intoxicated to the point of automatism and the trial judge found that he was acting involuntarily. As for C, the Court of Appeal’s order for a new trial should be upheld. C may avail himself of the defence of non-mental disorder automatism at a new trial, should it be applicable on the facts.

The ordinary rules of horizontal *stare decisis* and judicial comity apply to declarations of unconstitutionality issued by superior courts within the same province. A decision may not be binding if it is distinguishable on its facts or the court had no practical way of knowing it existed. If it is binding, a trial court may only depart if one or more of the exceptions set out in *Re Hansard Spruce Mills*, [1954] 4 D.L.R. 590 (B.C.S.C.), apply.

Accordingly, a trial judge is not strictly bound by a prior declaration by a court of coordinate jurisdiction by virtue of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. A s. 52(1) declaration of unconstitutionality reflects an ordinary judicial task of determining a question of law. Determining whether an impugned law is inconsistent with the provisions of the Constitution and, if so, whether and to what extent the law is

of no force or effect is no different than other questions of law decided outside the constitutional context. Judges cannot in a literal sense strike down legislation when they review the consistency of the law with the Constitution under s. 52(1). A declaration of unconstitutionality simply refutes the presumption of constitutionality; it does not alter the terms of the statute. Questions of law are governed by the normal rules and conventions that constrain courts in the performance of their judicial tasks, including applying the ordinary principles of *stare decisis*. A judicial declaration made under s. 52(1) by a superior court is therefore binding on other courts within the confines of the law relating to precedent.

The principle of constitutional supremacy cannot dominate the analysis of s. 52(1) to the exclusion of other constitutional principles. The legal effect of a s. 52(1) declaration by a superior court must be defined with reference to constitutional supremacy, the rule of law, and federalism. Pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, superior courts operating within a province only have powers within the province. Federalism prevents a s. 52(1) declaration issued within one province from binding courts throughout the country. Horizontal *stare decisis* applies to courts of coordinate jurisdiction within a province and a constitutional ruling will bind lower courts through vertical *stare decisis*. *Stare decisis* is the appropriate framework to apply to litigation of constitutional issues, because it balances stability and predictability against correctness and the orderly development of the law. The Crown may consider an appeal when faced with conflicting trial decisions relating to a law on which the prosecution continues to rely, but is not bound to appeal declarations of

unconstitutionality in criminal matters. However desirable uniform treatment of the substantive criminal law might be within or even across provinces, a decision to appeal remains within the discretion of the relevant attorney general, to be decided in keeping with its authority to pursue the public interest and the constitutional and practical constraints relating to its office.

Varying standards have been invoked to define when departure from prior precedent is appropriate, for example if it is plainly wrong, when there is good reason for doing so or in extraordinary circumstances. These qualitative tags are susceptible of extending to almost any circumstance and do not provide precise guidance. These terms should no longer be used. Judicial comity as well as the rule of law principles supporting *stare decisis* mean that prior decisions should be followed unless the *Spruce Mills* criteria are met. Trial courts should only depart from binding decisions issued by a court of coordinate jurisdiction in three narrow circumstances: the rationale of the earlier decision has been undermined by subsequent appellate decisions; some binding authority in case law or some relevant statute was not considered; or the earlier decision was not fully considered, for example if it was taken in exigent circumstances. Where a judge is faced with conflicting authority on the constitutionality of legislation, the judge must follow the most recent authority unless one or more of these three criteria are met. These criteria do not detract from the narrow circumstances in which a lower court may depart from binding vertical precedent.

An application of the doctrine of horizontal *stare decisis* to C's case illustrates how these criteria should work in practice. *R. v. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295, did not engage with an earlier Ontario decision that upheld the constitutionality of s. 33.1 and *Dunn* did not apply the criteria to determine whether it was permissible to depart from that precedent; therefore it was a decision *per incuriam* and did not need to be followed. The earlier decision considered the appropriate statutes and authorities in reaching the conclusion that s. 33.1 infringed ss. 7 and 11(d) of the *Charter* but was upheld under s. 1 and there is no indication that it was rendered in exigent circumstances. Therefore, that decision should have been followed by the trial judge in the constitutional ruling in C's case. On appeal, however, the Court of Appeal was not bound to follow any first instance superior court decision.

There is no statutory route for C to appeal the Court of Appeal's order of a new trial. Section 695 of the *Criminal Code* does not provide the Court with the jurisdiction to hear a cross-appeal by C. Sections 691 and 692 of the *Criminal Code* set out the jurisdiction of the Court to hear criminal appeals brought by criminal accused and represent the whole of an accused's express statutory right to appeal when their conviction has been affirmed or their acquittal set aside by the Court of Appeal. In cases like C's, where an accused, having been convicted of an indictable offence at trial, is granted a new trial, s. 691 does not provide a route of appeal to the Court. As for a stay of proceedings, it may only be granted in the clearest of cases, where prejudice to an accused's rights or to the judicial system is irreparable and cannot be

remedied. The record before the Court is insufficient to conclude that C's right to a fair trial is prejudiced.

Cases Cited

By Kasirer J.

Applied: *R. v. Brown*, 2022 SCC 18; *Re Hansard Spruce Mills*, [1954] 4 D.L.R. 590; **distinguished:** *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; **explained:** *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; **considered:** *R. v. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295; *R. v. Fleming*, 2010 ONSC 8022; *R. v. McCaw*, 2018 ONSC 3464, 48 C.R. (7th) 359; *R. v. Decaire*, [1998] O.J. No. 6339; **referred to:** *R. v. Scarlett*, 2013 ONSC 562; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. P. (J.)* (2003), 67 O.R. (3d) 321; *Ravndahl v. Saskatchewan*, 2009 SCC 7, [2009] 1 S.C.R. 181; *Coquitlam (City) v. Construction Aggregates Ltd.* (1998), 65 B.C.L.R. (3d) 275, aff'd 2000 BCCA 301, 75 B.C.L.R. (3d) 350, leave to appeal refused, [2001] 1 S.C.R. ix; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *Mouvement laïque*

québécois v. Saguenay (City), 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257; *Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38; *R. v. Albashir*, 2021 SCC 48; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Wolf v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 107; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Parent v. Guimond*, 2016 QCCA 159; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *R. v. McCann*, 2015 ONCA 451; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *R. v. Dunn*, 156 O.A.C. 27; *R. v. Jensen* (2005), 74 O.R. (3d) 561; *R. v. Cawthorne*, 2016 SCC 32, [2016] 1 S.C.R. 983; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Green*, 2021 ONSC 2826; *R. v. Kehler*, 2009 MBPC 29, 242 Man. R. (2d) 4; *R. v. Wolverine and Bernard* (1987), 59 Sask. R. 22; *The Owners, Strata Plan BCS 4006 v. Jameson House Ventures Ltd.*, 2017 BCSC 1988, 4 B.C.L.R. (6th) 370; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *R. v. Shea*, 2010 SCC 26, [2010] 2 S.C.R. 17; *Saumur v. Recorder's Court (Quebec)*, [1947] S.C.R. 492; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, preamble, ss. 1, 7, 11(d), 24(1).

Constitution Act, 1867, s. 96.

Constitution Act, 1982, s. 52(1).

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 16, 33.1, 691, 692, 695.

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 29(3).

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40.

Authors Cited

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.

Canada. Department of Justice Canada. *Principles guiding the Attorney General of Canada in Charter litigation*, Ottawa, 2017.

Garner, Bryan A., et al. *The Law of Judicial Precedent*. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2016.

Gélinas, Fabien. “La primauté du droit et les effets d’une loi inconstitutionnelle” (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 455.

Gervais, Marc-Antoine. “Les impasses théoriques et pratiques du contrôle de constitutionnalité canadien” (2021), 66 *McGill L.J.* 509.

Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. “The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.

Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson Reuters, 2021 (updated 2021, release 1).

Kerwin, Scott. “*Stare Decisis* in the B.C. Supreme Court: Revisiting *Hansard Spruce Mills*” (2004), 62 *Advocate* 541.

Leckey, Robert. *Bills of Rights in the Common Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Mancini, Mark. “Declarations of Invalidity in Superior Courts” (2019), 28:3 *Const. Forum* 31.

- Marcotte, Alexandre. “A Question of Law: (Formal) Declarations of Invalidity and the Doctrine of Stare Decisis” (2021), 42 *N.J.C.L.* 1.
- Parkes, Debra. « Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada » (2006), 32 *Man. L.J.* 135.
- Pinard, Danielle. “De l’incapacité des juges à modifier le texte des lois déclarées inconstitutionnelles”, dans Patrick Taillon, Eugénie Brouillet et Amélie Binette, dir., *Un regard québécois sur le droit constitutionnel: Mélanges en l’honneur d’Henri Brun et de Guy Tremblay*. Montréal: Yvon Blais, 2016, 329.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed. Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated October 2021, release 2).
- Roach, Kent. “Not Just the Government’s Lawyer: The Attorney General as Defender of the Rule of Law” (2006), 31 *Queen’s L.J.* 598.
- Rosenberg, Marc. “The Attorney General and the Administration of Criminal Justice” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 813.
- Rowe Malcom, and Leanna Katz. “A Practical Guide to *Stare Decisis*” (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1.
- Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2016.
- Sharpe, Robert J. *Good Judgment: Making Judicial Decisions*. Toronto: University of Toronto Press, 2018.
- Waldron, Jeremy. « Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach » (2012), 111 *Mich. L. Rev.* 1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Watt, Lauwers and Paciocco J.J.A.), 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353, 387 C.C.C. (3d) 304, 63 C.R. (7th) 77, 462 C.R.R. (2d) 231, [2020] O.J. No. 2452 (QL), 2020 CarswellOnt 7645 (WL Can.), setting aside the convictions for aggravated assault and assault with a weapon entered by Salmers J., [2016] O.J. No. 6847 (QL), 2016 CarswellOnt 21197 (WL Can.), and entering verdicts of acquittal. Appeal dismissed.

APPEAL and APPLICATION FOR LEAVE TO CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Watt, Lauwers and Paciocco JJ.A.), 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353, 387 C.C.C. (3d) 304, 63 C.R. (7th) 77, 462 C.R.R. (2d) 231, [2020] O.J. No. 2452 (QL), 2020 CarswellOnt 7645 (WL Can.), setting aside the convictions for manslaughter and aggravated assault entered by Boswell J., 2018 ONSC 7158, [2018] O.J. No. 6459 (QL), 2018 CarswellOnt 20662 (WL Can.), and ordering a new trial. Appeal dismissed and application for leave to cross-appeal quashed.

Joan Barrett, Michael Perlin and Jeffrey Wyngaarden, for the appellant/respondent on application for leave to cross-appeal.

Stephanie DiGiuseppe and Karen Heath, for the respondent David Sullivan.

Matthew R. Gourlay and Danielle Robitaille, for the respondent/applicant on application for leave to cross-appeal Thomas Chan.

Michael H. Morris, Roy Lee and Rebecca Sewell, for the intervener the Attorney General of Canada.

Sylvain Leboeuf and Jean-Vincent Lacroix, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Ami Kotler, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Lara Vizsolyi, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Noah Wernikowski, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Deborah J. Alford, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Jeremy Opolsky, Paul Daly, Jake Babad and Julie Lowenstein, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Carter Martell, Anita Szigeti, Sarah Rankin and Maya Kotob, for the intervener the Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health.

Lindsay Daviau and Deepa Negandhi, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Eric S. Neubauer, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Megan Stephens and Lara Kinkartz, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.

Connor Bildfell and Asher Honickman, for the intervener the Advocates
for the Rule of Law.

The judgment of the Court was delivered by

KASIRER J. —

I. Overview

[1] After having voluntarily taken an overdose of a prescription drug and falling into an impaired state, David Sullivan attacked his mother with a knife and injured her gravely. He was charged with several offences, including aggravated assault and assault with a weapon. In unrelated circumstances, Thomas Chan also fell into an impaired state after he voluntarily ingested “magic mushrooms” containing a drug called psilocybin. Mr. Chan attacked his father with a knife and killed him and seriously injured his father’s partner. He was tried for manslaughter and aggravated assault.

[2] In their different circumstances, both Mr. Sullivan and Mr. Chan argued at their respective trials that their state of intoxication was so extreme that their actions were involuntary and could not be the basis of a guilty verdict for the violent offences of general intent brought against them. Mr. Chan argued in particular that an underlying brain injury was the significant contributing cause of his psychosis, rather than his

intoxication alone, such that he was not criminally responsible pursuant to s. 16 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[3] In the case of Mr. Sullivan, the trial judge accepted the accused was acting involuntarily but decided that the defence of extreme intoxication akin to automatism was not available by virtue of s. 33.1 of the *Criminal Code*. Mr. Sullivan was convicted of the two assault charges. In the case of Mr. Chan, the trial judge dismissed a constitutional challenge to s. 33.1. Mr. Chan's brain trauma was held to be a mental disorder, but not the cause of the incapacity, which was the result of the voluntary ingestion of magic mushrooms. The trial judge in his case rejected his argument under s. 16. He was convicted of manslaughter and aggravated assault.

[4] Their appeals were heard together. The Court of Appeal for Ontario held that s. 33.1 violated ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and was not saved by s. 1. As a result, both Mr. Sullivan and Mr. Chan were entitled to raise the defence of automatism. Based on the findings at his trial, Mr. Sullivan's convictions were set aside and acquittals entered. The Court of Appeal ordered a new trial for Mr. Chan because no finding of fact had been made in respect of non-mental disorder automatism in his case. The Crown has appealed both the decisions for Mr. Sullivan and Mr. Chan to this Court.

[5] In *R. v. Brown*, 2022 SCC 18, released concurrently with the reasons for judgment in these appeals, I conclude that s. 33.1 violates the *Charter* and is of no force

or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. That conclusion is equally applicable to the Crown's appeals in the cases at bar.

[6] As respondent, Mr. Sullivan has raised an issue relating to the character and force of a s. 52(1) declaration of unconstitutionality issued by a superior court. He argued before us that the trial judge had been bound by a previous declaration by a superior court judge in the province that held s. 33.1 to be of no force and effect. The issue raised by Mr. Sullivan provides an opportunity to clarify whether a declaration made under s. 52(1) binds the courts of coordinate jurisdiction in future cases due to the principle of constitutional supremacy, or whether the ordinary rules of horizontal *stare decisis* apply. As I shall endeavour to explain, *stare decisis* does apply and the trial judge was only bound to that limited extent on the question of the constitutionality of s. 33.1. The right approach can be stated plainly. Superior courts at first instance may not be bound if the prior decision is distinguishable on its facts or if the court had no practical way of knowing that the earlier decision existed. Otherwise, the decision is binding and the judge may only depart from it if one or more of the exceptions helpfully explained in *Re Hansard Spruce Mills*, [1954] 4 D.L.R. 590 (B.C.S.C.), apply.

[7] In the result, I would dismiss the Crown's appeal in the case of Mr. Sullivan and confirm the acquittals entered by the Court of Appeal.

[8] As respondent in his appeal before this Court, Mr. Chan seeks leave to cross-appeal and, if granted, he asks that we substitute an acquittal for the order of a

new trial. I would reject Mr. Chan's arguments on this point. In my view, Mr. Chan's application for leave to cross-appeal must be quashed for want of jurisdiction. I would reject his alternative argument that this Court order a stay of proceedings in respect of the very serious violent charges brought against Mr. Chan because the requirements for a stay have not been made out. In the result, I would confirm the Court of Appeal's order of a new trial.

II. Background

A. *David Sullivan*

[9] All parties agree that Mr. Sullivan attacked his mother during an episode of drug-induced psychosis during which he had no voluntary control over his actions. Mr. Sullivan, then 43 years old, lived with his mother in a condominium unit. He has a history of mental illness and substance abuse. Evidence adduced at trial indicated that in the three months before the attack, he was convinced that the planet would be invaded by aliens that were already present in their condominium.

[10] Mr. Sullivan had been prescribed bupropion (under the name Wellbutrin) to help him quit smoking. Psychosis is a side effect of the drug. He had experienced psychosis from Wellbutrin at least once before, shortly before the events in this case. The evening prior to the attack, he ingested 30 to 80 Wellbutrin tablets in a suicide attempt. The drugs prompted a psychotic episode during which time, in the early hours of the morning, he woke his mother and told her an alien was in the living room. She

followed him into the area and, while she was there, Mr. Sullivan went into the kitchen, took two knives, and stabbed his mother six times. She suffered serious injuries, including residual nerve damage that was slow to heal. She died before trial of unrelated causes.

[11] Several neighbours saw Mr. Sullivan acting erratically outside of the building after the attack. Agitated when the police arrived, Mr. Sullivan was talking about Jesus, the devil, and aliens. He was taken to the hospital, where he had multiple seizures. The psychotic episode resolved itself within a few days. At trial, a forensic psychiatrist gave evidence that Mr. Sullivan was likely experiencing a bupropion-induced psychosis at the time of the attack on his mother.

B. *Thomas Chan*

[12] Thomas Chan violently attacked his father and his father's partner with a knife. Mr. Chan's father later died from his injuries. The father's partner was gravely and permanently injured.

[13] After returning home from a bar where they had consumed several alcoholic drinks earlier that evening, Mr. Chan and his friends decided to take magic mushrooms. Mr. Chan had consumed mushrooms before and enjoyed the experience. He ingested an initial dose and when he failed to feel the same effects as his friends, he took a second dose. Towards the end of the night, he began acting erratically. Frightened, he went upstairs where he woke up his mother, mother's boyfriend, and

sister. Mr. Chan then left the home wearing only a pair of pants. His family and friends pursued him as he ran towards his father's home a short distance away. Mr. Chan broke into his father's house through a window even though he normally gained entry through finger-print recognition on a home security system.

[14] Once inside, he confronted his father in the kitchen and did not appear to recognize him. He shouted that he was God and that his father was Satan. He proceeded to stab his father repeatedly. He then stabbed his father's partner. When police arrived, he complied with their demands, although at one point he struggled with what a police officer described as "super-strength".

III. Proceedings Below

A. *David Sullivan*

Ontario Superior Court of Justice, [2016] O.J. No. 6847 (QL), 2016 CarswellOnt 21197 (WL Can.) (Salmers J.)

[15] At trial, the parties agreed, and the trial judge accepted, that Mr. Sullivan was acting involuntarily when he stabbed his mother. The trial judge found that Mr. Sullivan experienced a state of non-mental disorder automatism, attributable to his ingestion of Wellbutrin. His state was caused by a drug for which psychosis is a known side-effect.

[16] The Crown said s. 33.1 applied because Mr. Sullivan’s psychosis was self-induced and therefore could not be the basis for a defence that he lacked the general intent or voluntariness for the crimes of assault. There was disagreement about whether Mr. Sullivan’s consumption of Wellbutrin was voluntary. Section 33.1 would only preclude the automatism defence if intoxication was “self-induced”. The trial judge found that Mr. Sullivan’s intoxication was voluntary and that he knew or ought to have known that Wellbutrin would cause him to be impaired. Section 33.1 was applied. He was found guilty of aggravated assault, assault with a weapon, and four counts of breach of a non-communication order. It bears noting that Mr. Sullivan did not contest the constitutionality of s. 33.1 at trial. He received a global sentence of five years.

B. *Thomas Chan*

(1) Constitutional Ruling, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376 (Boswell J.)

[17] Mr. Chan challenged the constitutionality of s. 33.1 in a pre-trial application, arguing in particular that the trial judge was bound by previous decisions of the same court, notably *R. v. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), and *R. v. Fleming*, 2010 ONSC 8022, which found s. 33.1 to be unconstitutional.

