

C A N A D A

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-11-048114-157

COUR SUPÉRIEURE
(Chambre commerciale)

DANS L'AFFAIRE DE LA *LOI SUR LES
ARRANGEMENTS AVEC LES
CRÉANCIERS DES COMPAGNIES* :

**BLOOM LAKE GENERAL PARTNER
LIMITED ET ALS.**

Requérantes

ET

**THE BLOOM LAKE IRON ORE MINE
LIMITED ET ALS.**

Mises en causes

ET

**AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC
AGENCE DU REVENU DU CANADA**

Mises-en-cause

ET

FTI CONSULTING CANADA INC.

Contrôleur

PLAN D'ARGUMENTATION DE L'AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC

I. THÉORIE DE LA CAUSE

- A) Quant à la compensation des intrants liée à la résiliation des contrats et preuve de réclamation ARQ :
- Les conditions essentielles donnant droit aux CTI et RTI en vertu des articles 182 LTA et 318 LTVQ sont antérieures à l'Ordonnance initiale et seule leur exigibilité est postérieure à l'Ordonnance initiale;

- Les CTI et RTI ne se sont que « cristallisés » après l'Ordonnance initiale :
 - les dommages en résiliation des contrats de QNSL, Western LRS, CSL Group se sont eux-mêmes cristallisés après l'ordonnance initiale du 27 janvier 2015, sont nés aux termes d'obligations auxquelles CQIM était assujettie à cette date;
 - Partant, les CTI et RTI de 7 459 257,85 \$ sont des accessoires des dommages;
 - Les CTI et RTI ne se sont cristallisés qu'au moment du paiement du Premier dividende (16 août 2018), soit après l'Ordonnance initiale;
 - L'ARQ est en droit de compenser ses créances aux termes de ses preuves de réclamations (totalisant 13 391 896,40 \$) avec les CTI-RTI pour dommages des résiliations des contrats suite au versement du Premier dividende;
 - Subsidiairement, si ces CTI et RTI sont considérés comme dette post, ceux-ci peuvent être compensés avec les preuves de réclamation de l'ARQ (post / pré);
- B) Quant à la compensation des intrants pour les factures faisant l'objet des preuves de réclamation des fournisseurs Western LRS, QNSL et CSL Group :
- les CTI et RTI (totalisant 234 755,16 \$), relativement aux factures ou parties des factures de Western LRS, QNSL, et CSL Group pour leurs obligations postérieures à l'Ordonnance initiale, dette de l'ARQ à l'égard de CQIM, peuvent être compensés avec les preuves de réclamation de l'ARQ (ARQ-14);

II. QUESTIONS EN LITIGE

- 1) Les CTI-RTI pour Dommages des résiliations des contrats suite au Premier dividende (dette de l'ARQ à l'égard de CQIM), constituent-ils des obligations antérieures à l'Ordonnance initiale qui peuvent être compensés avec les créances de l'ARQ indiquées à ses Preuves de réclamation ARQ 25 LAF- 296 LTA (**compensation « pré / pré »**) ?

- 2) Subsidairement, si le tribunal conclut que les CTI-RTI pour Dommages des résiliations des contrats suite au Premier dividende (dette de l'ARQ à l'égard de CQIM), constituent plutôt des obligations postérieures à l'Ordonnance initiale, peuvent-ils alors être compensés avec les créances de l'ARQ indiquées à ses Preuves de réclamation ARQ 25 LAF-296 LTA (**compensation « post / pré »**) ?

- 3) Les CTI et RTI relatifs aux factures « post » de Western LRS, QNSL et CSL Group à l'Ordonnance initiale (dette de l'ARQ à l'égard de CQIM), peuvent-ils être compensés avec les créances de l'ARQ indiquées à ses Preuves de réclamation ARQ 25 LAF-296 LTA (**compensation « post / pré »**) ?