[18] Boswell J. considered whether, by reason of the doctrine of horizontal *stare decisis*, he was bound by a constitutional declaration by another judge of the superior court in the province that s. 33.1 was of no force or effect because it was inconsistent with the *Charter*. Relying on *R. v. Scarlett*, 2013 ONSC 562, the trial judge held that

he was not so bound. Decisions from courts of coordinate jurisdiction should be followed in the absence of cogent reasons to depart therefrom. A court is bound unless the previous decision is “plainly wrong” (paras. 55-56). The trial judge reasoned that the case law on the constitutionality of s. 33.1 was “considerably unsettled” (para. 58). Although all courts had agreed that s. 33.1 violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, courts were divided on whether it could be saved under s. 1. As a result, Boswell J. did not “feel constrained to follow one school of thought more than the other” (*ibid.*). In addition, none of the earlier constitutional decisions had had the benefit of the judgment of the Court in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, on the relationship between ss. 7 and 1 (para. 58). He concluded that he was free to reconsider the question afresh.

[19] The trial judge then went on to decide that s. 33.1 violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter* but was saved under s. 1.

(2) Judgment on the Merits, 2018 ONSC 7158 (Boswell J.)

[20] With the defence of automatism precluded by operation of s. 33.1, Mr. Chan argued that he was not criminally responsible by reason of brain trauma which, alone or in connection with the effect of the intoxicant, amounted to mental disorder under s. 16. The parties disagreed about whether Mr. Chan was suffering from a brain injury and, if so, whether it played a part in his violent conduct. Mr. Chan argued that but for the brain injury, he would not have been psychotic from consuming the mushrooms. The Crown argued that the primary cause of Mr. Chan’s psychosis was

his voluntary consumption of the mushrooms. The trial judge was required to consider, first, whether Mr. Chan was suffering from a mental disorder at the time of the offence and, second, if that mental disorder rendered him incapable of appreciating the nature and quality of his actions, or incapable of knowing they were wrong.

[21] Mr. Chan did not satisfy the applicable requirements under s. 16. The evidence disclosed a mild traumatic brain injury. The trial judge could not conclusively say that the brain injury rendered Mr. Chan incapable of appreciating the nature and quality of his actions or of knowing they were wrong. The progression of his psychosis suggested that the ingestion of psilocybin was the primary cause of Mr. Chan’s impaired state. The judge found that “Mr. Chan experienced a sudden onset of psychosis that coincided directly with the ingestion and absorption of magic mushrooms”. While the trial judge found that Mr. Chan “was incapacitated by the effects of the drugs he consumed”, I note that he made no specific finding that Mr. Chan was in a state of self-induced intoxication akin to non-mental disorder automatism.

[22] Mr. Chan was convicted of manslaughter and aggravated assault. He was later sentenced to a global sentence of five years, reduced to three and a half years after credit reductions (2019 ONSC 1400).

- (3) Application to Re-open Constitutional Challenge, 2019 ONSC 783, 428 C.R.R. (2d) 81 (Boswell J.)

[23] After sentencing, Mr. Chan applied to re-open the case to re-argue the constitutional issue. He said that *R. v. McCaw*, 2018 ONSC 3464, 48 C.R. (7th) 359, which had been rendered subsequently, declared s. 33.1 unconstitutional and therefore presented a renewed opportunity to consider the question. In *McCaw*, Spies J. said she was bound by *Dunn*. Spies J. held that once a provision is declared unconstitutional, it is invalid and “off the books” (para. 76) for all future cases by operation of s. 52(1) and as directed in *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96. In other words, judges of concurrent jurisdiction are bound by a declaration of unconstitutionality. On that basis, argued Mr. Chan, the trial judge had been bound by the prior declaration of unconstitutionality in *Dunn* when he considered the application of s. 33.1 here.

[24] Boswell J. dismissed Mr. Chan’s application to re-open the case. *McCaw* was not an accurate statement of the law. Relying on *Spruce Mills*, a proper understanding of the rule of horizontal *stare decisis* is that relevant decisions of the same level of court should be followed as a matter of judicial comity, unless there are compelling reasons that justify departing therefrom. *Spruce Mills* set out three criteria for departure, which were summarized correctly, in his view, by Strathy J. in *Scarlett* as “plainly wrong” (para. 41).

[25] For Boswell J., *McCaw* misinterpreted the statements by McLachlin C.J. in *Ferguson* that an unconstitutional law is “effectively removed from the statute books” (para. 65). McLachlin C.J. did not express the view that judges of coordinate jurisdiction could not review or reconsider an order striking down a provision under

s. 52. *Ferguson* was not about horizontal *stare decisis*. Boswell J. preferred Strathy J.’s reading of *Ferguson*, which acknowledged the *erga omnes* (“against all” or, as is sometimes said, “against the world”) character of a declaration of unconstitutionality but did not extend that effect to courts of coordinate jurisdiction. The question remained as to whether the prior ruling is plainly wrong and there are salient reasons for correcting the error. With respect to *Dunn*, there were good reasons to depart from precedent. The s. 1 analysis was plainly wrong; *Bedford* had changed the relationship between ss. 7 and 1. Moreover there were inconsistent rulings on the matter of the constitutionality of s. 33.1 across the country.

C. *Court of Appeal for Ontario, 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353 (Paciocco J.A., Watt J.A. concurring; Lauwers J.A. concurring in the result)*

[26] The Court of Appeal allowed the appeals and held that s. 33.1 is unconstitutional and of no force or effect. The Court of Appeal’s judgment on this point is reviewed in *Brown* and need not be recounted here in detail. For the purposes of this case, I need only note that Paciocco J.A.’s careful reasoning on ss. 7 and 11(d) has been affirmed in *Brown*. In addition, although my own justification analysis differs from that of Paciocco and Lauwers J.A., I agree with their ultimate conclusion: s. 33.1 cannot be saved by s. 1. Their conclusion that s. 33.1 is inconsistent with the *Charter* and of no force or effect is equally applicable in these two appeals.

[27] Speaking for the Court on this point, Paciocco J.A. addressed the issue of whether the trial judge in Mr. Chan’s case was bound by precedent of a court of coordinate jurisdiction in the province to accept the unconstitutionality of s. 33.1.

[28] In his view, the ordinary rules of *stare decisis* apply when superior courts in first instance consider whether to follow previous declarations of unconstitutionality made by the same court. He distinguished several cases that purported to stand for the proposition that a declaration is binding on other superior court judges unless successfully appealed by the Crown (paras. 34-35, referring to *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; and *Ferguson*). These cases made statements to the effect that a provision inconsistent with the Constitution “is invalid from the moment it is enacted” in all future cases and is “effectively removed from the statute books” (*Martin*, at paras. 28 and 31; see *Ferguson*, at para. 65; *Hislop*, at para. 82). Paciocco J.A. read these cases as describing the effect of s. 52(1) declarations rendered by the Supreme Court because it is the apex court in Canada. They did not oust the principles of *stare decisis* generally nor did they pertain to declarations made by lower courts.

[29] If all s. 52(1) declarations were binding, wrote Paciocco J.A., accuracy would be compromised. For example, if three superior court judges in succession upheld a provision, but a fourth judge’s ruling declared it to be of no force and effect, only the fourth judge’s ruling would take hold within a province absent an appeal by

the Crown. The development of the law would be “driven by coincidence” rather than by the “quality of the judicial ruling” (para. 37).

[30] The principles in *Spruce Mills* and *Scarlett* were affirmed. Applied to the context of s. 52(1) declarations of unconstitutionality, a superior court judge faced with a prior judgment of a court of coordinate jurisdiction should apply that precedent and treat the provision as having no force or effect unless, by exception to the principle of horizontal *stare decisis*, the earlier decision is plainly wrong. The trial judge was correct to decide that he was not bound by *Dunn* and entitled to consider the issue afresh.

[31] Having declared s. 33.1 unconstitutional and of no force or effect, Paciocco J.A. entered acquittals for Mr. Sullivan on his assault charges. Mr. Chan was entitled to a new trial, but not acquittals. The trial judge made no finding that Mr. Chan was acting involuntarily. Instead, the trial judge rejected Mr. Chan’s claim that he should be found not criminally responsible, a claim that does not require the establishment of automatism. Mr. Chan should have the opportunity to invoke the defence of non-mental automatism and lead evidence in that regard at a new trial.

IV. Issues

[32] As noted, the Crown appeals on the constitutionality of s. 33.1 cannot succeed for the reasons stated in *Brown*. The Court of Appeal correctly concluded that s. 33.1 infringes ss. 7 and 11(d) and cannot be saved under s. 1.

[33] There are two remaining issues in these appeals:

1. On what basis can a declaration issued by a superior court pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* be considered binding on courts of coordinate jurisdiction?
2. Does the Court have jurisdiction to hear Mr. Chan’s cross-appeal? If so, is he entitled to an acquittal? If not, is he nevertheless entitled to a stay of proceedings?

[34] For the reasons that follow, I conclude on the first issue that the ordinary rules of *stare decisis* and judicial comity apply to declarations of unconstitutionality issued by superior courts within the same province. On the second issue, I conclude the Court lacks jurisdiction to hear the cross-appeal. I would not order a stay. The Court of Appeal’s order for a new trial for Mr. Chan should be upheld, as should the acquittals it entered for Mr. Sullivan.

V. Analysis

A. *Section 52(1) Declarations of Unconstitutionality and Horizontal Stare Decisis*

[35] Presented in the General Part of the *Constitution Act, 1982* under the heading “Primacy of Constitution of Canada”, s. 52(1) provides:

52 (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

[36] The parties disagree on the rules that apply after a superior court declares a law inconsistent with the *Charter* and thus of no force or effect pursuant to s. 52(1).

[37] Mr. Sullivan observes that at the time he was convicted at trial, s. 33.1 had already been declared of no force and effect by other judges of the superior court in the province of Ontario. He recalls that starting in *Dunn*, in 1999, four separate superior court judgments were rendered “striking [s. 33.1] down” (R.F., at para. 85). Mr. Sullivan says that a declaration issued by a court of coordinate jurisdiction under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* invalidates the law for all future cases. In deciding the contrary, the trial judge in Mr. Chan’s case and the Court of Appeal failed to recognize the effect on the law of the declaration issued under s. 52(1). Paciocco J.A., writing for a unanimous court on this point in appeal, erred in deciding that the matter is governed by the ordinary principles of *stare decisis* and by adopting the test of judicial comity explained in *Scarlett* and *Spruce Mills*.

[38] Mr. Sullivan, along with a number of interveners, submit that a superior court only “discovers” that a law is unconstitutional when it issues a declaration pursuant to s. 52(1) — the law becomes of no force or effect through the operation of s. 52(1). He relies on statements from this Court which characterize a s. 52(1) declaration as rendering the law “null and void”, a finding which applies “for all future cases” and that the law is unenforceable because it is “effectively removed from the

statute books” (*Martin*, at para. 31; *Ferguson*, at para. 65, *Hislop*, at para. 82). Consistent with those statements, says Mr. Sullivan, when a superior court issues a s. 52(1) declaration of unconstitutionality, the impugned provision is nullified both prospectively and retrospectively. The intervener British Columbia Civil Liberties Association argues further that, by its nature, a s. 52(1) declaration by a superior court has universal effect beyond the parties “for all Canadians” and thus must bind courts across the country. The intervener Advocates for the Rule of Law adds that a s. 52(1) declaration derives its force from the Constitution and that permitting the government to relitigate a law’s constitutionality after it has been declared of no force or effect would be inconsistent with the Constitution’s remedial scheme. Finally, the Canadian Civil Liberties Association intervenes to warn of the potential undermining of the rule of law and consequential unpredictability if the ordinary rules of *stare decisis* apply.

[39] Although it argues that the Court of Appeal made no mistake in holding that the ordinary rules of *stare decisis* apply here, the Crown recalls that the matter is technically moot. Even if the trial judges were obliged to follow *Dunn*, this Court is not so bound and the lower courts’ failure to do so has no practical impact on the outcome of these appeals. But, says the Crown, the question raised by Mr. Sullivan should still be decided.

[40] I agree that the matter can and should be decided here (*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, r. 29(3); *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566, at paras. 18-26). The question is one of public importance to the conduct

of constitutional litigation in courts of first instance in Canada. Moreover the question was carefully considered by the courts below and, in this Court, has been addressed by the parties with additional submissions on either side of the question by interveners.

[41] On the substance of the matter, the Crown argues that while s. 52(1) declarations are *erga omnes* in nature, they do not necessarily stand as authority for all future cases to be decided of coordinate jurisdiction or bind across the country. Mr. Sullivan’s approach compromises the rule of law by allowing for erroneous findings of unconstitutionality to stand. The rules of *stare decisis* provide the flexibility needed to balance finality with correctness.

[42] The Attorneys General of British Columbia, Quebec and Canada intervene in support of the Crown’s position. British Columbia submits that a s. 52(1) declaration should be reconsidered only where there is palpable and overriding error or where the threshold in *Bedford* is met. Quebec argues the “plainly wrong” standard should be qualified; a previous decision should only be set aside where there is a new question of law or a change in the situation or evidence that leads to materially different circumstances. Canada observes that disagreement between lower courts helpfully generates considered opinions upon which appellate courts can rely for their own reasoning.

[43] For the reasons that follow, I agree with the Crown that the trial judge was not strictly bound by the prior declaration by a court of coordinate jurisdiction by virtue of s. 52(1). In my respectful view, Mr. Sullivan’s understanding of the effect of a

declaration under s. 52(1) is mistaken. A s. 52(1) declaration of unconstitutionality reflects an ordinary judicial task of determining a question of law, in this case with respect to the consistency of a law with the requirements of the *Charter*. Questions of law are governed by the normal rules and conventions that constrain courts in the performance of their judicial tasks.

[44] In the result, I agree with the conclusion reached by Paciocco J.A. that the ordinary principles of *stare decisis* govern the manner in which a declaration issued by a court under s. 52(1) affects how courts of coordinate jurisdiction in the province should decide future cases raising the same issue. I would however clarify the situations when a superior court may depart from a prior judgment of a court of coordinate jurisdiction. The standard is not that the prior decision was “plainly wrong”. A superior court judge in first instance should follow prior decisions made by their own court on all questions of law, including questions of constitutional law, unless one or more of the exceptions in *Spruce Mills* are met.

(1) Section 52(1) Declarations of Unconstitutionality Reflect the Exercise of Judicial Power to Decide Questions of Law

[45] I start with a simple point: in issuing a declaration that a law is inconsistent with the Constitution and thus of no force or effect, a judge is exercising an ordinary judicial power to determine a question of law. Given the nature of the power they exercise, judges cannot in a literal sense “strike down legislation” when they review the consistency of the law with the Constitution under s. 52(1). Mr. Sullivan

misconstrues the power of judges when he says that the effect of a declaration of unconstitutionality is that the impugned law is removed from the statute books going forward. In our law, legislatures have the power to remove laws from the statute books, or to modify those statutes, not judges (see D. Pinard, “De l’inhabilité des juges à modifier le texte des lois déclarées inconstitutionnelles”, in P. Taillon, E. Brouillet and A. Binette, eds., *Un regard québécois sur le droit constitutionnel: Mélanges en l’honneur d’Henri Brun et de Guy Tremblay* (2016), 329, at p. 342). Professor Pinard convincingly frames this judicial power as one grounded in legal interpretation and recalls the distinction, that she rightly says is sometimes neglected, between legal rules and the textual expression of those rules. Judges, in their interpretative task as it bears on statutory law under s. 52(1), have no power to [TRANSLATION] “alter the text of rules of written law” (p. 329, fn. 2 (emphasis deleted)). She writes:

[TRANSLATION] Judicial review for constitutionality concerns the impugned rule, not the text of written law that expresses the rule. The necessary legislative reworking, if any, will only be done after the judgment of unconstitutionality, by the relevant legislature. [p. 347]

[46] Contrary to what Mr. Sullivan suggests, while s. 33.1 was declared to be inconsistent with the Constitution and of no force or effect in *Dunn*, it was not, by the effect of that judgment, “struck from the books”. As I seek to explain below, when this Court in *Ferguson* stated that a law is effectively removed from the statute books, it was not speaking in literal terms. The effect of the judicial declaration in this case, where s. 33.1 is considered to be inconsistent with the Constitution, is not to annul the law but, as the French text of s. 52(1) makes especially plain, to declare that it is

“*inopérante*” (see M.-A. Gervais, “Les impasses théoriques et pratiques du contrôle de constitutionnalité canadien” (2021), 66 *McGill L.J.* 509, at p. 521, at fn. 45, citing P.-A. Côté, “La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés” (1984), 18 *R.J.T.* 105, at pp. 108-10; see also F. Gélinas, “La primauté du droit et les effets d’une loi inconstitutionnelle” (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 455, at pp. 463-64).

[47] A second equally simple point flows from the first and also appears to have been neglected by Mr. Sullivan. In authorizing a competent judge to issue a declaration under s. 52(1), the *Constitution Act, 1982* also invites the court to decide an ordinary question of law, albeit one with constitutional implications. Specifically, s. 52(1) asks the court to determine whether the impugned law is “inconsistent with the provisions of the Constitution” and, if so, to measure “the extent of this inconsistency” to decide whether and to what extent the law is of no force or effect. To do so, the court interprets the impugned law and interprets the Constitution. In Mr. Chan’s case, the trial judge was called upon to determine whether there was an inconsistency between the *Charter* and s. 33.1. To decide that, he had to resolve the legal question relating to the meaning of ss. 7, 11(d) and 1 of the *Charter* and the meaning of s. 33.1.

[48] Notwithstanding the heady constitutional context, these are ordinary judicial tasks raising questions of law. Under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, courts are called upon to resolve conflicts between the Constitution and ordinary statutes (*Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 746). Properly understood, the supremacy clause refers to the hierarchy of laws in the

constitutional order. Superior courts are empowered to determine whether a provision is inconsistent with the Constitution in accordance with this hierarchy. These questions of law are no different than other questions of law decided outside the constitutional context (A. Marcotte, “A Question of Law: (Formal) Declarations of Invalidity and the Doctrine of Stare Decisis” (2021), 42 *N.J.C.L.* 1, at p. 9). Judicial review of legislation on federalism or *Charter* grounds has been described as a “normal judicial task” similar to the “interpretation of a statute” (P. W. Hogg and W. K. Wright, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at §5-21; R. Leckey, *Bills of Rights in the Common Law* (2015), at p. 55). As judicial review of legislation is an ordinary judicial task consisting of the determination of a question of law, the legal effects of the declaration of unconstitutionality that results should be governed by the ordinary rules of *stare decisis* (Marcotte, at p. 21). In its effect, a declaration of unconstitutionality simply refutes the presumption of constitutionality by deciding that the impugned provisions are inconsistent with the Constitution and therefore of no force or effect. It does not alter the terms of the statute (see, e.g., *R. v. P. (J.)* (2003), 67 O.R. (3d) 321 (C.A.), at para. 31; Gervais, at pp. 535-38).

[49] Having indicated my view that a s. 52(1) declaration of unconstitutionality is an ordinary judicial task that involves resolving a question of law rather than an expression of the authority of a superior court to alter the statute book, I now turn to the legal nature and effect of a s. 52(1) declaration beyond the parties to litigation.

(2) *Stare Decisis* Governs Declarations of Unconstitutionality

[50] Mr. Sullivan argues that an unconstitutional law is invalid from the moment it was first enacted, due to the operation of s. 52(1) and the principle of constitutional supremacy. In effect, s. 52(1) renders a law invalid or “null and void” retrospectively and prospectively. As a result, when a superior court “discovers” that legislation is unconstitutional, absent an appeal, the legislation is null and void for all future cases. In support of this argument, he points specifically to the judgment of Spies J. in *McCaw* who decided she was bound by a previous judgment of her court in *Dunn* declaring that s. 33.1 was unconstitutional where the Crown had chosen not to appeal. Spies J. relied specifically on *Ferguson* for this conclusion: “To the extent that the law is unconstitutional, it is not merely inapplicable for the purposes of the case at hand. It is null and void, and is effectively removed from the statute books” (*Ferguson*, at para. 65, cited by Spies J. in *McCaw*, at para. 60).