Table des matières

I.	Théorie de la cause :	1
II.	Questions en litige	2
III.	Faits	5
IV.	Dispositions législatives	7
V.	Cohérence des lois et interprétation large de la LACC	11
A)	Cohérence des lois	11
B)	Interprétation large et libérale de la LACC	11
C)	En l'espèce :	13
VI.	Interprétation contemporaine des lois fiscales	13
VII.	32 LACC et la jurisprudence	16
VIII.	Condition suspensive	17
IX.	Les contrats des fournisseurs	17
X.	Les clauses spécifiques du Plan	17
XI.	Conclusion des sections précédentes	18
XII.	La compensation dans un contexte d'insolvabilité	18
A)	Notion générale	18
B)	La situation au Québec	19
C)	La compensation « pré/pré »	25
i.	Les créances et dettes en présence	25
ii.	L' <i>AFFAIRE Arrangement relatif à Métaux Kitco inc.</i>	26
iii.	L'interprétation de Kitco	27
XIII.	En l'espèce quant à la compensation	28
1)	Applications des interprétations de Kitco en matière d'obligations « pré/pré » :	29
2)	SUBSIDIAIREMENT : la compensation « post/pré »	30
I.	L'arrêt Kitco doit être appliqué différemment selon que la compagnie débitrice en LACC est en affaires ou non	30
3)	La compensation « post/pré » dans les autres provinces canadiennes	34
XIV.	Remarques finales	38

III. FAITS

1. Créances ARQ/ preuves de réclamation 13 391 896,40 \$ (ARQ-8 et 9) :
 - Créances certaines, liquides et exigibles;
 - Contrôleur a accepté les preuves (R-6).
2. Chronologie (suivant ARQ) :
 - Avant le 27-01-15 : Les contrats des 4 créanciers fournisseurs : Canadian Iron Ore, Western LRS, QSNL et CSL Group;
 - 27-01-15 : Ordonnance initiale CQIM (R-1);
 - Voir la *Motion for the Issuance of an Initial Order* du 26 janvier 2015, au paragraphe 15 : « (...) none of the CCAA Parties are generating any further revenue, nor they expected to generate any revenue in the foreseeable future. »;
 - Voir également la *Motion for the Issuance of an Initial Order* du 26 janvier 2015, au paragraphe 104 : « On or about January 2015, the last shipment of Iron was dispatched from Pointe-Noire. »);
 - Voir **R-3**, page 1, paragraphe E, ARQ-11 à la page 2-21;
 - Connaissance d'office de la Cour dans le présent dossier;
 - 27-01-15 : Pour Canadian Iron Ore, résiliation de ses contrats et dommages en résiliation deviennent dus en vertu de sa preuve de réclamation (ARQ-2);
 - 28-01-15 : Avis résiliation 32 LACC à Western LRS, QSNL et CSL Group;
 - 27-02-15 : résiliation des contrats de Western LRS, QSNL et CSL Group;
 - 29-06-18 : le Plan est sanctionné (paragraphe 7 de Requête pour directives et R-4);
 - 16-08-18 : Paiement du 1^e dividende par Contrôleur (59 258 118 \$);

- 30-11-18 : fin de la période pour le calcul de la taxe nette de CQIM (période 1-12-16 au 30-11-18);
 - 30-04-21 : Rapport de vérification de l'ARQ (ARQ-11);
 - CTI-RTI (182 LTA et 318 LTVQ) pour dommages des résiliations des contrats des 4 créanciers fournisseurs : 7 459 257,85 \$ (montant admis);
 - CTI-RTI pour factures incluses dans les preuves de réclamation de Western LRS, QSNL et CSL Group pour la période postérieure à l'ordonnance initiale : 234 755,16 \$ (montant admis);
 - CTI/RTI (si la compensation n'est pas appliquée) seront remis en dividende : voir Rapport du Contrôleur, 56^e, page 16, liste d'admissions;
3. Déclaration de Monsieur Guy Rivard, vérificateur ARQ (ARQ-10) :
- Rapport de vérification (ARQ-11) pour la période de taxes nettes se terminant au 30-11-2018 (laquelle couvre le paiement du premier dividende de 59 258 118 \$ du 16 août 2018 aux Créanciers fournisseurs);
 - 2 Tableaux (CTI-RTI demandés et CTI-RTI accordés par l'ARQ) : ARQ-10 aux pages 3 et 8 + rapport de vérification, ARQ-11 aux pages 7-21 et 17-21;
 - Tableau de la Répartition des montants accordés est admis, voir la page 17-21 de la pièce ARQ-11;
4. Cas particulier Iron Ore :
- Dommage de résiliation de ces contrats à la date de l'Ordonnance initiale du 27 janvier 2015, Voir ARQ-2 :
 - A. Résiliation consensuelle : ARQ-2, acceptation du Contrôleur ARQ-7 d);
 - B. Alternativement : résiliation en vertu de l'article 32 (1) LACC au 5 mars 2016 (application des articles 32 (7) et 19 (1) (b) LACC).
5. Question particulière des factures « post » :

- Un document Excel, pièce ARQ-15 (admis);
- Les preuves de réclamation des créanciers fournisseurs QNSL, Western LRS et CSL Group réfèrent à des factures pour des obligations postérieures à l'Ordonnance initiale qui génèrent des CTI et RTI totalisant **234 755,16 \$ (« post »)**;
- Les preuves de réclamation des créanciers fournisseurs QNSL, Western LRS et CSL Group réfèrent à des factures pour des obligations antérieures à l'Ordonnance initiale qui génèrent des CTI et RTI totalisant **188 185,19 \$ (« pré »)**, **lesquels intrants ne sont pas en litige** dans le présent dossier et seront donc compensés avec les preuves de réclamation de l'ARQ (Pièces ARQ-8 et ARQ-9).

IV. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

6. Les articles 182 LTA et 318 LTVQ¹ prévoient ce qui suit :

182 LTA :	318 LTVQ
<p>« 182 Pour l'application de la présente partie, <u>dans le cas où, à un moment donné, par suite de l'inexécution, de la modification ou de la résiliation, après 1990, d'une convention portant sur la réalisation d'une fourniture taxable au Canada</u>, sauf une fourniture détaxée, par un inscrit au profit d'une personne, <u>un montant est payé à l'inscrit</u>, ou fait l'objet d'une renonciation en sa faveur, <u>autrement qu'à titre de contrepartie de la fourniture</u>, ou encore une dette ou autre obligation de l'inscrit est réduite ou <i>remise sans paiement au titre de la dette ou de l'obligation</i>, <u>les présomptions suivantes s'appliquent</u> :</p> <p>a) <u>la personne est réputée avoir payé, au moment donné, un montant de contrepartie pour la</u></p>	<p>« 318. <u>Dans le cas où, à un moment quelconque, par suite de l'inexécution</u>, de la modification ou de l'expiration, après le 30 juin 1992, <u>d'une convention relative à une fourniture taxable</u>, autre qu'une fourniture détaxée, d'un bien ou d'un service au Québec qui doit être effectuée par un inscrit à une personne, <u>un montant est payé à l'inscrit</u> ou fait l'objet d'une renonciation en faveur de celui-ci <u>autrement qu'à titre de contrepartie de la fourniture</u>, ou une dette ou autre obligation de l'inscrit est éteinte ou réduite sans qu'un paiement ne soit effectué à l'égard de la dette ou de l'obligation, <u>les règles suivantes s'appliquent</u>:</p> <p>1° <u>la personne est réputée avoir payée, à ce moment, un montant de contrepartie pour la fourniture</u></p>

¹ ONGLET 1 : Seuls les articles pertinents de LACC, LFI, LTA et LTVQ y figurent.