[51] I respectfully disagree.

[52] Understanding the comments of this Court in *Ferguson* requires the reader to recall the context in which that case was rendered. The Court rejected the argument, in connection with the application of mandatory minimum sentences, that individual exemptions be granted by judges from otherwise unconstitutional laws. McLachlin C.J. sought to underscore, in understandably strong language, that a s. 52(1) declaration did not operate on a case-by-case remedial basis as would a constitutional remedy available under s. 24(1) of the *Charter*, but instead that the issuing court’s declaration that the law was of no force or effect was applicable *erga omnes*. The impugned legislation was

not to be applied, as a matter of course, to some litigants and not others according to judicial discretion (see *Ferguson*, at para. 35).

[53] That said, *Ferguson* does not change the fact that the declaration remains an exercise of judicial power by which a judge determines a question of law. As such, the determination of that question of law is binding *erga omnes* as a matter precedent, according to the ordinary rules of *stare decisis*, and not because that law has been truly removed from the statute books (see H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at para. I.54). Judges, of course, do not have that latter power. To suggest that, by its use of a figure of speech, this Court lost sight of this is, in my view, a mistaken reading of the case. I note that some scholars have similarly commented upon the formulation of the observations in *Ferguson* and like observations made by this Court as to the effect of a s. 52(1) declaration (see, e.g., Marcotte, at pp. 13-14 and 16-17; Pinard, at p. 349). Indeed *Ferguson* points to a plain understanding that the declaration issued under s. 52(1) is the exercise of judicial power that has an *erga omnes* vocation. I read the occasional references to s. 52(1) as judgments *in rem* in the cases (see, e.g., *Ravndahl v. Saskatchewan*, 2009 SCC 7, [2009] 1 S.C.R. 181, at para. 27), in the same way. A judgment *in rem* applies beyond the immediate parties but, ultimately, even in the context of a s. 52(1) declaration, it remains a judgment: an exercise of judicial power that determines a question of law (*Coquitlam (City) v. Construction Aggregates Ltd.* (1998), 65 B.C.L.R. (3d) 275 (S.C.), at paras. 11-17, aff'd 2000 BCCA 301, 75 B.C.L.R. (3d) 350, leave to appeal dismissed, [2001] 1 S.C.R. ix, cited in Marcotte, at p. 14, fn. 64; see also L. Sarna, *The Law of*

Declaratory Judgments (4th ed. 2016), at p. 158). It is binding precedent, to be sure, but within the proper limits of the doctrine of *stare decisis*.

[54] I am thus content to read *Ferguson* as a useful figure of speech rather than take what the Court said in literal terms. McLachlin C.J. sought to show, in connection with the dispute as to remedy before the Court in that case, that under s. 52(1), as opposed to s. 24(1) of the *Charter*, the law was unconstitutional *erga omnes* and not on a case-by-case basis. At a technical level, it is true that the explanation for that is rooted in s. 52(1), as other cases have suggested. But ultimately, that effect requires the exercise of judicial power to declare the law to be unconstitutional. And the exercise of that power requires the judge to make a determination of an ordinary question of law: by interpreting the impugned law and the relevant provisions of the Constitution, whether the impugned law is inconsistent with Canada's supreme law. If so, then the law is, of course, of no force or effect for all future cases, insofar as that judicial declaration made under s. 52(1) by a superior court is binding on other courts and within the right confines of the law relating to precedent. Other decisions of this Court that use the language of "striking out" or "striking down" or "severing" statutory text should be understood in a similarly figurative manner, rendering the text merely inoperative pursuant to s. 52(1) as opposed to altering or repealing the text in the literal sense (see *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 94, and *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, at para. 67, cited in Pinard, at pp. 331-34; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 695; Gervais, at p. 530; see also *Windsor (City) v. Canadian Transit*

Co., 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617, at para. 70; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 130, [2016] 1 S.C.R. 13, at para. 15; P. W. Hogg and A. A. Bushell, “The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, at p. 100).

[55] Similarly, the principle from *Martin* that the “invalidity of a legislative provision inconsistent with the *Charter* does not arise from the fact of its being declared unconstitutional by a court, but from the operation of s. 52(1)” must be understood in its entire context (para. 28). *Martin* concerned the ability of administrative tribunals to consider the constitutionality of provisions of their enabling statutes (para. 27). Gonthier J. determined that an administrative tribunal empowered to consider and decide questions of law through its enabling statute must also have the power to determine a provision’s consistency with the *Charter* because its constitutionality is a question of law (K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), at § 6:3). Such a determination is not binding on future decision-makers (paras. 28 and 31). Importantly, Gonthier J. added that only through “obtaining a formal declaration of invalidity by a [superior] court can a litigant establish the general invalidity of a legislative provision for all future cases” (para. 31), a point taken up in later cases of this Court (*Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 153; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257, at paras. 43-44; *Ontario (Attorney General) v. G.*, 2020 SCC 38, at para. 88). In other words, it is the constitutional determination of a superior court judge that binds future decision makers (*R. v. Albashir*, 2021 SCC 48, at paras. 64-65). The inconsistency spoken to in s. 52(1) is revealed through litigation,

specifically the judgment that declares the inoperability of the impugned law. The doctrine of *stare decisis* extends the effect of that judgment beyond the parties to the case, *erga omnes* within the province at least — subject to the limits of the doctrine itself. The issue in these appeals concerns the binding nature of such a judgment, and, in my view, consonant with our jurisprudence, a s. 52(1) declaration establishes unconstitutionality “for all future cases” through the authority of the judgment that makes that declaration. I agree with Paciocco J.A., at para. 34 of the judgment in appeal, that Gonthier J. was not seeking to alter the principles of *stare decisis* in *Martin*.

[56] I add that this explanation does not reduce the declaration to an individual remedy, as some interveners suggest. While it is true that *stare decisis* pertains to the reasons given by a court and a s. 52(1) declaration is a remedy, the reasons explain the status of the impugned law in terms of its consistency with the Constitution. The constitutional status of the law is, as I say, a question of law. The scope of the legal reasoning extends beyond the individual claimant, with effect beyond the parties flowing from the binding character of the judgment as a matter of precedent (*Albashir*, at para. 65). The granting of a personal remedy under s. 24(1), in contrast, is a highly factual exercise, involving the application of law to a specific context — that someone has obtained a s. 24(1) remedy in a case says very little about whether a subsequent claimant is entitled to the same relief (*Ferguson*, at paras. 59-61; *Albashir*, at para. 65).

[57] In other words, in *McCaw*, Spies J. was right to conclude she was not free to ignore prior decisions but, with respect, she arrived at that conclusion for what

appears to be the wrong reason (para. 76). It was right to say that, in considering whether to follow *Dunn*, the court was obliged to consider s. 33.1 as having been declared, by a judge of her court, as unconstitutional. But the result of that declaration was not that s. 33.1 was “off the books” (it remains of course on the books until Parliament chooses to remove it) (para. 76). Spies J. was bound to follow precedent because as a matter of horizontal *stare decisis*, *Dunn* was binding on courts of coordinate jurisdiction in the province as a matter of judicial comity, unless an exception to horizontal *stare decisis* was established. It was true that s. 33.1 was of no force and effect. It was true that the declaration in *Dunn* applied not just to the parties in that case but to all future cases. But, with respect, it was wrong to say that “judicial comity has no relevance to the issue before me” (*McCaw*, at para. 76). If she had concluded that *Dunn* had been rendered *per incuriam* (“through carelessness” or “by inadvertence”), for example, it would not have been binding on the court in *McCaw* based on the ordinary rules of *stare decisis* as interpreted in *Spruce Mills*. Indeed, as suggested by this Court in *Martin*, Spies J. could not apply an invalid law. It is certainly true, as suggested in *Ferguson*, that she had “no discretion” to do so (para. 35). Yet Spies J. was bound, as a matter of precedent, by the prior judgment of a court of coordinate jurisdiction to consider s. 33.1 to be unconstitutional, insofar as the doctrine of horizontal *stare decisis* so required.

[58] By contrast, in Mr. Chan’s case, Boswell J. decided, as a matter of discerning applicable and binding precedent, that *Dunn* did not bind him. While he may have erred in respect of his explanation as to why *Dunn* was not binding, he was right

to consider the matter from the point of view of binding precedent and the doctrine of horizontal *stare decisis*.

[59] I would add — and here I likely part company with the Court of Appeal in the present case — that the same principles apply to judicial declarations made by this Court under s. 52(1). I respectfully disagree with the view that, as the apex court in the Canadian judicial system, the Supreme Court of Canada is invested with a special mandate to strike laws from the books. The judges of this Court are judges, not legislators. If it is true that the declarations of this Court under s. 52(1) have a qualitatively different effect than declarations made by judges of other courts, it is on the basis of vertical *stare decisis* — the idea that other courts are bound to follow precedent set by higher judicial authority — and not because the Constitution has invested the judges of this Court with a power that is in some way non-judicial (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, for a related expression of this same idea).

(3) The Role of Federalism and the Rule of Law

[60] The principle of constitutional supremacy cannot dominate the analysis of s. 52(1) to the exclusion of other constitutional principles. Mr. Sullivan points to the idea that an unconstitutional law is invalid from the moment it is enacted. But the strict enforcement of such a principle “cannot easily be reconciled with modern constitutional law” (*Albashir*, at para. 40). Instead, it is subject to a number of exceptions and s. 52(1) must be read “in light of all constitutional principles” (*Albashir*, at paras. 40 and 42; *G*, at para. 88). In *Albashir*, my colleague Karakatsanis J. explained

that declarations of unconstitutionality are generally retrospective, consistent with the notion that a law is unconstitutional from its enactment. However, other constitutional principles may require a purely prospective declaration of unconstitutionality or a suspended declaration. Similarly, the legal effect of a s. 52(1) declaration by a superior court must be defined with reference to constitutional supremacy, the rule of law, and federalism.

[61] It is often said there are four fundamental organizing precepts of the Constitution: federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law and respect for minorities (see *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 32, 43 and 49). Of particular importance in the context of s. 52(1), the principle of constitutional supremacy must be balanced against federalism and the rule of law (see *Albashir*, at paras. 30 and 34). This point has been neglected by Mr. Sullivan and some of the interveners who argue that a declaration of unconstitutionality has the effect of rendering a law null and void as “against the world” without regard for the territorial limits of the administration of justice within a province. Yet even in *McCaw*, Spies J. understood that effect to be limited to the province (para. 77). Author Mark Mancini acknowledges that this is linked to a proper understanding of s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, which explains that because superior courts operating “within the province” only have powers within the province, courts of one province are not bound by decisions of courts of another province (“Declarations of Invalidity in Superior Courts” (2019), 28:3 *Const. Forum* 31, at p. 35, relying on *Wolf v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 107; see also Gervais, at p. 561; Brun, Tremblay and Brouillet, at para. I.106). I agree.

[62] Federalism prevents a s. 52(1) declaration issued within one province from binding courts throughout the country: indeed, to allow a declaration of unconstitutionality issued by a superior court in British Columbia to bind a superior court, much less an appellate court, in Quebec or Alberta would be wholly inconsistent with our constitutional structure (see, e.g., *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, at para. 70). It cannot be the case that the supremacy clause compels this outcome, through the simple operation of s. 52(1) (see C.A. reasons, at para. 35). I understand this to be a major obstacle to Mr. Sullivan’s argument, not just as a matter of the territorial scope of the effect of s. 52(1) declarations, but in respect of the theoretical basis for arguing why and how they would operate outside the confines of the ordinary rules of *stare decisis*. If the provision of s. 33.1 was truly “off the books” because a s. 52(1) declaration resulted in it being considered null and void, it is hard to explain why — not least from the perspective of the accused in another province — it would be null and void in one part of the country and not another.

[63] The better view is that s. 33.1 is not null and void, but inoperative by reason of a determination of law made by a judge. That determination is binding, within the province, unless there is valid reason to depart from it. The accused is free to make that argument and a court of coordinate jurisdiction is not irretrievably bound by the prior decision within the province. Needless to say, the declaration of unconstitutionality made by a superior court in one province may be followed in another province because it is persuasive (see, e.g., *Parent v. Guimond*, 2016 QCCA 159, at paras. 11 et seq. (CanLII); Brun, Tremblay and Brouillet, at para. I.105). Thus, I reject the arguments

from Mr. Sullivan and the interveners that a s. 52(1) declaration is of such a unique legal character that, once a declaration is issued anywhere in the country, its effect is that the impugned legislation is “no longer in the system” from coast to coast. Instead, a s. 52(1) declaration is the end-result of a judge’s ability to resolve questions of law and should be observed by courts of coordinate jurisdiction within the province as a matter of *stare decisis*: nothing more or less.

[64] It follows there is no supplementary power held by courts when issuing a declaration of unconstitutionality beyond the strictures imposed by the rules of *stare decisis*. Precedent requires judges to examine prior judicial decisions, examine the *ratio decidendi* in order to determine whether the *ratio* is binding or distinguishable and, if binding, whether the precedent must be followed or departed from (see M. Rowe and L. Katz, “A Practical Guide to *Stare Decisis*” (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1, at pp. 8-12; D. Parkes, “Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada” (2006), 32 *Man. L.J.* 135, at p. 141; see also *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 71). Adherence to precedent furthers basic rule of law values such as consistency, certainty, fairness, predictability, and sound judicial administration (*Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245, at para. 137; *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161 (C.A.), at paras. 118-21). It helps ensure judges decide cases based on shared and general norms, rather than personal predilection or intuition (J. Waldron, “Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach” (2012), 111 *Mich. L. Rev.* 1, at pp. 22-23). The rule of law itself

has constitutional status, recognized in the preamble of the *Charter*. It “lie[s] at the root of [Canada’s] system of government” (*Reference re Secession of Quebec*, at paras. 32 and 70).

[65] Horizontal *stare decisis* applies to courts of coordinate jurisdiction within a province, and applies to a ruling on the constitutionality of legislation as it does to any other legal issue decided by a court, if the ruling is binding. While not strictly binding in the same way as vertical *stare decisis*, decisions of the same court should be followed as a matter of judicial comity, as well as for the reasons supporting *stare decisis* generally (Parkes, at p. 158). A constitutional ruling by any court will, of course, bind lower courts through vertical *stare decisis*.

[66] *Stare decisis* brings important benefits to constitutional adjudication that balance predictability and consistency with changing social circumstances and the need for correctness. As Robert J. Sharpe has observed, an incorrect constitutional decision by a court is more difficult to repair and may require legislative intervention (*Good Judgment: Making Judicial Decisions* (2018)). It would be unwise for a single trial judge in a province to bind all other trial judges. It is better to revisit precedent than to allow it to perpetuate an injustice (Sharpe, at pp. 165-68). Were s. 52(1) declarations strictly binding for all future cases, none of these benefits would be realized and our constitutional law would ossify. It is for these reasons that McLachlin C.J. asserted that “*stare decisis* is not a straitjacket that condemns the law to stasis” (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 44). Horizontal *stare*

decisis attempts to balance stability and predictability against correctness and the orderly development of the law.

[67] In the absence of the supporting theory of *stare decisis*, *res judicata* on its own is not a helpful lens through which to analyse s. 52(1) declarations. *Res judicata* estops relitigation of disputed facts and disputed mixed questions of fact and law (B. Garner et al., *The Law of Judicial Precedent* (2016), at p. 374). The formal requirements of the two main branches of *res judicata*, cause of action and issue estoppel, will not be met in cases relitigating the constitutionality of a provision, for the simple reason that the parties will not be the same and neither will the facts. I acknowledge that courts also have inherent ability to prevent an abuse of process, which prevents relitigation of an issue where the strict test for *res judicata* is not met, in order to “[preserve] the integrity of the court’s process” (*Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 42).

[68] *Stare decisis* is the better framework to apply to litigation of constitutional issues, as it better guards against the relitigation of law, whereas *res judicata* guards against the relitigation of facts. First, abuse of process is not confined within a province and applying it to relitigation of the constitutionality of legislation would require a court to consider whether the parties are estopped from arguing the issue because a court in another jurisdiction has already decided on it. Even more remarkably, applying abuse of process to these types of cases would require a court of appeal to consider whether it should hear an appeal where a trial court in another province has already ruled on the

constitutionality of an issue. Second, *stare decisis* and the test from *Spruce Mills* serve as a better guide for trial judges to determine whether to depart from horizontal precedent. At its core, this question relates to the rule of law and judicial comity. Applying abuse of process would unnecessarily confuse this analysis. Finally, courts must adjudicate constitutional issues — applying abuse of process or *res judicata* would prevent a court from even considering new constitutional arguments or issues. This would be unwise and would undermine constitutional supremacy. It would also prevent the courts from adapting to changing social circumstances, a fundamental feature of our constitutional order.

[69] Lastly, I note that some have been critical of the fact that the constitutional status of s. 33.1 has remained unsettled before trial courts across the country more than twenty years after its enactment by reason, in part, of a lack of appeals by the prosecution. Section 33.1 was declared unconstitutional by several trial courts in different provinces and upheld in others over this period. Notwithstanding declarations of unconstitutionality by trial courts, the Crown continued to rely on the provision in subsequent cases. One intervener before us suggested that the Crown must appeal declarations of unconstitutionality at the first opportunity or accept the lower court's conclusion for all future cases. In the legal literature, some have said that it is unacceptable, in respect of federal legislation, for a provision to be unconstitutional in one province and not in another, or for a law to be applied inconsistently within a province because its constitutionality remains unsettled.

[70] While one might well expect the authorities to consider an appeal when faced with conflicting trial decisions relating to a law on which the prosecution continues to rely, I respectfully disagree with the view that the relevant attorney general is bound to appeal declarations of unconstitutionality in criminal matters such as these. It is true that when put on notice that the constitutionality of a provision has been challenged, the attorney general has the “opportunity” to defend the impugned law and appeal a declaration of unconstitutionality where an appeal does lie (*Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3, at para. 19; see also *R. v. McCann*, 2015 ONCA 451, at para. 6 (CanLII)). Yet however desirable uniform treatment of the substantive criminal law might be within or even across provinces, the decision to appeal remains within the discretion of the attorney general, who acts independently in deciding the question, in keeping with its authority to pursue the public interest (see, e.g., M. Rosenberg, “The Attorney General and the Administration of Criminal Justice” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 813, at pp. 819 and 825; K. Roach, “Not Just the Government’s Lawyer: The Attorney General as Defender of the Rule of Law” (2006), 31 *Queen’s L.J.* 598, at pp. 608-10, citing J. Ll. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (1964), at p. 228).

[71] Barring an abuse of that authority, the attorney general is not answerable for the exercise of its discretion in such matters before the courts (*R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at paras. 44 and 46). The attorney general might well choose not to appeal a declaration of unconstitutionality, for example, if it felt that the matter is insufficiently developed in the decided cases for proper consideration by an

appeal court or that a conviction would best be left alone. For example, there was no appeal from the constitutional ruling in *Dunn* notwithstanding an appeal from sentence (see, e.g., *R. v. Dunn* (2002), 156 O.A.C. 27 (C.A.); see also *R. v. Jensen* (2005), 74 O.R. (3d) 561 (C.A.)). That said, unsettled constitutional law, “and the uncertainty and unpredictability that [can] result”, may of course be a matter of serious consequence (*Ferguson*, at para. 72, cited in *Nur*, at para. 91).