<p><u>fourniture égal au résultat du calcul suivant :</u> (...) »</p> <p>(nos soulignements et surbrillance)</p>	<p><u>égal au résultat obtenu en multipliant le montant payé, ayant fait l'objet d'une renonciation ou par lequel la dette ou l'obligation a été éteinte ou réduite, selon le cas, par 100/109,975;</u> 2° l'inscrit est réputé avoir perçu et la personne est réputée avoir payé, à ce moment, la totalité de la taxe relative à la fourniture qui est calculée sur cette contrepartie, laquelle taxe est réputée égale à la taxe prévue à l'article 16 calculée sur cette contrepartie. »</p>
--	---

7. Conditions d'application des articles 182 LTA et 318 LTVQ :

(1) Présence d'une « convention » :

a. Toutes les « conventions » résiliés en l'espèce sont antérieures au 27 janvier 2015 :

12/02/2010 Western LRS, ARQ-5 B;

12/02/2010 Canadian Iron Ore, ARQ-2 A;

13/10/2011 CSL Group, ARQ-6 C;

5/03/2012 QSNL, ARQ-4 C;

(2) La convention porte sur « la réalisation d'une fourniture taxable sauf une fourniture détaxée » par un fournisseur à une personne :

a. Oui et toutes les « conventions » résiliés en l'espèce sont antérieures au 27 janvier 2015;

(3) Aux termes de la convention, la fourniture taxable a (aurait) eu lieu au Canada :

a. Oui et toutes les « conventions » résiliés en l'espèce sont antérieures au 27 janvier 2015;

(4) Le fournisseur est un inscrit :

a. Oui, les quatre (4) Créanciers fournisseurs.

(5) Il y a « inexécution, modification ou résiliation » de la convention :

a. Pour Canadian Iron Ore : date de résiliation soit le 27 janvier 2015 ou le 6 mars 2016;

b. Pour les trois autres Créanciers fournisseurs : 27 février 2015.

- (6) Un montant est « payé » :
- a. Dividende le 16 août 2018 pour les réclamations des Créanciers fournisseurs;
 - b. Condition que pour l' « exigibilité ».

- (7) Ce montant n'est pas versé à titre de contrepartie de la fourniture :
- a. C'est le cas;
 - b. Condition que pour l' « exigibilité »;

8. L'article 19 (1) (b) LACC prévoit que des dommages payés après l'Ordonnance initiale et avant la sanction du Plan, qui concernent un contrat antérieur à l'Ordonnance initiale, donne lieu à une réclamation prouvable. En conséquence, il s'agit d'une obligation « pré » :

« 19 (1) Les seules réclamations qui peuvent être considérées dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement visant une compagnie débitrice sont :

a) celles se rapportant aux dettes et obligations, présentes ou futures, auxquelles la compagnie est assujettie à celle des dates ci-après qui est antérieure à l'autre :

(i) la date à laquelle une procédure a été intentée sous le régime de la présente loi à l'égard de la compagnie,

(ii) la date d'ouverture de la faillite, au sens de l'article 2 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, si elle a déposé un avis d'intention sous le régime de l'article 50.4 de cette loi ou qu'elle a intenté une procédure sous le régime de la présente loi avec le consentement des inspecteurs visés à l'article 116 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité;

b) celles se rapportant aux dettes et obligations, présentes ou futures, auxquelles elle peut devenir assujettie avant l'acceptation de la transaction ou de l'arrangement, en raison d'une obligation contractée antérieurement à celle des dates mentionnées aux sous-alinéas a)(i) et (ii) qui est antérieure à l'autre. »

(Nos soulignements et surbrillances)

9. L'article 32 (7) LACC prévoit que les dommages (suite aux résiliations des contrats antérieurs à l'Ordonnance initiale) des créanciers fournisseurs donnent ouverture à des preuves de réclamation :

« 32 (7) En cas de résiliation du contrat, toute partie à celui-ci qui subit des pertes découlant de la résiliation est réputée avoir une réclamation prouvable »

[Nos soulignements et surbrillances]

10. La Cour supérieure sous la plume de l'Honorable juge Mark Schragar, confirme que les dommages suite une résiliation de contrat en vertu de l'article 32 LACC est une obligation « pré » vu l'application tant de l'article 32 (7) que de l'article 19 (1) b) LACC, ces deux articles ayant été mis en vigueur 2009 :

➤ **Aveos Fleet Performance Inc. / Aveos Fleet performance aéronautique inc. (Arrangement relatif à), 2012 QCCS 6796 (CanLII), (ONGLET 2) :**

« [56] Moreover taken to its logical conclusion, the argument is not really of any help to N.G.A. for the following reason. If Aveos could not rely on Section 32 C.C.A.A. and was obliged to rely on the cancellation for convenience clause in the G.M.S.A., the penalty of \$501,381.00 would nonetheless constitute a provable claim payable under an eventual plan of arrangement or bankruptcy.