[72] Before us, it was argued that the peculiar circumstances of this case highlight that the constitutional status of s. 33.1 remained unsettled for a significant period of time. It is not, of course, the role of this Court to instruct the Attorney General of Canada in the exercise of its prosecutorial discretion or the other tools it has at its disposal in the exercise of its charge. I do note that the Attorney General of Canada itself has written that “the Attorney General may conclude that it is in the public interest to appeal a *Charter* decision to the Supreme Court of Canada in order to allow for a pan-Canadian determination of the legislation’s constitutionality, as well as a pan-Canadian interpretation of the relevant *Charter* right” (Department of Justice Canada, *Principles Guiding the Attorney General of Canada in Charter Litigation* (2017), at p. 10). In making these comments, I acknowledge the constitutional and practical constraints on the office of the attorney general in the pursuit of its role as the “protector of the public interest” in the proper functioning of the criminal justice system (see, e.g., *R. v. Cawthorne*, 2016 SCC 32, [2016] 1 S.C.R. 983, at para. 27-28; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616).

(4) Proper Approach to Horizontal *Stare Decisis*

[73] Horizontal *stare decisis* applies to decisions of the same level of court. The framework that guides the application of horizontal *stare decisis* for superior courts at first instance is found in *Spruce Mills*, described by Wilson J. as follows (at p. 592):

- . . . I will only go against a judgment of another Judge of this Court if:
- (a) Subsequent decisions have affected the validity of the impugned judgment;
 - (b) it is demonstrated that some binding authority in case law, or some relevant statute was not considered;
 - (c) the judgment was unconsidered, a *nisi prius* judgment given in circumstances familiar to all trial Judges, where the exigencies of the trial require an immediate decision without opportunity to fully consult authority.

[74] The *Spruce Mills* criteria have been followed in numerous cases across Canada. However, the analytical framework has, at times, been blurred and the criteria have occasionally been of difficult application. Varying standards have been invoked to define when departure from prior precedent is appropriate. For example, some have held that a prior decision can be ignored if it is “plainly wrong” (*R. v. Green*, 2021 ONSC 2826, at paras. 9 and 24 (CanLII)), when there is “good reason” for doing so (*R. v. Kehler*, 2009 MBPC 29, 242 Man. R. (2d) 4, at para. 42), or in “extraordinary circumstances” (*R. v. Wolverine and Bernard* (1987), 59 Sask. R. 22 (Q.B.), at para. 6). The standards of “plainly wrong”, “good reason”, and “extraordinary circumstances” are qualitative tags susceptible of extending to almost any circumstance and do not provide the same precise guidance that *Spruce Mills* does (see S. Kerwin, “*Stare Decisis* in the B.C. Supreme Court: Revisiting *Hansard Spruce Mills*” (2004), 62

Advocate 541, at p. 543, fn. 33). These terms should no longer be used. In particular, the phrase “plainly wrong” is a subjective term and suggests that a judge may depart from binding precedent if they disagree with it — mere personal disagreement between two judges is not a sufficient basis to depart from binding precedent. The institutional consistency and predictability rationales of *stare decisis* are undermined by standards that enable difference in a single judge’s opinion to determine whether precedent should be followed. It is also not the case that a court can decide a question of law afresh where there are conflicting decisions.

[75] The principle of judicial comity — that judges treat fellow judges’ decisions with courtesy and consideration — as well as the rule of law principles supporting *stare decisis* mean that prior decisions should be followed unless the *Spruce Mills* criteria are met. Correctly stated and applied, the *Spruce Mills* criteria strike the appropriate balance between the competing demands of certainty, correctness and the even-handed development of the law. Trial courts should only depart from binding decisions issued by a court of coordinate jurisdiction in three narrow circumstances:

1. The rationale of an earlier decision has been undermined by subsequent appellate decisions;
2. The earlier decision was reached per incuriam (“through carelessness” or “by inadvertence”); or

3. The earlier decision was not fully considered, e.g. taken in exigent circumstances.

[76] First, a judge need not follow a prior decision where the authority of the prior decision has been undermined by subsequent decisions. This may arise in a situation where a decision has been overruled by, or is necessarily inconsistent with, a decision by a higher court (see Rowe and Katz, at p. 18, citing Kerwin, at p. 542).

[77] Second, a judge can depart from a decision where it was reached without considering a relevant statute or binding authority. In other words, the decision was made *per incuriam*, or by inadvertence, a circumstance generally understood to be “rare” (see, e.g., *The Owners, Strata Plan BCS 4006 v. Jameson House Ventures Ltd.*, 2017 BCSC 1988, 4 B.C.L.R. (6th) 370, at para. 132). The standard to find a decision *per incuriam* is well-known: the court failed to consider some authority such that, had it done so, it would have come to a different decision because the inadvertence is shown to have struck at the essence of the decision. It cannot merely be an instance in which an authority was not mentioned in the reasons; it must be shown that the missing authority affected the judgment (Rowe and Katz, at p. 19).

[78] Third and finally, a judge may depart where the exigencies of the trial required an immediate decision without the opportunity to consult authority fully and thus the decision was not fully considered. An unconsidered judgment is not binding on other judges (Rowe and Katz, at p. 18, citing *Spruce Mills*, at p. 592).

[79] These criteria define when a superior court at first instance may depart from binding judgment issued by a court of coordinate jurisdiction and apply equally to a prior ruling on the constitutionality of legislation. Where, as here, a judge is faced with conflicting authority on the constitutionality of legislation, the judge must follow the most recent authority unless the criteria above are met. In such a situation, the judge must, in determining whether the prior decision was taken *per incuriam*, consider whether the analysis failed to consider a binding authority or statute relevant to the legal question.

[80] To be plain: these criteria do not detract from the narrow circumstances outlined in *Bedford*, at paras. 42-45, describing when a lower court may depart from binding vertical precedent.

[81] I will now turn to whether it was appropriate for the trial judge in Mr. Chan's case to depart from *Dunn* and decide the constitutionality of s. 33.1 afresh.

[82] Application of the doctrine of horizontal *stare decisis* in Mr. Chan's case illustrates how the *Spruce Mills* criteria should work in practice. At the time of Boswell J.'s constitutional ruling, there were four known decisions from the Ontario Superior Court, three of which held that s. 33.1 was unconstitutional. The most recent of these was *Fleming*. *Fleming* relied wholly on *Dunn* and, as a result, it is most appropriate to apply the *Spruce Mills* criteria to *Dunn*.

[83] Boswell J. cited the correct principles from *Spruce Mills* but, respectfully, erred in applying them. First, he concluded that he “[did] not feel constrained to follow one school of thought more than the other” because trial courts across the country had expressed different views on the constitutionality of s. 33.1 (para. 58). The conventions of horizontal *stare decisis* apply within the province and so the trial judge was required to consider the *Spruce Mills* criteria with specific reference to previous rulings within Ontario. The presence of conflicting decisions is not a reason to sidestep the *Spruce Mills* analysis. Second, in the Application to Re-open the Constitutional Challenge, he concluded that *McCaw* — which held that it was bound by *Dunn* — was “plainly wrong” (paras. 14 and 34). The “plainly wrong” standard no longer adequately summarizes the whole of the applicable *Spruce Mills* criteria.

[84] Instead, Boswell J. should have looked to the substance of *Dunn* to determine whether it had been overruled by a higher court, had been decided *per incuriam*, or had been taken in exigent circumstances. That would have revealed that *Dunn* did not engage whatsoever with the earlier Ontario decision in *R. v. Decaire*, [1998] O.J. No. 6339 (QL) (C.J. (Gen. Div.)), that upheld the constitutionality of s. 33.1. Since *Dunn* did not apply the *Spruce Mills* criteria to determine whether it was permissible to depart from *Decaire*, *Dunn* was a decision *per incuriam* and did not need to be followed. The trial judge should have then reviewed the substance of *Decaire* to determine whether that decision should be followed based on the *Spruce Mills* criteria. That would have revealed that *Decaire* considered the appropriate statutes and authorities in reaching the conclusion that s. 33.1 infringed ss. 7 and 11(d) of the

Charter but was upheld under s. 1. There is also no indication that *Decaire* was rendered in exigent circumstances. The trial judge therefore should have followed *Decaire* in the constitutional ruling. Of course, on appeal, the Court of Appeal was not bound to follow *Decaire* or any other first instance superior court decision.

[85] Finally, it bears recalling that *McCaw* was decided shortly after the constitutional ruling in Mr. Chan’s case. The court in *McCaw* did not have the benefit of Boswell J.’s reasons in Mr. Chan’s case for upholding s. 33.1, as the pre-trial constitutional decision had not yet been published while awaiting possible jury deliberations (Application to Re-Open Constitutional Challenge, at para. 9). In circumstances such as this, where a court had no practical way of knowing that the earlier decision existed, the judgment will not bind a subsequent court, unless it has been brought to the court’s attention or the court is otherwise aware of it (see Kerwin, at p. 551).

[86] To summarize, a court is required by the principles of judicial comity and horizontal *stare decisis* to follow a binding prior decision of the same court in the province. A decision may not be binding if it is distinguishable on its facts or the court has no practical way of knowing it existed. If it is binding, a trial court may only depart if one or more of the *Spruce Mills* exceptions apply.

[87] I will now turn to Mr. Chan’s cross-appeal.

B. *Is There Jurisdiction to Hear Mr. Chan’s Cross-Appeal?*

[88] Mr. Chan argued in his application for leave to cross-appeal that s. 695 of the *Criminal Code* provides this Court with the jurisdiction to hear his cross-appeal, which allows it to make any order that a court of appeal “might have made”. He points to *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215, where this Court granted leave to an accused’s cross-appeal and entered an acquittal in place of a new trial. I disagree. In my view, his application for leave to cross-appeal should be quashed for want of jurisdiction.

[89] Sections 691 and 692 of the *Criminal Code* set out the jurisdiction of this Court to hear criminal appeals brought by criminal accused. An accused may appeal where their conviction for an indictable offence has been confirmed by the Court of Appeal (s. 691(1)) or where acquittal at trial has been set aside by the Court of Appeal (s. 691(2)). Sections 691(1) and (2), along with s. 692 (which has no bearing on this case), represent the whole of an accused’s express statutory right to appeal when their conviction has been affirmed or their acquittal set aside by a Court of Appeal. In circumstances like those of Mr. Chan, where an accused, having been convicted of an indictable offence at trial, is granted a new trial, s. 691 does not provide a route of appeal to this Court.

[90] There is no other statutory route for Mr. Chan to appeal the Court of Appeal’s order of a new trial. Section 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, which does give this Court jurisdiction to hear an appeal of a final order of a

Court of Appeal, cannot ground jurisdiction for a cross-appeal by Mr. Chan because s. 40(3) precludes it:

(3) No appeal to the Court lies under this section from the judgment of any court acquitting or convicting or *setting aside* or affirming *a conviction* or acquittal of an indictable offence or, except in respect of a question of law or jurisdiction, of an offence other than an indictable offence.

In other words, where a person is convicted of an indictable offence but subsequently has that conviction set aside, there is no right of appeal to this Court under s. 40 (see *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, at para. 18). The combined effect of s. 40(3) and ss. 691 and 692 “excludes many criminal appeals from the ambit of s. 40(1)” (*R. v. Shea*, 2010 SCC 26, [2010] 2 S.C.R. 17, at para. 3, per Cromwell J.).

[91] Respectfully, *J.F.* does not assist Mr. Chan. The parties in *J.F.* did not make submissions on whether the accused in that case had jurisdiction to cross-appeal. Where a case is heard but jurisdiction is not discussed, the case is not an authority that the Court has jurisdiction (*Saumur v. Recorder’s Court (Quebec)*, [1947] S.C.R. 492, at pp. 497-98). It is well understood that this Court’s jurisdiction is statutory — a prior decision of this Court which did not address jurisdiction cannot displace clear statutory language (*Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53).

[92] During oral argument, counsel for Mr. Chan also referred the Court to *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579. In that case, the Court held that the British Columbia Court of Appeal did not have jurisdiction to order a limited new trial on the issue of not

criminally responsible on account of mental disorder because it would have restricted the accused's right to control his defence. This Court ordered a full new trial instead. *Warsing* is distinguishable here because it did not substitute an order for a new trial for an acquittal — it maintained the same order but varied the scope of the new trial. On the specific question of whether this Court has jurisdiction to hear a cross-appeal, *Warsing* is also distinguishable on the basis that no cross-appeal was filed. It was appropriate for the Court to rely on s. 695(1) in that case because it had jurisdiction to hear the appeal and it was merely varying the order which the Court of Appeal ought to have made. As s. 695(1) provides, this Court “may, on an appeal under this Part, make any order that the court of appeal might have made and may make any rule or order that is necessary to give effect to its judgment”.

C. *Disposition of the Appeals*

(1) Mr. Chan

[93] Given the lack of jurisdiction to substitute an acquittal, it would be unwise to comment further on the substance of Mr. Chan's application to cross-appeal. Since this Court has held that s. 33.1 is unconstitutional and of no force or effect in *Brown*, Mr. Chan may avail himself of the defence of non-mental disorder automatism, should it be applicable on the facts. He will have the opportunity to lead evidence in that regard.

[94] Counsel for Mr. Chan submitted in oral argument that a stay of proceedings is warranted if there is no jurisdiction to hear the cross-appeal (transcript, at p. 154). If a retrial occurs, Mr. Chan argued, the Crown will very likely take the position that Mr. Chan is not criminally responsible by reason of a mental disorder — a position the prosecution forcefully opposed at his first trial. The evidence he led at his first trial to support the finding that he was not criminally responsible under s. 16, including highly personal evidence of his concussions, learning disabilities, and depression, would be used against him in his retrial. He argues that it is fundamentally unfair.

[95] Assuming without deciding that a stay could be ordered in such circumstances, I would decline to do so here. There is an insufficient record before the Court to order a stay of proceedings. I am unable to conclude, based on the nature of the proceedings below, that a stay is warranted. I hasten to add that a future trial judge may find otherwise if the evidence put forward and the nature of the proceedings warrant. A stay of proceedings may only be granted in the “clearest of cases”, where prejudice to an accused’s rights or to the judicial system is irreparable and cannot be remedied (*R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at para. 52; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 31, both quoting *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at paras. 68 and 82). The test for a stay has three components: 1) there must be prejudice to an accused’s fair trial right or to the integrity of the justice system that will be perpetuated or aggravated through a trial or its outcome; 2) there must be no alternative remedy capable of remedying the prejudice; 3) where it is unclear whether a stay is warranted after the first two steps, the court must balance the interests in favour of a

stay against the interest that society has in having a final decision on the merits (*Babos*, at para. 32).

[96] Mr. Chan's arguments with respect to the prejudice he might suffer relate to a future trial, not the proceedings below. I am unable to conclude, on the record before the Court, that Mr. Chan's right to a fair trial has been prejudiced. A trial judge is best positioned to determine whether such prejudice arises in the future and, if it does, what the appropriate remedy may be (*O'Connor*, at paras. 68 and 82). For example, a trial judge would be capable of excluding evidence if the Crown sought to marshal it in a prejudicial manner.

[97] I add that it remains an open question whether it would be in the public interest to proceed with Mr. Chan's prosecution again, or whether there is a reasonable prospect of conviction. This case is, to use the words of the trial judge, a tragic case with a tragic result. It is also true that Mr. Chan has been charged with serious violent crimes. The final decision on how to proceed rests with the Crown and in my view, this Court is not best placed to consider the matter further.

(2) Mr. Sullivan

[98] The trial judge found that Mr. Sullivan was acting involuntarily when he attacked his mother. The common law compels an acquittal in such an instance. He was nevertheless found guilty, due to the operation of s. 33.1. The Court of Appeal declared that s. 33.1 is of no force or effect, set aside the conviction, and substituted an acquittal.

As I concluded in *Brown*, the Court of Appeal was correct that s. 33.1 is unconstitutional. Mr. Sullivan established at trial that he was intoxicated to the point of automatism owing to his Wellbutrin overdose. Given that s. 33.1 is of no force or effect, I would confirm the conclusion of the Court of Appeal that Mr. Sullivan is entitled to acquittals.

VI. Conclusion

[99] I would dismiss the appeals. The application for leave to cross-appeal by Mr. Chan should be quashed for want of jurisdiction. In the result, I would confirm Mr. Sullivan's acquittals and the order of a new trial for Mr. Chan.

Appeals dismissed and application for leave to cross-appeal quashed.

Solicitor for the appellant/respondent on application for leave to cross-appeal: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent David Sullivan: Ruby Shiller Enenajor DiGiuseppe, Toronto.

Solicitors for the respondent/applicant on application for leave to cross-appeal Thomas Chan: Henein Hutchison, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Torys, Toronto; University of Ottawa, Faculty of Law, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health: Martell Defence, Toronto; Anita Szigeti Advocates, Toronto; McKay Ferg, Calgary.

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario):
Rosen & Company, Toronto; Brauti Thorning, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association:
Neubauer Law, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action
Fund Inc.: Megan Stephens Law, Toronto; WeirFoulds, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Advocates for the Rule of Law: McCarthy
Tétrault, Vancouver; Jordan Honickman Barristers, Toronto.*

Tab 7

COURT OF APPEAL OF YUKON

Citation: *Yukon (Government of) v. Yukon Zinc Corporation*,
2021 YKCA 2

Date: 20210305

Dockets: 20-YU865; 20-YU866; 20-YU867; 20-YU868

Docket: 20-YU865

Between:

**Government of Yukon, as represented by the
Minister of the Department of Energy, Mines and Resources**

Appellant
(Petitioner)

And

Yukon Zinc Corporation

Respondent
(Respondent)

And

Welichem Research General Partnership

Respondent

- and -

Dockets: 20-YU866; 20-YU867; 20-YU868

Between:

**Government of Yukon, as represented by the
Minister of the Department of Energy, Mines and Resources**

Respondent
(Petitioner)

And

Yukon Zinc Corporation

Respondent
(Respondent)

And

Welichem Research General Partnership

Appellant

Corrected Judgment: The text of the judgment was corrected at paragraph 144 on May 10, 2021.

Before: The Honourable Mr. Justice Tysoe
The Honourable Madam Justice MacKenzie
The Honourable Mr. Justice Lyons

On appeal from: Orders of the Supreme Court of Yukon, dated May 26, 2020 (*Yukon (Government of) v. Yukon Zinc Corporation*, 2020 YKSC 15; 2020 YKSC 16; and 2020 YKSC 17, Whitehorse Docket 19-A0067).

Counsel for the Government of Yukon, as represented by the Minister of the Department of Energy, Mines and Resources
(via videoconference):

J.T. Porter
L.A. Henderson

Counsel for Welichem Research General Partnership
(via videoconference):

H.L. Williams
M. Sassi
F.D. Finn

Counsel for the Receiver, PricewaterhouseCoopers Inc.
(via videoconference):

J.R. Sandrelli
T.R.M. Jeffries
E.T.T.Y. Newbery

Place and Date of Hearing:

Vancouver, British Columbia
November 17 and 18, 2020

Place and Date of Judgment:

Vancouver, British Columbia
March 5, 2021

Written Reasons by:

The Honourable Mr. Justice Tysoe

Concurred in by:

The Honourable Madam Justice MacKenzie
The Honourable Mr. Justice Lyons

Summary:

These appeals relate to four orders arising from a proceeding in which the Government of Yukon (the “Government”) petitioned Yukon Zinc Corporation (the “Debtor”) into receivership. The Government appeals the order that it does not have a provable claim in bankruptcy with respect to the costs of remedying environmental damage. Welichem Research General Partnership, the Debtor’s primary secured creditor and the lessor of certain mining equipment, has three appeals. First, it appeals the provision in the order granting the Government security over the Debtor’s mineral claims. Second, it appeals the order dismissing its application for an order that a notice given by the receiver to disclaim the equipment lease was a nullity. Third, it appeals the order that certain of the leased items are subject to the receiver’s charge and challenges the approval of the receiver’s solicitation plan.

Held: Appeals allowed in part. The Government does not have a provable claim or contingent provable claim in bankruptcy. Mineral claims are an interest in real property, not real property, and thus the judge erred in including the mineral claims in the Government’s charge over the Debtor’s real property. The equipment lease was disclaimed in its entirety, and the receiver’s purported appropriation of certain leased items is of no force or effect. As the leased items belong to Welichem, not the Debtor, the judge erred in extending the receiver’s charge over the leased items. It is appropriate for the receiver to consider a bidder’s ability to obtain regulatory approvals in assessing their bids, and the judge did not err in approving the solicitation plan.

Table of Contents	Paragraph
INTRODUCTION	[1]
BACKGROUND	[6]
THE APPLICATIONS	[24]
REASONS OF THE CHAMBERS JUDGE	[28]
(a) Government Application Reasons (Appeal Nos. 20-YU865 and 20-YU867)	[28]
(b) Disclaimer Reasons (Appeal No. 20-YU866)	[33]
(c) Receiver Application Reasons (Appeal 20-YU868)	[38]
(d) Supplementary Reasons for Judgment	[44]
DISCUSSION	[50]
(a) Government's Application (Appeal No. 20-YU865)	[50]
i) Obligation to Provide Unfurnished Reclamation Security	[54]
ii) Contingent Claim for Remediation Costs	[70]
iii) Secured Claim under Section 14.06(7) of the <i>BIA</i>	[77]
iv) Disposition	[85]
(b) Mineral Claims (Appeal No. 20-YU867)	[86]
(c) Disclaimer of Master Lease (Appeal No. 20-YU866)	[99]
(d) Receiver's Application (Appeal No. 20-YU868)	[145]
i) Receiver's Charges	[147]
ii) Solicitation Plan	[153]
iii) Disposition	[159]
CONCLUSION	[160]

Reasons for Judgment of the Honourable Mr. Justice Tysoe:

Introduction

[1] These appeals relate to four orders dated May 26, 2020, in a proceeding in which the Government of Yukon (the “Government”) had successfully petitioned the court to appoint PricewaterhouseCoopers Inc. as the receiver (the “Receiver”) of all of the assets, undertakings and property of Yukon Zinc Corporation (the “Debtor”).

[2] The Government appeals the order made pursuant to its application that it does not have a provable claim in the bankruptcy of the Debtor until it incurs costs related to remedying the environmental damage affecting the Debtor’s real property. In particular, the Government appeals the holdings that it does not have a provable claim in respect of the Debtor’s obligation to post security pursuant to the *Quartz Mining Act*, S.Y. 2003, c. 14 [*Mining Act*], and that it does not have a contingent claim in respect of remediation costs.

[3] Welichem Research General Partnership (“Welichem”) has three appeals. First, it appeals the provision in the order made pursuant to the Government’s application that the security given to the Government for remediation costs by s. 14.06(7) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 [*BIA*], on the real property of the Debtor includes the Debtor’s mineral claims.

[4] Second, Welichem appeals the dismissal of its application for orders that a notice to lessor to disclaim or resiliate equipment lease given by the Receiver was a nullity and that the Receiver had affirmed the equipment lease.

[5] Third, Welichem appeals two aspects of an order made on application by the Receiver. The first aspect was an order making certain assets, referred to as the “Essential Master Lease Items”, subject to the secured charge given to the Receiver for its fees, disbursements and borrowings. The second aspect was an order approving a sale and investment solicitation plan developed by the Receiver (the “Solicitation Plan”).

Background

[6] The Debtor was incorporated in British Columbia and registered to carry on business in the Yukon Territory. Its principal asset is a zinc-silver-lead mine known as the Wolverine Mine located in the Yukon Territory (the “Mine”). It holds 2,945 quartz mineral claims, a quartz mining license issued under the *Mining Act* and a water licence issued under the *Waters Act*, S.Y. 2003, c. 19.

[7] Under s. 139 of the *Mining Act*, the Minister of the Department of Energy, Mines and Resources (the “Minister”) may require a licensee to furnish security for adverse environmental effects from the licensee’s activities. When its license was issued, the Debtor was required to furnish security in the amount of \$1,780,000, and the amount of required security was subsequently increased from time to time (the “Reclamation Security”).

[8] The Debtor performed exploration and developmental activities between 2008 and 2011, and the Mine commenced commercial production in March 2012. The estimated life of the Mine was nine years, but it only operated for approximately three years before it was put into care and maintenance in January 2015 when the Debtor encountered financial difficulties as a result of a downturn in metal prices.

[9] In March 2015, the Debtor made a filing in the Supreme Court of British Columbia pursuant to the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 [CCAA]. It successfully reorganized its financial obligations pursuant to the CCAA in October 2015 with funds provided by its sole shareholder. As part of the CCAA reorganization, the Minister was provided with the shortfall of slightly less than \$3 million in the amount of the Reclamation Security, bringing it to a total of \$10,588,966. The Debtor had been charged with two counts under the *Mining Act* for its failure to furnish the full amount of the Reclamation Security, and it was fined \$5,000 in respect of each count in November 2015.

[10] The Debtor's shareholder did not provide it with the further funds required to operate the Mine, which remained in care and maintenance. The Debtor employed only four persons at the Mine to provide monitoring and maintenance services. Attempts to sell the Mine were not successful.

[11] In 2017, the underground portion of the Mine flooded, and contaminated water was diverted to the tailings storage facility. No water treatment was available, and the situation created a risk of untreated water being released into the environment.

[12] The Government became more involved in the Mine as a result of the flooding, and it inspected the Mine on a more frequent basis. The Government revised the Mine's reclamation and closure plan, and recalculated the amount of the Reclamation Security it required. In May 2018, the Debtor was notified that it was required to provide Reclamation Security in the amount of \$35,548,650, an increase of approximately \$25 million. None of this increased amount has been provided by the Debtor (the "Unfurnished Reclamation Security").

[13] In May, July and August of 2018, the Debtor received loans from Welichem in the amounts of \$1,000,000, \$1,000,000 and \$6,550,000 on the security of general security agreements covering all of its assets. In September 2018, the Debtor used \$5,060,000 of the loan proceeds (plus \$27,000 for interest) to exercise a purchase option under a lease with Maynbridge Capital Inc. pursuant to which Maynbridge had leased to the Debtor the equipment used in the Mine. The Debtor then sold all of this equipment for the same amount to Welichem which, in turn, leased the equipment back to the Debtor under a master lease agreement (the "Master Lease") with payments of \$110,688 a month.

[14] As a result of the deteriorating environmental conditions at the Mine, the Government began using the Reclamation Security to deal with the influx of contaminated water in the tailings storage facility. As of July 15, 2019, \$635,758.14 of the Reclamation Security had been used by the Government.

[15] In July 2019, the Government commenced a petition proceeding for the appointment of a receiver of the Debtor’s property. On July 31, 2019, the day before the scheduled hearing of the Government’s petition, the Debtor filed a notice of intention to make a proposal in British Columbia under s. 50.4(1) of the *BIA*, with Alvarez & Marsal Canada Inc. named as the proposal trustee. The filing of the notice created an automatic stay of proceedings in respect of the Debtor pursuant to s. 69(1) of the *BIA*. In reasons for judgment dated August 7, 2019, and indexed as 2019 YKSC 39, the chambers judge held that the Supreme Court of Yukon had jurisdiction to lift the stay of proceedings, and she did lift it to allow the hearing of the Government’s petition to proceed.

[16] The Government’s petition was heard on September 13, 2019, and the chambers judge appointed the Receiver as receiver of all of the assets, undertakings and property of the Debtor. Paragraph 3 of the order appointing the Receiver (the “Receivership Order”) set out the powers given to the Receiver, which included the following:

- (c) to manage, operate and carry on the business of the Debtor, including the powers to enter into any agreements, incur any obligations in the ordinary course of business, cease to carry on all or any part of the business, or cease to perform any contracts of the Debtor;

* * *

- (i) to undertake environmental or workers’ health and safety assessments of the Property and operations of the Debtor;

* * *

- (p) to apply for any permits, licences, approvals or permissions as may be required by any governmental authority and any renewals thereof for and on behalf of and, if considered necessary or appropriate by the Receiver, in the name of the Debtor;

* * *

- (s) to the extent authorized and approved by Yukon, to carry out care and maintenance activities with respect to the Mine and to take any steps reasonably incidental to the exercise of these powers or the performance of any statutory obligations; and

- (t) to take any steps reasonably incidental to the exercise of these powers or the performance of any statutory obligations,

...

[17] The Receivership Order also created charges as security for the Receiver's fees and disbursements, and borrowings by the Receiver up to the principal amount of \$3,000,000 plus interest (the "Receiver's Charges"). The Receiver's Charges were fixed and specific charges against the assets, properties and undertakings of the Debtor ranking in priority subordinate to all valid security interests, trusts, liens, charges and encumbrances. The Receiver has borrowed funds from the Government, which has utilized the Reclamation Security for that purpose. As of January 15, 2020, the Government had expended or loaned the aggregate of \$5,582,411 from the Reclamation Security, leaving a balance of \$5,006,555.

[18] No proposal was filed within the time period stipulated in the *BIA* and, pursuant to s. 50.4(8) of the *BIA*, the Debtor was deemed to have made an assignment into bankruptcy. On October 11, 2019, the Supreme Court of British Columbia granted an order substituting PricewaterhouseCoopers Inc. as the trustee in bankruptcy in place of Alvarez & Marsal Canada Inc.

[19] Upon being appointed, the Receiver assumed responsibility for the care and maintenance of the Mine and rectified the majority of the initial deficiencies in the care and maintenance program. It worked with contractors engaged by the Government to deal with water treatment at the tailings storage facility, and it engaged a contractor to carry out environmental monitoring.

[20] The Receiver also made an assessment of the Debtor's assets, including the items leased to it under the Master Lease. The Receiver identified 79 of these items as being required for the essential care and maintenance at the Mine (the "Essential Lease Items"), including heavy equipment, motor vehicles, power generators, fuel storage, staff accommodation and pipes and pumps required for water treatment. The Debtor's equipment had not been properly maintained since 2015, and the Receiver took steps to bring essential heavy equipment up to minimum operating standards. As of December 31, 2019, the Receiver had expended approximately \$200,000 for these repairs.

[21] The Receiver met with Welichem to discuss the short-term rental of the Essential Lease Items. As detailed in its second report to the court, the Receiver advised Welichem that: (a) the monthly lease payments of \$110,688 were not appropriate because many of the leased items were unusable or in poor condition; (b) the insurance required by the Master Lease, estimated to be approximately \$150,000 was similarly inappropriate; and (c) the obligation under the Master Lease for the lessee to pay for the transport of the leased items to any location at Welichem’s discretion at the end of the lease represented a significant cost that was contrary to the best interests of stakeholders.

[22] As a result of these concerns and the inability to negotiate a new rental arrangement with Welichem, the Receiver sent a notice to Welichem on or about November 8, 2019. The notice was entitled “Notice to Lessor to Disclaim or Resiliate Equipment Lease” (the “Disclaimer Notice”). The main operative paragraph of the Disclaimer Notice reads as follows:

4. Pursuant to the Receivership Order, the Receiver hereby gives you notice of its intention to disclaim or resiliate the following agreement:

Master Lease Agreement (the “**Master Lease Agreement**”), dated September 3, 2018, between Welichem Research General Partnership (as lessor) and YZC (as lessee)

except, however that the lessee’s right to use the equipment and other items described in Schedule “A” to this Notice of Disclaimer shall survive the disclaimer of the Master Lease Agreement.

For greater clarity, all obligations of YZC pursuant to the Master Lease are hereby exlaimed except, however, that the Receiver shall retain the right to use the equipment and other items described in Schedule “A” for the monthly rent of \$13,500 (plus applicable taxes), as the only compensation to be required from the Receiver to you for the use of such equipment and other items.

[Emphasis in original.]

The Receiver explained in its second report to the court that it arrived at the figure of \$13,500 as being a reasonable rental rate by computing a pro-rated amount of the monthly rental rate under the Master Lease according to the number and value of the Essential Lease Items in comparison to the number and value of all of the items leased under the Master Lease.

[23] The Receiver developed the Solicitation Plan for approval by the court. It was proposed in the Solicitation Plan that the Receiver would evaluate purchase bids on the basis of a number of factors, including several factors in relation to the bidder's environmental expertise and ability to obtain regulatory approval.

The Applications

[24] The Government, Welichem and the Receiver each brought applications that were heard at the same time by the chambers judge.

[25] The Government's application was for the following declarations:

- a) the Government has a provable claim in the bankruptcy of the Debtor in the amount of \$35,548,650 for the costs of remedying the environmental damage affecting the Debtor's real property; and
- b) the Government's claim is secured in the manner described in s. 14.06(7) of the *BIA*.

[26] Welichem's application was for an order that (a) the Disclaimer Notice was a nullity, and (b) the Receiver affirmed the Master Lease and was required to pay the full lease payments to Welichem from the date of the Receiver's appointment.

[27] The Receiver's application was for:

- a) an order elevating the priority of the Receiver's Charges so that they would rank in priority to all security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, but still subordinate to the charges set out in ss. 14.06(7), 81.4(4) and 81.6(2) of the *BIA*;
- b) an order approving the Solicitation Plan; and
- c) directions from the court regarding whether the items covered by the Master Lease could be included in the property being offered for sale and, if so, whether those items were subject to the security of the Government pursuant to s. 14.06(7) of the *BIA*.

Reasons of the Chambers Judge

(a) Government Application Reasons (Appeal Nos. 20-YU865 and 20-YU867)

[28] In reasons for judgment indexed as 2020 YKSC 15 (the “Government Application Reasons”), the chambers judge first considered whether the Government had a provable claim in bankruptcy as a result of the failure of the Debtor to provide the Unfurnished Reclamation Security. She first tentatively concluded that the obligation to provide the Unfurnished Reclamation Security was not a provable claim because it was secondary in nature and it was not an obligation recoverable by legal process.

[29] The judge then considered whether this tentative conclusion was affected by the reasoning of the Supreme Court of Canada in *Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67 [*Abitibi*], which involved a determination of whether future remediation costs were a provable claim under the CCAA on the basis of being a contingent claim. The judge held that *Abitibi* did not affect her conclusion because the third prong of the test set out in *Abitibi* (i.e., it must be possible to attach a monetary value to the obligation) had not been met. It was her view that it was not sufficiently certain that the Government would be performing remediation work as a result of the potential of a sale of the Mine.

[30] The judge did not specifically address the Government’s alternate argument that it had a provable contingent claim for remediation costs (as opposed to a provable claim for the Unfurnished Reclamation Security). She did, however, implicitly reject the argument with her conclusion that the third prong of the *Abitibi* test had not been satisfied.

[31] The judge then turned to a consideration of the security provided for environmental remediation costs by s. 14.06(7) of the *BIA*. She concluded that s. 14.06(7) applied once the Government had incurred remediation costs and that the claim for remediation costs was not an unsecured claim as had been asserted by the Debtor’s sole shareholder.

[32] Finally, the judge considered the issue of whether the term “real property” used in s. 14.06(7) included mineral claims such that the Government’s security under that section would extend to mineral claims. Following three earlier decisions of the Supreme Court of Yukon, she held that the mineral claims constituted real property subject to the security in favour of the Government.

(b) Disclaimer Reasons (Appeal No. 20-YU866)

[33] In her reasons for judgment, which are indexed as 2020 YKSC 16 (the “Disclaimer Reasons”), the chambers judge began her analysis by reviewing the law generally in relation to a receiver’s ability to disclaim contracts and the duties of receivers. She accepted that there was no legal authority allowing a receiver to partially disclaim a contract.

[34] The judge reviewed the Receivership Order, and rejected Welichem’s argument that clause (c) of paragraph 3 (which set out the powers of the Receiver) supported the view that the Receiver had only a binary choice to either disclaim or affirm the Master Lease. She was of the view that this ignored the powers contained in clauses (i), (p), (s) and (t) of paragraph 3. She concluded that the Receiver’s general powers under the Receivership Order to protect and preserve the Property (as defined in the Receivership Order) gave the Receiver the power to use the Essential Lease Items.

[35] The judge turned to a consideration of statutory powers and, in particular, s. 243(1) of the *BIA*. She concluded that the phrase “take any other action that the court considers advisable” in clause (c) of that section provided authority to allow the Receiver to use the Essential Lease Items for the purposes of the care and maintenance of the Mine and environmental remediation. She further stated that this conclusion also flowed from the wording of s. 26 of the *Judicature Act*, R.S.Y. 2002, c. 128, which empowers the court to appoint a receiver “on any terms and conditions the Court thinks just”.

[36] The judge then considered whether the Receiver acted in compliance with its duties. She expressed the view that the Receiver had not acted arbitrarily and had acted in a commercially responsible manner in exercising its duty to maximize value for all of the stakeholders. In the same section of the Disclaimer Reasons, the judge quoted the following passage from Frank Bennett, *Bennett on Receiverships*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 2011) at 436:

In the proper case, the receiver may move before the court for an order to break **or vary** an onerous or material contract including a lease of premises or an equipment lease where the payments are significant. ... [T]he receiver must act reasonably and exercise good business sense.

[Emphasis added in the Disclaimer Reasons.]

The judge stated her view that this passage provided general support for the Receiver's appropriate exercise of authority under s. 243(1) to use the Essential Lease Items.

[37] Finally, the judge held that the Receiver had not affirmed the Master Lease because it would be absurd for the Receiver to be required to pay the full amount of the \$110,000 monthly lease payment for the use of only 79 of the 572 leased items after having spent over \$200,000 in repairs on those 79 items.

(c) Receiver Application Reasons (Appeal 20-YU868)

[38] In her reasons indexed as 2020 YKSC 17 (the "Receiver Application Reasons"), the judge dealt with two of the three matters requested in the notice of application; namely, the elevation of the priority of the Receiver's Charges and the approval of the Solicitation Plan.

[39] The judge dealt first with the aspect of the application to elevate the priority of the Receiver's Charges. She made reference to s. 243(6) of the *BIA*, which authorizes the court to create a charge for a receiver's fees and disbursements. She then reviewed *Robert F. Kowal Investments Ltd. et al. v. Deeder Electric Ltd.* (1975), 9 O.R. (2d) 84 (C.A.) [*Kowal*], the leading authority on the issue of elevating a receiver's charge in priority to secured creditors. *Kowal* created three exceptions to

the general rule that the costs and expenses of a receiver do not have priority over existing security interests.

[40] The judge relied on the second *Kowal* exception (i.e., the receiver was appointed to preserve and realize the assets for the benefit of all interested parties) to elevate the Receiver's Charges on the Debtor's property in priority over Welichem and other secured creditors. She also relied on the second *Kowal* exception to elevate the Receiver's Charges on the Essential Lease Items in priority to Welichem. The judge added that, if she were incorrect, she would have held that the third *Kowal* exception (i.e., necessary preservation and improvement) applied to the extent that the Receiver would be entitled to a priority charge for the amounts it spent on the Essential Lease Items for repairs and monthly lease payments.

[41] Welichem did not oppose the general proposal of the Receiver to solicit investment or buyers for the Mine but objected to the factors set out in the Solicitation Plan for consideration in the assessment of any bids received by the Receiver. Welichem complained that the factors imported the regulatory process into the Solicitation Plan.

[42] The judge approved the Solicitation Plan without changing any of the factors for evaluating bids. She did not consider that the Government would have inappropriate influence in the solicitation process, and she was of the view that the Receiver was acting responsibly in consulting the Government.

[43] In the Receiver Application Reasons, the judge did not deal with the issue of whether the Receiver's Charges should attach to the balance of the items covered by the Master Lease (the "Non-Essential Lease Items") or with the Receiver's request for directions with respect to the issue of whether the Non-Essential Lease Items could be included in the property being offered for sale. She referred to a request for further written submissions, which she elaborated upon in her reasons for judgment indexed as 2020 YKSC 18 dealing with an application by the Receiver for an increase in its borrowing charge from \$3 million to \$7.5 million (which was granted). The issues on which she requested further submissions were: (a) whether

the true lease/financing lease dichotomy has relevance to the consideration of whether the items covered by the Master Lease could be considered the property of the Debtor; and (b) whether the items covered by the Master Lease are fixtures.