[57] "Claim" is defined in Section 2 of the C.C.A.A. by reference to the Bankruptcy and Insolvency Act ("B.I.A.") [7]. Section 19 C.C.A.A. introduced in the 2007 amendments which came into force in 2009, includes in claims that can be dealt with under a plan of arrangement the following:

"19.(1)(b) claims that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company may become subject before the compromise or arrangement is sanctioned by reason of any obligation incurred by the company before the earlier of the days referred to in subparagraphs (a)(i) and (ii)."

This is precisely the situation with the cancellation indemnity claimed by N.G.A. in this case. Though Aveos may have triggered the cancellation penalty after the C.C.A.A. filing, the obligation stems from a contract to which it was bound pre-C.C.A.A. filing.

[58] The claim for the cancellation penalty would also be a claim provable in a bankruptcy (see Section 2 and Section 121 of the B.I.A. which are substantially similar to Section 19 C.C.A.A.).

[59] Accordingly, in any and all scenarios, the \$501,381.00 claimed by N.G.A. for the cancellation indemnity would be a claim provable and would not have the status of a "post-filing claim" payable immediately, i.e. prior to the claims of other creditors.

[...]

[63] Consequently, Section 32 C.C.A.A. is available to Aveos in order to cancel the G.M.S.A. The appropriate order will issue. »

(Nos soulignements)

V. COHÉRENCE DES LOIS ET INTERPRÉTATION LARGE DE LA LACC

A) COHÉRENCE DES LOIS

11. Les articles 19 (1) (b) et 32 (7) LACC, ne font que compléter les articles 182 LTA et 318 LTVQ pour déterminer les droits des parties quant à l'application de la compensation en vertu de l'article 21 LACC;
12. Ces dispositions s'appliquent toutes aux contrats des Créanciers fournisseurs;
13. En interprétation des lois, l'une des présomptions de base est celle de la « cohérence des lois » :

- P-A. Côté avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois*, 4^e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2009 2009 EYB2009THM227, aux paragraphes 1269-1270, (ONGLET 3) :

« 1269. On suppose qu'il règne, entre les divers textes législatifs adoptés par une même autorité, la même harmonie que celle que l'on trouve entre les divers éléments d'une loi : l'ensemble des lois est censé former un tout cohérent. L'interprète doit donc favoriser l'harmonisation des lois entre elles plutôt que leur contradiction, car le sens de la loi qui produit l'harmonie avec les autres lois est réputé représenter plus fidèlement la pensée de son auteur que celui qui produit des antinomies. »

- Ruth Sullivan, *On the Construction of Statutes*, 6^e édition, Lexis Nexis, à la page 338, (ONGLET 4);
- Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 3^e édition, Irwin Law, à la page 181, (ONGLET 5);

B) INTERPRÉTATION LARGE ET LIBÉRALE DE LA LACC

14. L'arrêt récent de la Cour d'appel de l'Alberta dans *Bellatrix Exploration Ltd (Re)*, favorise une interprétation large de l'article 32 LACC :
- *Bellatrix Exploration Ltd (Re)*, 2021 ABCA 85 (CanLII), aux paragraphes 63-65 (ONGLET 6) :

« [63] Section 32 of the CCAA should be read in light of the objectives, context, intent and policies of Parliament (which objectives, context, intent and policies are described in *Callidus Capital*): see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, 1998 CanLII 837 (SCC), [1998] 1 SCR 27 at para 21, saying that the “words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: see also *Canada Trustco Mortgage Co. v Canada*, 2005 SCC 54 para 10, [2005] 2 SCR 601, cited in *Callidus Capital* at para 60 and in *Orphan Well Association v Grant Thornton Ltd*, 2019 SCC 5 at para 88, [2019] 1 SCR 150.

[64] Section 32 should also be read consistently with the applicable canons of interpretation, including that the provision is part of a larger scheme across several pieces of legislation, and accordingly it should be read in harmony with the scheme and not so as to render any other parts of the scheme ineffective. This canon of interpretation also dates back to Lord Mansfield in *R. v Loxdale* (1758) 1 Burr 445 at p 447 where he said:

Where there are different statutes in *pari materia* though made at different times, or even expired, and not referring to each other, they shall be taken and construed together, as one system, and explanatory of each other.

This was lately cited by the UKSC in *T W Logistics Ltd v Essex County Council* and another, [2021] UKSC 4 at para 75; see likewise *Food and Drug Administration et al. v. Brown & Williamson Tobacco Corp. et al.*, 529 U.S. 120 (2000) where O’Connor J pointed to the need to see a statutory system as “as a symmetrical and coherent regulatory scheme”.

[65] Similarly, Antonin Scalia and Bryan Garner wrote in *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts* (2012) at p. 180:

The imperative of harmony among provisions is more categorical than most canons of construction because it is invariably true that intelligent drafters do not contradict themselves ... Hence there can be no justification for needlessly rendering provisions in conflict if they can be interpreted harmoniously”.

See also *Geophysical Service Inc v EnCana Corporation*, 2017 ABCA 125 at para 38, [2017] 9 WWR 55, leave denied [2017] SCCA No 260 (QL) (SCC No 37634). »

(Nos soulignements)

15. De plus, la Cour d'appel d'Alberta dans **Alberta Repsol Canada Energy v. Delphi Corp**, 2020 ABCA 364, au paragraphe 16, la Cour d'appel de l'Alberta mentionne (ONGLET 7) :

«16. In determining whether something is a pre-filing claim under the CCAA, regard must be had to the wording of the CCAA itself. Analysis of the issue in the context of the Limitations Act of a particular jurisdiction, while interesting, cannot provide guidance if it is directly in contradiction to what the CCAA provides. The specific provisions of s 19 were designed to capture claims that are broader than crystallized causes of action [...] »

(Nos soulignements)

C) EN L'ESPÈCE

- Les effets juridiques des articles 32 (7) et 19 (1) (b) LACC permettent d'établir que les CTI et RTI prévus aux articles 182 LTA et 318 LTVQ sont des dettes « pré », ce sont des accessoires des dommages suite aux résiliations²;

VI. INTERPRÉTATION CONTEMPORAINE DES LOIS FISCALES

16. Une interprétation « textuelle et restrictive » des articles 182 LTA et 318 LTVQ n'est pas fondée et aucune présomption en faveur du contribuable ne peut être retenue;
17. Dans l'arrêt **Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)**, 2006 CSC 20 (CanLII), [2006] 1 RCS 715, (ONGLET 9), la Cour suprême résume l'interprétation des lois fiscales :

«21 Dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, 1984 CanLII 20 (CSC), [1984] 1 R.C.S. 536, notre Cour a rejeté l'approche restrictive en matière d'interprétation des lois fiscales et a statué que la méthode d'interprétation moderne s'applique autant à ces lois qu'aux autres lois. En d'autres termes, « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (p. 578) : voir l'arrêt 65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*, 1999 CanLII 639 (CSC), [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. Toutefois, le caractère détaillé et précis de nombreuses dispositions fiscales a souvent incité à mettre davantage l'accent sur l'interprétation textuelle : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2

² *Richmond (Ville) c. La Reine*, 2007 CCI 336 (CanLII), au paragraphe 33 (ONGLET 8) (Le droit fiscal est un droit accessoire qui n'existe qu'au niveau des effets découlant des contrats.)

R.C.S. 601, [2005 CSC 54](#), par. 11. Les contribuables ont le droit de s'en remettre au sens clair des dispositions fiscales pour organiser leurs affaires. Lorsqu'il est précis et non équivoque, le texte d'une loi joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation.