(d) Supplementary Reasons for Judgment

[44] The judge issued two sets of supplementary reasons for judgment after she received the written submissions she had requested. The orders flowing from these reasons are not the subject matter of these appeals, but one of the sets of reasons does touch on one of the issues under appeal. In addition, the reasons complete the backdrop of these appeals.

[45] The first set of supplementary reasons, indexed as 2020 YKSC 25, dealt with the issue of whether the items covered by the Master Lease could be included in the property being offered for sale. The judge first held that the issue of whether the Master Lease could be properly characterized as a financing lease was not relevant to this issue because the Receiver did not have the ability to avail itself of the remedy contained in s. 57(2)(a) of the *Personal Property Security Act*, R.S.Y. 2002, c. 169, of disposing of collateral by public sale.

[46] The judge then turned to the issue of whether the items covered by the Master Lease could be included in the property being offered for sale on the basis that they are fixtures and could be treated as part of the Debtor's property. She concluded that there was an argument the items were constructive fixtures even if they were not affixed to the land but that she required further evidence in order to decide the issue.

[47] The judge's second set of supplementary reasons, indexed at 2020 YKSC 26, dealt with the issue of whether the Receiver's borrowing charge should be elevated over Welichem on the Non-Essential Lease Items after consideration of the further submissions regarding financing leases and fixtures.

[48] At para. 6 of the second set of supplementary reasons, the judge stated that she did not specifically address in the Receiver Application Reasons how the property of the Debtor included the Essential Lease Items under s. 243(6) of the *BIA* in view of the fact that the Master Lease contained a reservation of title in Welichem. She then stated that s. 243(1) of the *BIA* (and s. 26 of the *Judicature Act*), as she had explained them in the Disclaimer Reasons, allowed the court to make the Essential Lease Items subject to the priority charges of the Receiver.

[49] The judge concluded that none of the *Kowal* exceptions applied to the Non-Essential Lease Items. Next, she reiterated her view that, without more evidence, she was unable to find that the Master Lease items were fixtures. Finally, she ruled that, as she had found in her first set of supplementary reasons that the remedies set out in the *Personal Property Security Act* do not help the Receiver, the true lease/financing lease characterization had no relevance to the issue before her. As a result, unless additional evidence established that the Non-Essential Lease Items were fixtures, the Receiver's borrowing charge could not be elevated in priority over them.

Discussion

(a) Government's Application (Appeal No. 20-YU865)

[50] I will deal with the declarations sought by the Government under this heading, and I will address the issue of whether the Government's security under s. 14.06(7) of the *BIA* charges the mineral claims under the next main heading because it is the subject matter of Appeal No. 20-YU867 (Mineral Claims).

[51] Before analyzing the grounds of appeal, I wish to make an observation with respect to the Government's application for a declaration that it has a provable claim in bankruptcy. I have reservations as to whether the Supreme Court of Yukon had the jurisdiction to make such a declaration. Section 124 of the *BIA* makes provision for the filing of proofs of claims in bankruptcy matters with the trustee in bankruptcy. Section 135(1) provides that the trustee in bankruptcy is to examine proofs of claim and s. 135(1.1) specifically provides that the trustee in bankruptcy must determine

whether a contingent claim or an unliquidated claim is a provable claim and, if it is, the trustee is tasked with the responsibility of valuing it. If the party filing the proof of claim is dissatisfied with the trustee's determination, it has 30 days to appeal to the court. In the present case, that court would presumably be the British Columbia Supreme Court.

[52] This is not a situation like existed in *Abitibi*, where the proceedings were under the CCAA. The CCAA authorizes the court to make any order it considers appropriate in the circumstances (s. 11), including making orders as to whether a person has a "claim" as that term is defined in s. 2 of the CCAA.

[53] When this point was raised at the hearing of the appeal, counsel advised that they agreed to have the status of the Government's claim determined in the receivership action as a matter of convenience. As no submissions were made as to the jurisdiction of the Supreme Court of Yukon, this Court will not make any determination on the issue. I mention the point so that these reasons for judgment will not be regarded as a considered precedent on the jurisdiction of a court which appoints a receiver to determine whether claims are provable in bankruptcy when there is a bankruptcy over which another court has jurisdiction.

i) Obligation to Provide Unfurnished Reclamation Security

[54] The judge's first ruling was that the obligation of the Debtor to provide the Unfurnished Reclamation Security was not a claim provable in bankruptcy. The Government says the judge erred in making this ruling on the basis that the requirement to provide the Unfurnished Reclamation Security was a secondary obligation and was not recoverable by legal process. The Government also says the judge erred in finding that the obligation to provide the Unfurnished Reclamation Security was not a contingent claim, a ground that the Government repeats with respect to the costs it may incur to remediate the environmental damage.

[55] Section 2 of the *BIA* defines the terms “claim provable in bankruptcy”, “provable claim” and “claim provable” to include “any claim or liability provable in proceedings under this Act by a creditor”. Section 121 of the *BIA* supplements the definition and also deals with contingent claims:

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.

Section 135(1.1), to which I referred above, provides that the trustee in bankruptcy must determine whether contingent or unliquidated claims are provable claims and must value them if they are provable claims.

[56] In finding that the obligation to provide the Unfurnished Reclamation Security was not a provable claim because it was secondary in nature, the judge relied on the decision of *JICO Holdings Inc. v. Lynco Construction Ltd.*, 2016 SKCA 126 [*JICO*]. In that case, a judge had dismissed JICO’s application for a bankruptcy order against Lynco on the basis that JICO was not owed a debt of more than \$1,000 as required by s. 43(1)(a) of the *BIA*. One of the matters relied upon by JICO as establishing a debt was that it was a contingent beneficiary in respect of an order for security for costs made against Lynco in favour of a credit union in an unrelated action.

[57] The Saskatchewan Court of Appeal held that the order for security for costs did not constitute a debt for two reasons. First, it did not yet constitute a debt owing to anyone. Second, the security for costs order merely created a contingent liability that, if crystalized, would become owing to the credit union, not JICO.

[58] I do not find *JICO* to be particularly helpful in determining that an obligation to post security is not a claim provable in bankruptcy because it was a secondary obligation. The decision is clearly distinguishable on at least two bases. However, the case is useful in its finding that the obligation to post security for costs is not a debt.

[59] In discussing the present issue, the chambers judge focused on the word “obligation”. I believe this is because, in making its submissions, the Government relied upon the test set out in *Abitibi* for determining whether there is a claim for the purposes of the CCAA:

[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.

[Emphasis in original.]

This passage refers to “a debt, a liability or an obligation”. The Government submits the obligation to provide the Unfurnished Reclamation Security is an “obligation” and it matters not that it may be considered to be a “secondary obligation”.

[60] However, one must be cautious in relying upon *Abitibi* in this regard. The definition of “claim” in the CCAA is slightly different than the definition of “claim provable in bankruptcy” in the BIA. In s. 2 of the CCAA, “claim” is defined as any “indebtedness, liability or obligation” that would be a claim provable in bankruptcy under the BIA. In contrast, the definition of “claim provable in bankruptcy” in s. 2 of the BIA refers to any “claim or liability” provable by a “creditor”. Section 121(1) of the BIA provides that all “debts and liabilities” by reason of “any obligation” incurred before the date of bankruptcy are deemed to be claims provable under the BIA.

[61] I do not know why the wording is slightly different in the two statutes. What is important for this appeal, however, is that it is not sufficient for there to simply have been an “obligation” on the bankrupt in order to establish a claim provable in bankruptcy. What is required is a debt or liability to a creditor by reason of an

obligation incurred before the date of bankruptcy. Hence, it cannot be an obligation of any kind. It must be an obligation creating a debt or liability.

[62] As held in *JICO*, a requirement to post security certainly does not create a debt. The question becomes whether it creates a liability. In other words, is it something for which a court would have found the Debtor to be liable prior to the date of bankruptcy? This question leads to a discussion of the second basis on which the chambers judge found that the failure to provide the Unfurnished Reclamation Security did not give rise to a claim provable in bankruptcy.

[63] The jurisprudence in Canada is clear that a claim provable in bankruptcy must be one recoverable or enforced by legal process. The leading authority in this regard is *Farm Credit Corp. v. Holowach (Trustee of)* (1988), 51 D.L.R. (4th) 501 (Alta. C.A.), leave to appeal ref'd (1989), [1988] S.C.C.A. No. 291 [*Holowach*], a case in which a mortgagee filed a proof of claim in the bankruptcy of the mortgagor for the amount of the deficiency in the mortgage debt following the sale of the mortgaged property. The trustee in bankruptcy disallowed the claim on the basis that s. 41 of the *Law of Property Act*, R.S.A. 1980, c. L-8, prohibited proceedings on the covenant to pay.

[64] In agreeing with the trustee, the Alberta Court of Appeal said the following after acknowledging that s. 41 did not extinguish the debt (at 258–259):

In our view a provable claim must be one recoverable by legal process. In *Ref. Re Debt Adjustment Act, 1937*, [1943] A.C. 356, [1943] 1 W.W.R. 378, 24 C.B.R. 129, [1943] 1 All E.R. 240, [1943] 2 D.L.R. 1 [Alta.], the Privy Council said (at p. 11):

In England it has always been held that, subject to the statutory exceptions as to debts payable at some certain future time, the petitioning creditor's debt and the debts provable must be debts recoverable by legal process. For example a debt barred by the *Statute of Limitations* is not a debt on which a bankruptcy petition can be presented, nor is it one provable in bankruptcy ... The *Dominion Act* is very similar to the English *Bankruptcy Acts* so far as those matters are concerned and there appears to be no reason for thinking that a similar principle would not be applied in Canada to the words "debt due."

The same reasoning was applied in *Re Kolodychuk* (1978), 6 B.C.L.R. 238, 27 C.B.R. (N.S.) 307 (S.C.), to hold a chattel mortgagee disentitled to a deficiency claim because of “seize or sue” limitations. Other examples are *Re Solmon* (1974), 19 C.B.R. (N.S.) 165 (Ont. S.C.) (Statute of Frauds); *Re Hamer (Hamar)*; *Ex parte McGuinty & Co.* (1921), 2 C.B.R. 137, 63 D.L.R. 241 (Sask. K.B.) (Statute of Limitations); and *Re Morton; Ex parte Morton Bartling & Co.*, 15 Sask. L.R. 460, [1922] 2 W.W.R. 811, 3 C.B.R. 114, 66 D.L.R. 378 (K.B.) (Statute of Limitations). We agree with the conclusions that a provable claim must be recoverable.

Holowach has been accepted as the leading authority on this point in *Luscar Ltd. v. Smokey River Coal Limited*, 1999 ABCA 179 at para. 37, and *Asian Concepts Franchising Corporation (Re)*, 2018 BCSC 1022 at para. 115.

[65] *Holowach* dealt with a debt, and it was held that the debt must be recoverable by legal process in order to be a claim provable in bankruptcy. In *Central Capital Corp. (Re)* (1996), 132 D.L.R. (4th) 223 (Ont. C.A.) [*Central Capital*], the Ontario Court of Appeal applied the same principle to an obligation giving rise to a liability. In that case, a company reorganizing under the CCAA had issued retractable shares to the appellants, who asserted that they had a claim for the purposes of the reorganization. The appellants had given a notice of retraction to the company, which declined to redeem the shares on the basis that s. 36 of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, prohibited the redemption of shares by a company that was believed to be insolvent. The appellants deposited their shares for redemption. Justice Weiler, for the majority, relied on *Holowach* to hold that the appellants did not have a claim provable in bankruptcy because the company’s promise to redeem the shares was not enforceable.

[66] Although neither *Holowach* nor *Central Capital* are binding on this Court, they are persuasive authorities, and I see no principled reason to decline to follow them. Applying the principle of *Holowach* and *Central Capital* to the present circumstances, it is my view that the Government does not have a claim provable in bankruptcy as a result of the failure of the Debtor to provide the Unfurnished Reclamation Security because it is not a requirement that the Government could have enforced by legal action.

[67] The Minister is entitled to require reclamation security from an applicant for a license or a licensee pursuant to s. 139 of the *Mining Act*. However, the *Mining Act* contains no provisions by which a licensee's obligation to provide reclamation security can be enforced by legal action. The closest the *Mining Act* comes is to provide for prosecution for contravention of a condition of a license (s. 150(3)), and the Government did prosecute the Debtor on two occasions. Section 147(2) provides that, if the amount of the reclamation security is inadequate to pay for the reclamation costs incurred by the Government, the shortfall is recoverable as a debt by the Government. But the *Mining Act* does not provide that the Government can recover as a debt any required reclamation security that has not been furnished or that the Government can otherwise invoke legal process to enforce the obligation to provide required reclamation security.

[68] Accordingly, the Government does not have a provable claim of a liability because the obligation of the Debtor to provide the Unfurnished Reclamation Security is not enforceable by legal action. I agree with the conclusion of the chambers judge that the Government does not have a claim provable in bankruptcy in respect of the Unfurnished Reclamation Security.

[69] The judge also analyzed the obligation to post the Unfurnished Reclamation Security in terms of the *Abitibi* test. In my opinion, the *Abitibi* test does not apply to such an obligation because it is not a contingent obligation, which is what *Abitibi* was addressing. The obligation to provide the Unfurnished Reclamation Security arose as soon as the Minister required additional security, and it was not contingent on the happening of any other event. I will leave a consideration of *Abitibi* to the next issue, which is whether the Government had a claim provable in bankruptcy as a result of a contingent claim for costs of remediating the environment damage caused by the Mine.

ii) Contingent Claim for Remediation Costs

[70] In *Abitibi*, unlike the present case, the Government of Newfoundland and Labrador took the position that it did not have a provable claim in bankruptcy. The

reason is that it did not want its rights under environmental protection orders issued by it to be affected by the claims procedure order made in connection with Abitibi's proposed reorganization. In its decision, the Supreme Court of Canada held that the Government of Newfoundland and Labrador did have a claim for the purposes of the CCAA. The Government urged the chambers judge to reach a similar conclusion in this case.

[71] As in *Abitibi*, there are no issues in the present case with respect to the first two prongs of the three-part test established by the Supreme Court of Canada. By virtue of s. 147(2) of the *Mining Act*, any remediation costs expended by the Government are recoverable as a debt, with the result that the Government qualifies as a creditor under the first prong. The second prong is satisfied because some, if not all, of the environmental damage occurred prior to the Debtor's bankruptcy.

[72] The third prong is that it must be possible to attach a monetary value to the debt or liability. Justice Deschamps, for the majority, said the following about this prong:

[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.

[73] The chambers judge held that it was not sufficiently certain that the Government would incur the remediation costs for the following reasons:

[124] The \$35,548,650 security amount comprises the estimated future costs for the entire remediation and final closure plan for the Mine. While it is clear that the debtor cannot do or pay for the necessary work, there remains uncertainty as to what will be done, when and by whom. For example, if the Mine were sold, it is safe to assume that not all of the closure plan would need to be implemented at that time (e.g. closing down road access, decommissioning all the buildings, removing equipment and infrastructure). Answers to these questions depend on whether or not there is a sale; whether there is an assumption by a new purchaser of the licence condition to provide security in whole or in part; whether or not all or part of the

reclamation and closure work will be done; what those costs will be; when the amount of existing security will be spent. These are all questions of fact.

Although the judge made these comments in the context of deciding whether the obligation to provide the Unfurnished Reclamation Security was a provable claim, they apply equally to the issue of whether the Government had a provable claim in respect of the contingency that it would incur remediation costs (which the judge did not explicitly rule upon, although she did refer to it as an alternate argument at para. 67 of the Government Application Reasons).

[74] On appeal, the Government says the judge misapplied the third prong of the *Abitibi* test. It submits the judge relied solely on the speculative nature of the claim, and this was a legal error because all contingent claims by their nature are speculative. The Government argues that it is sufficiently certain that the Government will be using its own funds to remediate the environmental damage.

[75] In my opinion, the judge's conclusion was a finding on a question of mixed fact and law. As set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33 at para. 36, such questions lie along a spectrum between fact and law. Where the issue is closer to the factual end of the spectrum and no error of law is extricable, the standard of review by an appellate court is one of palpable and overriding error.

[76] It is my view that the judge did not simply rely on the fact that the claim was speculative to conclude that it was not sufficiently certain that the Government would incur remediation costs. She considered all of the evidence, including the prospect of a sale of the Mine, in reaching her conclusion. The Government has not established that the judge made a palpable error, and her conclusion is owed deference by this Court. I would not disturb the judge's finding on this point, with the result that the judge did not err in finding that the Government's contingent claim for remediation costs was not a claim provable in bankruptcy.

iii) Secured Claim under Section 14.06(7) of the BIA

[77] Section 14.06(7) of the *BIA* reads as follows:

Priority of claims

(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.

As noted by Deschamps J. at paras. 32 and 33 of *Abitibi*, s. 11.8(8) of the CCAA (which corresponds to s. 14.06(7)) represents a balance between the public's interest in enforcing environmental regulations and the interests of third-party creditors in being treated equitably. The security does not extend to all of the debtor's assets but is limited to the contaminated real property and related contiguous real property.

[78] The Government says the chambers judge correctly stated the law when she said the following at para. 132 of the Government Application Reasons:

[132] In this case, Yukon is continuing to spend money on care and maintenance and environmental remediation at the Mine. There is every reason, once those costs are incurred, or it is sufficiently certain that they will incur such costs, for Yukon to exercise its super-priority charge against the real property.

[Emphasis added by the Government.]

But, says the Government, the judge fell into error when she concluded in para. 136 that "s. 14.06(7) of the *BIA* does apply once Yukon has incurred costs" without noting that the "sufficiently certain" test applies to s. 14.06(7).

[79] In my view, there are two answers to this submission. The first is that in para. 132 the chambers judge conflated the *Abitibi* test for contingent environmental claims and the priority charge created by s. 14.06(7) for environmental remediation

costs. *Abitibi* was concerned with the question of whether the government had a claim under the CCAA for the purpose of the claims procedure order made in the CCAA proceeding. *Abitibi* did not deal with s. 14.06(7) and did not import the “sufficiently certain” test into s. 14.06(7).

[80] A claim under s. 14.06(7) does not need to be a claim provable in bankruptcy. Parliament has defined the terms “claims provable in bankruptcy”, “provable claim” and “claim provable” in s. 2 of the *BIA*, but has not defined the word “claim” as used in s. 14.06(7). The distinction is made clear by s. 14.06(8) of the *BIA*, which provides that the charge created by s. 14.06(7) applies to costs for remedying an environmental condition or environmental damage that arose or occurred after the date of bankruptcy. This is in contrast to a claim provable in bankruptcy, which must relate to a debt or liability in existence before the date of bankruptcy. As Deschamps J. commented at para. 28 of *Abitibi* when contrasting the time requirements of s. 121(1) of the *BIA* and s. 11.8(9) of the CCAA (the provision corresponding to s. 14.06(8) of the *BIA*), s. 11.8(9) provides for “more temporal flexibility for environmental claims” (than for claims provable in bankruptcy).

[81] The second answer to the Government’s submission is that on the plain reading of s. 14.06(7) the charge is created for costs that have been incurred for environmental remediation, not for anticipated future costs or contingent costs. The natural meaning of the words “Any claim ... for costs of remedying” is a claim for actual remediation costs. If Parliament had intended to create a charge for costs that may be incurred in the future, one would have expected it to have used explicit language in that regard.

[82] In holding that s. 14.06(7) did not create a charge for anticipated future costs or contingent costs, the chambers judge relied upon the following passage from the majority’s decision in *Orphan Well Association v. Grant Thornton Limited*, 2017 ABCA 124:

[55] For example, s. 14.06(7) grants a security interest to a government that remediates property. That section does not create any generalized priority or super priority for existing or contingent environmental liabilities; it only comes into play where a government has actually remediated specific contaminated property. While that section operates through the use of a limited and focused super priority, it is based on the restitutionary principle that a party that discharges the obligation of another is entitled to be compensated for its efforts by the original obligee and its successors in title. It simply recognizes a type of subrogated claim, and is not a part of any broader “statutory compromise”. If a government ends up having to incur the expense of remediating property, the previous defaulting owner or its secured creditor cannot insist on getting back the restored land without refunding those costs to the government. For example, if a government remediates a site (say an industrial site, or an open pit mine) resulting in a parcel of land with some value (say a clean industrial site, or perhaps only pasture or parkland) the government has a security interest in that site. If the defaulting owner wants to get that parcel back, it has to pay the remediation costs.

While that decision did not directly involve s. 14.06(7) and was overturned by the Supreme Court of Canada on other grounds (*Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5 [*Orphan Well SCC*]), I agree with the chambers judge that it correctly summarizes the meaning of s. 14.06(7) and, in particular, that the charge arises when a government incurs costs to remediate an environmental condition or damage.

[83] In her concluding remarks in the Government Application Reasons, the judge said the following:

[165] [The Government] has a provable claim in the bankruptcy of [the Debtor] once it incurs costs, beyond the existing security it holds, of remedying the environmental damage affecting the real property of [the Debtor]. That claim is secured by security on the real property of [the Debtor] affected by the damage and property contiguous with it, related to the environmental damage, and is enforceable in the same way as any other security on real property.

These two sentences were incorporated as orders and declarations in the first two paragraphs of the order entered pursuant to the Government Application Reasons.

[84] With respect, it is my view that, in making these remarks, the judge again conflated the concept of a contingent claim giving rise to a provable claim in bankruptcy and the concept of the priority charge created by s. 14.06(7). As she held that the Government’s contingent claim did not meet the *Abitibi* test, the judge

should have dismissed the Government’s application for a declaration that it had a provable claim in the bankruptcy of the Debtor. As I have discussed, a provable claim must be based on a debt or liability that came into existence prior to the date of bankruptcy. The judge did hold, at para. 136 of the Government Application Reasons, that s. 14.06(7) applies once the Government incurs costs of remediation, and that is the declaration that should have been included in the entered order. The judge did not give reasons for her comment about the Government exhausting the security it held (i.e., the Reclamation Security) and, as she made the comment in the context of her incorrect finding that the Government had a provable claim, her comment should not have been reflected in the entered order.

iv) Disposition

[85] I would allow Appeal No. 20-YU865 to the limited extent of correcting the entered order by deleting the first two paragraphs of it and replacing them with the following:

1. Yukon’s application for a declaration that it has a claim provable in the bankruptcy of Yukon Zinc Corporation (“YZC”) is dismissed.
2. A claim by Yukon for costs of remedying any environmental condition or environmental damage affecting real property of YZC will be secured on the real property of YZC affected by the environmental condition or environmental damage and on any other real property of YZC that is contiguous with that real property and that is related to the activity that caused the environmental condition or environmental damage.

I would not allow the appeal as it relates to any of the Government’s grounds of appeal.

(b) Mineral Claims (Appeal No. 20-YU867)

[86] This appeal is also from the order entered pursuant to the Government Application Reasons. Welichem appeals the aspect of the order that, for the

purposes of the Government's security pursuant to s. 14.06(7) of the *BIA*, the Debtor's real property includes the mineral claims it holds.

[87] Under the *Mining Act*, every person who locates a mineral claim is required to record it with the mining recorder (s. 41(1)). The holder of a mineral claim is entitled to all minerals lying within the boundaries of the claim (and downward into the earth) (s. 50). Section 52 provides as follows:

Chattel interest for one year

52 The interest of the holder of a mineral claim shall, prior to the issue of a lease, be deemed to be a chattel interest, equivalent to a lease of the minerals in or under the land for one year, and thence from year to year, subject to the performance and observance of all the terms and conditions of this Part.

Under s. 74, the holder of a mineral claim is entitled to a lease of the claim if the holder obtains a certificate of improvements under s. 70 that it has done work on the claim of at least \$500.

[88] Under s. 56, the holder of a mineral claim is entitled to it for a period of one year and thence from year to year if the holder has done work on the claim of at least \$100 per year unless the Minister has granted relief in respect of the annual representation work (s. 57) or the holder has paid \$100 in respect of each claim to the mining recorder (s. 59). A mining claim expires at the end of the year in which the required work or payment is not done or made (s. 60). The holder pays annual royalties to the Government based on the value of the output of the mine (s. 102).

[89] In the Government Application Reasons, the chambers judge accepted that, as a result of the wording of s. 52, mineral claims under the *Mining Act* are chattels real, with the result that they are an interest in land: see *Rock Resources Inc. v. British Columbia*, 2003 BCCA 324, leave to appeal ref'd (2004), [2003] S.C.C.A. No. 375. She stated that the real question was whether the words "real property" in s. 14.06(7) includes an interest in land.

[90] The judge articulated the modern rule of statutory interpretation; i.e., 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: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 at para. 21. The judge found the clear intention of Parliament in enacting s. 14.06(7) was to ensure that remediation costs would not become a burden to the taxpayer. She reasoned that, as mineral claims have value, they need to be included as part of the security under s. 14.06(7). She found her conclusion to be supported by the decisions of *Yukon Territory (Commissioner) v. Bedard*, [1987] Y.J. No. 48 (S.C.) [*Bedard*]; *Yukon v. B.Y.G. Natural Resources Inc.*, 2017 YKSC 2 [*B.Y.G.*]; and *Yukon (Government of) v. United Keno Hill Mines Limited*, 2004 YKSC 59 [*Keno Hill*].

[91] In my view, the judge made two errors in her analysis. First, in finding the intention of Parliament, she overlooked the comments of Deschamps J. at paras. 32 and 33 of *Abitibi*, to which I referred above. At para. 32, Deschamps J. found that, in enacting the corresponding section in the CCAA (s. 11.8(8)), Parliament struck a balance between the public's interest in enforcing environmental regulations and the interest of third-party creditors in being treated equally. At para. 33, she observed that, if Parliament had intended that the debtor would always satisfy all remediation costs, it would have created the security over all of the debtor's assets (and not just real property). Hence, it was incorrect for the judge to conclude that the intention of Parliament was to ensure that remediation costs would not become a burden to the taxpayer.

[92] Second, the judge did not consider the wording of the *BIA* to determine whether Parliament intended to distinguish between real property and interests in real property (although, in fairness to the judge, it is not clear that the following wording from the *BIA* was brought to her attention). The words "real property" are not defined in the *BIA*, but the word "property" is defined in s. 2 as follows:

property means any type of property, whether situated in Canada or elsewhere, and includes money, goods, things in action, land and every description of property, whether real or personal, legal or equitable, as well as obligations, easements and every description of estate, interest and profit, present or future, vested or contingent, in, arising out of or incident to property;

[Emphasis added.]

The use of the words “as well as” (rather than words to the effect of “including”) indicates that the words “real property” are not intended to include an interest in real property.

[93] A similar distinction is made in s. 74(3) of the *BIA*:

Caveat may be filed

(3) If a bankrupt owns any real property or immovable or holds any charge registered in a land registry office or has or is believed to have any interest, estate or right in any of them, ... a caveat or caution may be filed with the official in charge of the land registry by the trustee, ...

[Emphasis added.]

It is clear that the words “real property” in s. 74(3) do not include an interest in real property because, if they did, it would not have been necessary to add the reference to any interest in real property.

[94] Perhaps most importantly, s. 14.06(4), which deals with non-liability of a trustee in bankruptcy for environmental remediation costs in certain circumstances, uses the phrase “any interest in any real property”. The phrase “any interest in any real property” is also used in s. 14.06(6) in stating that environmental remediation costs are not to rank as costs of administration if the trustee had abandoned or renounced any interest in any real property. It is evident that, in enacting s. 14.06(7) at the same time, Parliament was aware of the distinction between “real property” and “an interest in real property”, and did not intend that the security created by s. 14.06(7) would extend to an interest in real property such as mineral claims.

[95] The Government submits that clause (b) of s. 14.06(7) supports its interpretation that s. 14.06(7) does create security against interests in land. For ease of reference, I set out clause (b) again:

(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.

Clause (b) is referring to the security created for environmental remediation costs, and the Government argues that the use of the word “property” in clause (b) includes interests in real property because they are included in the definition of “property” in s. 2 of the *BIA*. With respect, clause (b) is dealing with the priority of the security that is created earlier in the section and is simply referring back to the property over which the security is created (i.e., real property or immovables). Clause (b) does not expand the type of property over which the security is created.

[96] None of the decisions upon which the chambers judge relied to support her decision involved an interpretation of the *BIA*, and they are all distinguishable. The question in *Bedard* was whether mineral claims were personal property which could be sold by the sheriff in executing upon a judgment. The Court held the mineral claims were not personal property because, under the predecessor to s. 52 of the *Mining Act*, they were an interest in land.

[97] The chambers judge found support in *B.Y.G.* and *Keno Hill* because mineral claims were included in the charges of the receiver over the debtor’s real property. However, the receiver was appointed over all of the assets and property of the debtor in each case, and this included their mineral claims. Each case involved an application to approve a marketing plan, and there was no discussion of whether a mineral claim constituted real property.

[98] I conclude for these reasons that the words “real property” in s. 14.06(7) do not include an interest in land such as a mineral claim. I would allow Appeal No. 20-YU867, and I would vary the entered order by deleting paragraph 5 of it and replacing it with the following:

5. Yukon’s security under s. 14.06(7) of the *BIA* does not extend to YZC’s mineral claims.

(c) Disclaimer of Master Lease (Appeal No. 20-YU866)

[99] In the emails between counsel following the giving of the Disclaimer Notice, counsel began referring to it as a “partial disclaimer”. In its notice of application, Welichem defined the Disclaimer Notice as the “Partial Disclaimer”. In the Disclaimer Reasons, the judge framed the first issue to be whether “the Receiver has the authority to use the Essential Items to carry out its duties (i.e. partially disclaim the Master Lease)”.

[100] The judge did not analyze the Disclaimer Notice. Other than addressing Welichem’s argument that clause (c) of paragraph 3 of the Receivership Order only gave the Receiver the binary choice to either cease to perform a contract (i.e., disclaim it), or to affirm it, the judge did not express her conclusions in terms of the Master Lease being partially disclaimed. In para. 69 of the Disclaimer Reasons, after discussing s. 243(1) of the *BIA* and a number of decisions, the judge found that there is authority under s. 243(1)(c) for “the Court to allow the Receiver to use the Essential Items”. At para. 78, she stated her view that the passage from page 436 of *Bennett on Receiverships* quoted above was “general support for the Receiver’s appropriate exercise of authority under s. 243(1) of the *BIA* ... to use the Essential Items”.

[101] In the concluding paragraph of the Disclaimer Reasons, the judge summarized her conclusion:

[84] I find that the use by the Receiver of the Essential Items is a disclaimer of the Master Lease and a permissible variation for the reason that its terms are onerous and not commercially reasonable in the circumstances. The Receiver properly exercised its authority under s. 243(1) of the *BIA* and/or s. 26 of the *Judicature Act* to do so.

[102] I make these observations to illustrate that, despite the terminology used by counsel, the judge did not make her decision on the basis of a partial disclaimer of the Master Lease but, rather, she made it on the basis that the Receiver was entitled to use the Essential Lease Items. In my opinion, the judge was correct to characterize it in this fashion because the Disclaimer Notice did not constitute a partial disclaimer of the Master Lease. Rather, it constituted a disclaimer of the

Master Lease in its entirety but was coupled with an appropriation by the Receiver of the right to use the Essential Lease Items without complying with any of the terms of the Master Lease at a monthly rent unilaterally determined by the Receiver.

[103] The first four lines of paragraph 4 of the Disclaimer Notice is typical language to disclaim a contract in its entirety. Following the fourth line is an exception stating that the lessee's right to use the Essential Lease Items was to survive the disclaimer of the Master Lease and that all obligations of the Debtor pursuant to the Master Lease were disclaimed except for this right to use the Essential Lease Items.

[104] This was not a situation where the Receiver was agreeing to abide by the terms of the Master Lease as they related to the Essential Lease Items. As explained in its second report to the court, the Receiver decided to issue the Disclaimer Notice for several reasons, including the reasons that it did not want to pay the insurance required by the Master Lease and that it did not want to be obliged to return the leased items to a location of Welichem's choosing. The effect of the Disclaimer Notice was to disclaim all obligations under the Master Lease but to assert a right to use the Essential Lease Items.

[105] As a result, it is not necessary to discuss partial disclaimers of contracts by receivers. There was no authority before the chambers judge as to whether a receiver could or could not partially disclaim a contract. Welichem had relied on the decision of *Re Lord and Fullerton's Contract* (1895), [1896] 1 Ch. 228 (C.A.), where it was held that an executor under a will was not entitled to disclaim property located in one country while not disclaiming property located in other countries, but the judge found that it had no applicability. However, there is now some authority on the point.

[106] In a decision released after the hearing of this appeal, the British Columbia Court of Appeal had occasion to consider whether a receiver could disclaim the provision of a contract requiring disputes to be resolved by arbitration and could sue in court to recover monies allegedly owing under the contract. In *Petrowest Corporation v. Peace River Hydro Partners*, 2020 BCCA 339, the Court relied on the doctrine of separability to hold that the arbitration clause was an independent

agreement which could be separately disclaimed. In the course of his reasons for judgment, Justice Grauer said the following:

[46] As we have seen, and as the *New Skeena* [*New Skeena Forest Products Inc., Re v. Don Hull & Sons Contracting Ltd.*, 2005 BCCA 154] case confirmed, the receiver is entitled to disclaim the debtor’s executory contractual obligations. The respondents assert that nothing more is necessary to permit the receiver to avoid the effect of the arbitration clauses. The appellant submits, however, and I accept, that this concept does not form a basis for allowing the receiver freedom to pick and choose among the terms of a contract the receiver seeks to enforce. The question is whether arbitration clauses can be treated differently in the particular circumstances we are considering.

[Emphasis added.]

[107] I also wish to comment on the reliance by the chambers judge on the passage from *Bennett on Receiverships* (in which the author discussed a receiver applying to court to “break or vary an onerous or material contract”) and her comment in para. 84 of the Disclaimer Reasons (quoted above) about a “permissible variation”. First, the Disclaimer Notice did not constitute a variation of the Master Lease – it was a complete disclaimer of it. Hence, the passage from *Bennett on Receiverships* was not relevant. Second, the text does not state that a receiver is entitled to unilaterally vary existing contracts, and no authority for such a proposition is cited in the text. The statement was made in a section of the text dealing with the advisability of receivers obtaining court approval for the disclaimer of contracts, and it may be that the statement was intended to deal with the situation of a receiver obtaining court approval of an amendment to an existing contract that the receiver has negotiated with the other party to the contract.

[108] Welichem framed its grounds of appeal in terms of the Disclaimer Notice being a partial disclaimer of the Master Lease. At the hearing of the appeal, when it was raised that the proper characterization of the Disclaimer Notice was a full disclaimer coupled with an appropriation by the Receiver of the Essential Lease Items for its use, Welichem responded that the analysis in its factum also applied to such a characterization of the Disclaimer Notice.

[109] Welichem's grounds of appeal, as reframed to reflect the proper characterization of the Disclaimer Notice, are as follows:

- (a) the judge erred in interpreting s. 243(1)(c) of the *BIA* and s. 26 of the *Judicature Act* so broadly as to authorize the Receiver to use the Essential Lease Items;
- (b) the judge erred in interpreting the Receivership Order so broadly as to authorize the Receiver to use the Essential Lease Items; and
- (c) the judge erred in finding that the Receiver did not affirm the Master Lease.

It could be argued that the second ground is a threshold issue because the judge relied on the Receivership Order as permitting the Receiver to use the Essential Lease Items, and she did not make a specific order authorizing the use of the Essential Lease Items (in contrast to the following appeal which does involve a specific order under s. 243(6) of the *BIA*). However, I agree with Welichem that it is more appropriate to deal with the issues in the same order as they were set out in its factum.

[110] Section 243 reads as follows:

Court may appoint receiver

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.

[Emphasis added.]

The other relevant provision of the *BIA* is s. 72(1):

Application of other substantive law

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.

[111] The wording of clauses (a), (b) and (c) of s. 243(1) correspond to the wording of clauses (a), (b) and (c) of s. 47(2) of the *BIA* when it was first enacted in 1992 (S.C. 1992, c. 27, s. 16). At the time, s. 47(1) was added to the statute to provide for the appointment of an interim receiver as a companion provision to another new section, s. 244(1), which required a secured creditor to give advance notice to an insolvent person before enforcing its security against substantially all of the person's inventory, accounts receivable or other property. Section 47(1) empowered the court to appoint an interim receiver when such a notice was about to be sent or had been sent. Similar to clause (c) of s. 243(1), clause (c) of s. 47(2) empowered the court to direct the interim receiver to "take such other action as the court considers advisable".

[112] In its current form, s. 243(1) was enacted by s. 58(1) of *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. Its enactment introduced a receivership regime in Canada that was national in scope. Interestingly, clause (c) of s. 47(2), as it had been enacted in 1992, was removed, first by s. 30(2) of S.C. 2005, c. 47 (not proclaimed) and then by s. 14(2) of S.C. 2007, c. 36.

[113] I mention this history because s. 47(2)(c), as initially enacted, has been considered by a number of cases, two of which were relied upon by the chambers judge and two of which are relied upon by Welichem on appeal. In my view, the most important of these cases for the purposes of this appeal is *GMAC Commercial*

Credit Corporation – Canada v. T.C.T. Logistics Inc., 2006 SCC 35 [*T.C.T. Logistics*].

[114] In *T.C.T. Logistics*, an interim receiver was appointed under s. 47(1). The order appointing the interim receiver provided that it was not a successor employer within the meaning of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1. The union applied under s. 215 of the *BIA* for leave to continue with an application before the Labour Relations Board for a declaration that the interim receiver and the company which purchased the assets from it were successor employers. The judge amended the order to somewhat limit the scope of the provision, but denied the request for leave.

[115] The Supreme Court of Canada held that the bankruptcy court did not have jurisdiction to decide whether the interim receiver was a successor employer and that leave should have been granted to the union under s. 215 to continue with its application before the Labour Relations Board. After quoting s. 47(2) of the *BIA*, Justice Abella, for the majority, said the following:

[45] These statutory parameters, though sufficiently flexible to authorize a wide range of conduct dealing with the taking, management, and eventual disposition of the debtor’s property, are not open-ended. The powers given to the bankruptcy court under s. 47(2) are powers to direct the interim receiver’s conduct. That section does not, explicitly or implicitly, confer authority on the bankruptcy court to make unilateral declarations about the rights of third parties affected by other statutory schemes.

[116] After quoting s. 72(1) of the *BIA*, Abella J. commented that the effect of s. 72(1) was “not intended to extinguish legally protected rights unless those rights are in conflict with the [*BIA*]”. She explained further:

[51] If the s. 47 net were interpreted widely enough to permit interference with all rights which, though protected by law, represent an inconvenience to the bankruptcy process, it could be used to extinguish all employment rights if the bankruptcy court thinks it “advisable” under s. 47(2)(c). Explicit language would be required before such a sweeping power could be attached to s. 47 in the face of the preservation of provincially created civil rights in s. 72.

T.C.T. Logistics was followed in *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53 [*Lemare Lake*], in which it was held that s. 72(1) prevented the appointment of a receiver under s. 243 of the *BIA* when provincial legislation required a notice period and a mediation process before enforcement proceedings could be commenced with respect to farm land.

[117] *T.C.T. Logistics* was also followed in one of the cases that the chambers judge did discuss, *Railside Developments Ltd. (Re)*, 2010 NSSC 13 [*Railside*]. In that case, a receiver was appointed over a building complex which was subject to a number of builder's liens. The receiver wanted to register the complex as condominiums but the *Condominium Act*, R.S.N.S. 1989, c. 85 required encumbrancers to consent to the registration.

[118] In *Railside*, Justice Moir dismissed the application of the receiver under s. 243(1)(c) to dispense with the consent of the encumbrancers in registering the complex as condominiums. He noted that s. 243 was a remedial right provided only for secured creditors and that the reasoning in *T.C.T. Logistics* on the scope of s. 47(2)(c) applied to s. 243(1)(c): *Railside* at paras. 80, 88. He held that the general provision for a receiver's powers under s. 243 was not a basis for finding a conflict between the *Condominium Act* and s. 243 for the purposes of s. 72(1) of the *BIA* and, hence, an order under s. 243 could not override the *Condominium Act*: *Railside* at para. 89.

[119] The chambers judge in the present case declined to follow *Railside*. She noted that the goal in each case was for the receiver to maximize the value of the assets for all creditors. However, she held that *Railside* did not apply because the actions of the Receiver in this case were not an incursion on the property and civil rights of Welichem because the Receiver was paying Welichem for the use of the Essential Lease Items and had paid over \$200,000 to bring the Essential Lease Items up to operational standards.

[120] In my opinion, the reasoning of *T.C.T. Logistics* and *Railside* applies to the present case, and the chambers judge erred in failing to follow it. It is trite property law that one person cannot expropriate or appropriate for their own use the property of another person unless authorized by statute (such as, for instance, the *Expropriation Act*, R.S.Y. 2002, c. 81). Under s. 243, a receiver is appointed to take possession of property of an insolvent person or a bankrupt, and it does not, explicitly or implicitly, confer authority on the court to permit the receiver to make unilateral decisions to use the property of third parties.

[121] The right of a third party to possess its own property is not in conflict with the *BIA* and, hence, it is protected under s. 72(1). Explicit language would be required in the *BIA* to interfere with this right.

[122] With respect, the judge erred in concluding that the Receiver's actions were not an incursion on Welichem's property rights. The owner of property has the right to decide whether it wants to sell, lease or let another party use the property. No other party has the right to force the owner to let them buy, lease or use the property, even if the other party is prepared to pay what it considers to be fair value and even if it is considered to be "advisable" in the circumstances.

[123] On appeal, the Receiver seeks to distinguish *T.C.T. Logistics*, *Lemare Lake* and *Railside* on the basis that they all involved provincial statutes. However, that is not a basis to make the reasoning of those decisions inapplicable because s. 72(1) protects "the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights" that is not in conflict with the provisions of the *BIA* (emphasis added). The reasoning of those decisions applies as equally to common law property rights as it does to statutory rights.

[124] In deciding that s. 243(1)(c) did allow the court to authorize a receiver to use the assets of a third party without their consent, the chambers judge decided to follow the decision of *Canada (Minister of Indian Affairs & Northern Development) v. Curragh Inc.* (1994), 114 D.L.R. (4th) 176 (Ont. C.J. (Gen. Div.)) [*Curragh*], as interpreted in the recent decision of *Third Eye Capital Corporation v. Resources*

Dianor Inc./Dianor Ressources Inc., 2019 ONCA 508 [*Third Eye*]. On appeal, the Receiver argues that *Third Eye* is the governing authority.

[125] In *Curragh*, an interim receiver applied for an order that it be authorized to advertise for parties to file claims against a mine in Faro, Yukon, and that, if a claim was not made by a specified date, the claim would be barred. The issue was whether the court had the jurisdiction to make such an order pursuant to s. 47(3) of the *BIA*.

[126] *Curragh* was decided in the early days of s. 47(2)(c) and the relatively early days of the resuscitation of the use of the *CCAA*. In the early 1990s, prior to substantial amendments to it, the *CCAA* was considered to be a “bare-bones” statute and the court struggled to make it an effective mechanism to achieve successful reorganizations of financially distressed companies. Judges resorted to the use of the court’s inherent jurisdiction to find authority to make orders. Over time, it was recognized that judges had stretched the bounds of the doctrine of inherent jurisdiction and that the use by judges of inherent jurisdiction was a misnomer for the exercise of statutory discretion (see Georgina R. Jackson & 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) at 41).

[127] In deciding in *Curragh* that the court did have the jurisdiction to make the requested order, Justice Farley relied on the doctrine of inherent jurisdiction. After referring to several authorities, including my comments on inherent jurisdiction in *Woodward’s Ltd., Re* (1993), 79 B.C.L.R. (2d) 257 at 268 (S.C.), Farley J. reasoned as follows:

[16] While the *BIA* is generally a very fleshed out piece of legislation when one compares it to the *CCAA*, it should be observed that s. 47(2)(c): “The court may direct an interim receiver ... to ... (c) take such other action as the court considers advisable” is not in itself a detailed code. 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.”

[128] In *Third Eye*, the Ontario Court of Appeal observed that, after the enactment of s. 47(2), it became common for interim receivers to market and sell the debtor’s property. The Court then discussed *Curragh*, quoting part of the above passage, and commented that, in view of the article by Justice Jackson and Professor Sarra, the reference by Farley J. to inherent jurisdiction might more appropriately be characterized as statutory jurisdiction.

[129] *Curragh* is distinguishable from this case on the basis that it dealt with the procedural matter of a claims process. It is frequently necessary in insolvency proceedings (albeit not usually in interim receiverships) to have a claims process that includes a deadline for the submission of claims.

[130] In the instant case, the chambers judge, having reviewed *Third Eye*, made it clear that she was not relying on the court’s inherent jurisdiction (para. 79 of the Disclaimer Reasons). However, she did follow *Curragh* in holding that the circumstances of the case allowed the Court to enlist the Receiver “to do what justice dictates and practicality demands”: Disclaimer Reasons at para. 65.

[131] The difficulty with the judge’s holding is that it is apparent she considered the Court to be unfettered in doing what it considers to be dictated by justice and demanded by practicality. This is contrary to para. 51 of *T.C.T. Logistics* (quoted above). The discretion afforded by s. 243(1)(c) is constrained by s. 72(1), which preserves substantive property rights that are not in conflict with the provisions of the *BIA*.

[132] I turn now to *Third Eye*. At issue in the appeal was whether the court had the jurisdiction under s. 243(1) to grant vesting orders in receiverships and, if so, whether it was appropriate to grant an order vesting off a gross overriding royalty attached to mineral claims of the debtor that the receiver had arranged to sell. The Ontario Court of Appeal held that s. 243(1) does give jurisdiction to grant such orders on the bases that vesting orders are incidental and ancillary to a receiver’s

power to sell and that the interests of efficiency dictate the ability for vesting orders to be granted in national receiverships rather than requiring them in each province in which assets are being sold. The Court did, however, note that the exercise of the jurisdiction is not unbounded: *Third Eye* at para. 82.

[133] In deciding when it is appropriate to exercise the jurisdiction to grant a vesting order, the Court made a distinction between a fee simple interest in land (i.e., an ownership interest), which should not be extinguished by a vesting order, and an interest in land that is more akin to a fixed monetary interest, which could be extinguished. In reviewing the case authorities, the Court noted the decision of *1565397 Ontario Inc., Re* (2009), 54 C.B.R. (5th) 262 (Ont. S.C.J.), in which the judge refused to authorize the sale of the debtor's property free of an undertaking given by the debtor that it would hold two lots in trust for third parties.

[134] In *Third Eye*, the Court held that it was not appropriate to exercise the jurisdiction under s. 243(1) to vest off the gross overriding royalties because they created an interest in the gross product extracted from the land and was not akin to a fixed monetary sum. The Court reached this conclusion despite the fact that the vesting order granted by the motions judge provided for payment to the holders of the gross overriding royalties of amounts that were agreed to represent their fair market value.

[135] I disagree with the Receiver's position that *Third Eye* is a governing authority that supports the holding of the chambers judge in this case. *Third Eye* dealt with a type of order that is commonly necessary in receiverships, and the Court held it was a necessary incident to a receiver's power to sell. It is not common in receiverships for receivers to take control of a third party's assets without their consent. Indeed, the conclusion reached by the Court that it was not appropriate to exercise the vesting order jurisdiction to extinguish ownership interests supports the position of Welichem that s. 243(1) does not give the court the jurisdiction to interfere with ownership rights of third parties.

[136] The chambers judge stated that her analysis of s. 243(1) of the *BIA* applied equally to the interpretation of s. 26 of the *Judicature Act*. Although no case authorities were cited to her, the judge stated that the same principles would apply if s. 26 was relied upon.

[137] Section 26(1) of the *Judicature Act* reads as follows:

Interlocutory mandamus or injunction

26(1) A *mandamus* or an injunction may be granted or a receiver appointed by an interlocutory order of the Court in all cases in which it appears to the Court to be just or convenient that the order should be made, and that order may be made either unconditionally or on any terms and conditions the Court thinks just.

[138] I do not agree with the chambers judge that s. 26(1) is as equally broad as s. 243(1). Even if it were as broad, s. 26(1) is not sufficient to give the court jurisdiction to authorize a receiver to use the property of a third party without their consent. The comments of Abella J. at paras. 45 and 47 of *T.C.T. Logistics* apply to a provision like s. 26(1). The authority in s. 26(1) is not open-ended, and while it authorizes the appointment of a receiver over the property of a party, it does not, explicitly or implicitly, confer authority on the court to make unilateral determinations about the rights of third parties whose properties are not the properties over which the receiver has been appointed. Explicit language would be required to give the court the authority to interfere with the property rights of third parties.

[139] Welichem's second ground of appeal is that the judge erred in interpreting the Receivership Order so broadly as to authorize the Receiver to use the Essential Lease Items. As I mentioned above, this ground of appeal could be regarded as a threshold issue. To illustrate this point, this ground is now academic because, to the extent that the Receivership Order could be interpreted so broadly, it would have been made without jurisdiction for the above reasons dealing with the interpretation of s. 243(1)(c) of the *BIA* and s. 26 of the *Judicature Act*. However, I will express my view that the Receivership Order should not have been interpreted so broadly because it is not the normal function of orders appointing receivers to deal with the property rights of third parties. In my opinion, express language would have been

required to enable the Receivership Order to be interpreted so as to enable the Receiver to use the Essential Lease Items.

[140] Welichem's third ground of appeal is finding that the Receiver did not affirm the Master Lease. The chambers judge held there was no affirmation on the basis that it would be absurd for the Receiver to be liable for all of the obligations under the Master Lease for using only 79 of the 572 total number of the items covered by the Master Lease. While I do not agree that this is a legal reason for finding there was no affirmation, I agree with the result. As I have explained above, the proper characterization of the Disclaimer Notice is a full disclaimer of the Master Lease, coupled with an appropriation by the Receiver of the Essential Lease Items for its use. Welichem does not point to any evidence of affirmation before the Disclaimer Notice was given and does not argue that the Master Lease could not have been disclaimed because it had already been affirmed. The Receiver fully disclaimed the Master Lease, and none of its actions thereafter amounted to a withdrawal of the disclaimer and affirmation of the Master Lease.

[141] I have two final comments on this appeal. In her reasons for judgment indexed as 2020 YKSC 18, dealing with the Receiver's application to increase its borrowing charge, the chambers judge requested further submissions on whether the items covered by the Master Lease could be considered to be property of the Debtor or had become fixtures. The judge dealt to some extent with these further submissions in the second set of supplementary reasons I summarized above, but it appears that she has not made a final decision on the fixtures issue and it is unclear whether she has made a definitive decision on the financing lease issue.

[142] My first comment is that nothing I have said in these reasons should be interpreted as affecting these issues because my reasoning has been based on the premise that all of the items covered by the Master Lease are the property of Welichem.

[143] My second comment is that the judge was understandably sympathetic with the position in which the Receiver found itself and the Receiver's efforts to attempt to

maximize the recovery on the realization of the Debtor's assets. Despite whatever sympathy one may have for the Receiver's position, it is subject to general laws regarding property. To borrow the words of Chief Justice Wagner, for the majority, in *Orphan Well SCC* at para. 160, receivership "is not a license to ignore rules, and insolvency professionals are bound by and must comply with valid provincial laws" during receivership.

[144] For these reasons, I would allow Appeal No. 20-YU866 to the extent of setting aside the order dismissing Welichem's application and granting Welichem's application in part by declaring that the purported appropriation by the Receiver in the Disclaimer Notice of the right to use the Essential Lease Items is of no force or effect. I would not allow Appeal No. 20-YU866 as it relates to the aspects of Welichem's application for orders that the Receiver has affirmed the Master Lease and that the Receiver pay Welichem all amounts owing under the Master Lease since the date of the Receiver's appointment.

(d) Receiver's Application (Appeal No. 20-YU868)

[145] Welichem appeals two aspects of the order made in respect of the Receiver's application. First, it appeals the order that the Receiver's Charges were to be against the Essential Lease Items in priority to the interest of Welichem. Second, it appeals the order approving the Solicitation Plan.

[146] Welichem does not appeal the aspect of the order that the Receiver's Charges were to charge the Debtor's property in priority to Welichem and other secured creditors.

i) Receiver's Charges

[147] Welichem says that the chambers judge erred in relying upon s. 243(1) of the *BIA* and s. 26(1) of the *Judicature Act* to subject its property to the Receiver's Charges and, in the alternative, that the judge erred in applying the *Kowal* exceptions to its property.

[148] In the Receiver Application Reasons, the judge relied on s. 243(6) of the *BIA* and *Kowal* in elevating the Receiver's Charges against the Debtor's property in priority to the security held by the Debtor's secured creditors. Section 243(6) contains specific authority for the court to give a charge, ranking ahead of secured creditors, over the property of the insolvent person or bankrupt in respect of whom the receiver was appointed. The judge did not discuss the statutory or case authority she relied upon to make the ownership interest in the Essential Lease Items subject to the Receiver's Charges. She simply applied the *Kowal* exceptions to the Essential Lease Items.

[149] The judge did address the point in her second set of supplementary reasons (indexed as 2020 YKSC 26), in which she said the following:

[6] I did not address specifically how the property of the debtor, YZC, includes the Essential Items in the Master Lease, under s. 243(6) of the *BIA*. The Master Lease agreement provides that the "Equipment is and will at all times be [Welichem's] property ...

[7] The necessary ongoing use of the Essential Items by the Receiver to carry out the urgent environmental remediation and required care and maintenance, combined with the discretion afforded to the Court by the wording in s. 243(1) of the *BIA* (and s. 26 of the *Judicature Act*, R.S.Y. 2002, c. 128), explained in the [Disclaimer Reasons], allows for these Essential Items to be subject to the priority charge of the Receiver.

After making reference to *Curragh*, the judge stated the *Kowal* exceptions, combined with the discretion in s. 243, provided authority for the elevation of the priority of the Receiver's borrowing charge over the Essential Lease Items.

[150] As discussed in Appeal No. 20-YU866 (Disclaimer of Master Lease), the judge erred in her conclusion that s. 243(1) of the *BIA* and s. 26 of the *Judicature Act* gave the court jurisdiction to authorize the Receiver to use the Essential Lease Items, which are the property of Welichem, without Welichem's consent. The same reasoning applies in this appeal. Explicit language in the legislation would be required to give the court authority to interfere with the property rights of third parties, including the authority to give a receiver a charge for its fees and disbursements over the property of a third party without their consent. Such explicit language is contained in s. 243(6) to give such a charge priority over secured

creditors but it is limited to a charge over the property of the insolvent person or bankrupt in respect of whom the receiver was appointed.

[151] It is unnecessary to consider *Kowal* other than to note that *Kowal* dealt with giving a receiver's charges and expenses priority over secured creditors in relation to the debtor's property and that it did not deal with giving a receiver a charge against the property of third parties.

[152] For the reasons given in Appeal No. 20-YU866 (Disclaimer of Master Lease), I conclude that the judge erred in ordering that Welichem's ownership interest in the Essential Lease Items was subject to the Receiver's Charges. Similar to the comment I made in that appeal, my conclusion is based on the premise that the Essential Lease Items are the property of Welichem, and nothing I have said should be interpreted as affecting the fixtures and financing lease issues to the extent they remain outstanding.

ii) Solicitation Plan

[153] It was proposed that the Receiver would evaluate purchase bids received pursuant to the Solicitation Plan on the basis of numerous factors. Those factors included the following:

- (g) Bidder's financial strength, technical and environmental expertise and relevant experience to carry out work required to maintain regulatory compliance at the Wolverine Mine after closing of the proposed transaction;
- (h) Bidder's historical environmental safety record, operational experience with undertakings of similar nature and/or scale and record of successful restart of mines out of care and maintenance;
- (i) Strength of a bidder's proposal for posting required Reclamation Security as required by the DEMR and any other security required by any other applicable regulator;
- (j) Qualified Bidder's willingness and demonstrated ability to obtain and maintain any necessary regulatory approval in connection with ownership and operation or care and maintenance of the Wolverine Mine, including from but not limited to the Water Board and the DEMR;

[154] Citing *Uti Energy Corp. v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178 at para. 32, Welichem says a receiver's obligation is to obtain the highest possible sale price for the assets. It asserts that the chambers judge erred when she stated, at para. 68 of the Receiver Application Reasons, that commercial efficacy requires an assessment of the bidder's ability to implement regulatory requirements and that obtaining the optimal price could not be separated from a consideration of the bidder's ability to comply with regulatory requirements.

[155] A receiver's obligation to obtain the highest possible sale price does not mean that it is required to accept the offer containing the highest price. A receiver is entitled to take into account the ability of the bidder to close the transaction (one of the factors listed in the Solicitation Plan for assessing bids was the bidder's probability of closing the transaction). It is not in the interests of stakeholders for the receiver to waste time, and possibly lose the interest of other bidders, in attempting to close a sale to the highest bidder if there are questions about the feasibility of the bidder satisfying conditions in its offer or arranging the funds necessary to complete the purchase.

[156] Under the *Mining Act*, no person may engage in production without a license (s. 135(1)). The Minister is not required to approve the assignment of a license unless he or she is satisfied that the assignment would not be likely to result in a contravention of the license (s. 143(2)). The Minister is entitled to require a prospective assignee to provide reclamation security (s. 139(1)) and, in assessing the risk of significant adverse environmental effect for that purpose, the Minister is entitled to consider the past performance of the prospective assignee (s. 139(2)).

[157] No bidder for the purchase of the Debtor's assets will be able to complete the transaction unless the Minister approves the assignment of the Debtor's license and the bidder is able to provide the required reclamation security. As a result, the factors that the Receiver proposes to consider are relevant to the ability of the bidder to complete the purchase of the assets. In my view, it is not inappropriate for the Receiver to take them into account in assessing bids.

[158] I am not persuaded that the judge erred in approving the Solicitation Plan as proposed by the Receiver.

iii) Disposition

[159] I would allow Appeal No. 20-YU868, in part, by deleting paragraph 4 of the order entered pursuant to the Receiver Application Reasons. I would not allow the appeal as it relates to the approval of the Solicitation Plan.

Conclusion

[160] I would allow each of Appeal Nos. 20-YU865, 20-YU866 and 20-YU868, in part, as set out in these reasons. I would allow Appeal No. 20-YU867.

[161] The parties agreed at the hearing of the appeals that it would not be appropriate for costs to be awarded in Appeal Nos. 20-YU865, 20-YU867 and 20-YU868. In contrast, Welichem and the Receiver were agreed that it would be appropriate for costs to be awarded in Appeal No. 20-YU866. As Welichem has been substantially successful in Appeal No. 20-YU866, I would award party and party costs of the appeal to Welichem.

“The Honourable Mr. Justice Tysoe”

I AGREE:

“The Honourable Madam Justice MacKenzie”

I AGREE:

“The Honourable Mr. Justice Lyons”