22 Par contre, lorsque le texte d'une loi peut recevoir plus d'une interprétation raisonnable, le sens ordinaire des mots joue un rôle moins important et il peut devenir nécessaire de se référer davantage au contexte et à l'objet de la Loi : *Trustco Canada*, par. 10. De plus, comme la juge en chef McLachlin l'a fait remarquer au par. 47, « [m]ême lorsque le sens de certaines dispositions peut paraître non ambigu à première vue, le contexte et l'objet de la loi peuvent révéler ou dissiper des ambiguïtés latentes. » La Juge en chef a ensuite expliqué que, pour dissiper les ambiguïtés explicites ou latentes d'une mesure législative fiscale, « les tribunaux doivent adopter une méthode d'interprétation législative textuelle, contextuelle et téléologique unifiée ».

23 Le degré de précision et de clarté du libellé d'une disposition fiscale influe donc sur la méthode d'interprétation. Lorsque le sens d'une telle disposition ou **son application aux faits** ne présente aucune ambiguïté, il suffit de l'appliquer. La mention de l'objet de la disposition [TRADUCTION] « ne peut pas servir à créer une exception tacite à ce qui est clairement prescrit » : voir P. W. Hogg, J. E. Magee et J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (5^e éd. 2005), p. 569; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999 CanLII 647 \(CSC\)](#), [1999] 3 R.C.S. 622. Lorsque, comme en l'espèce, la disposition peut recevoir plus d'une interprétation raisonnable, il faut accorder plus d'importance au contexte, à l'économie et à l'objet de la loi en question. Par conséquent, l'objet d'une loi peut servir non pas à mettre de côté le texte clair d'une disposition, mais à donner l'interprétation la plus plausible à une disposition ambiguë.

24 Bien qu'il existe une présomption résiduelle en faveur du contribuable, elle demeure seulement résiduelle et ne s'applique donc que dans le cas exceptionnel où les principes d'interprétation ordinaires ne permettent pas de régler la question en litige : *Notre-Dame de Bon-Secours*, p. 19. Tout doute concernant le sens d'une loi fiscale doit être raisonnable et la présomption ne peut être invoquée que si l'application des règles d'interprétation habituelles n'a pas permis de déterminer le sens de la disposition en cause. J'estime qu'en l'espèce la présomption résiduelle n'est d'aucune utilité à PDC puisque l'application des règles ordinaires d'interprétation législative permet de dissiper l'ambiguïté de la [Loi de l'impôt sur l'exploitation minière](#). Je reviendrai sur cette question plus loin. »

(Nos soulignements et surbrillance)

18. Par ailleurs, récemment, la Cour d'appel du Québec dans **Agence du revenu du Québec c. Des Groseillers**, 2021 QCCA 906 (CanLII), au paragraphe 67 (ONGLET 10) retenait que les lois fiscales doivent s'interpréter dans un système cohérent;

19. De plus, dans un contexte d'insolvabilité, les lois fiscales ne peuvent être isolées de l'ensemble du contexte établi par le système de perception et de remise des taxes par rapport aux dispositions des lois d'insolvabilité :

➤ **Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny**, 2009 CSC 49 (CanLII), [2009] 3 RCS 286 : (ONGLET 11) :

« [19] Il importe, au cours de cette analyse, de rester fidèle aux règles fondamentales de l'interprétation législative contemporaine. Il faut rechercher l'intention du législateur et, pour ce faire, il est souvent nécessaire d'étudier les dispositions législatives en cause dans leur cadre d'ensemble (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5e éd. 2008), p. 276). L'usage de cette méthode provoque un peu de scepticisme à l'égard de la validité des arguments du fisc.

[...]

[21] Ce faisceau de propositions juridiques fait fi des mécanismes d'application de la TPS et de la TVQ. En effet, la qualification juridique des rapports entre le fisc, les fournisseurs et les acquéreurs de biens et services ne saurait être isolée de l'ensemble du contexte établi par le système de perception et de remise de ces taxes et par les dispositions de la LFI. »

(Nos soulignements)

20. Dans le cadre de l'application de l'article 182 LTA, les tribunaux ont retenu une approche contextuelle par rapport à l'approche d'interprétation littérale et restrictive :

➤ **Société en Commandite Sigma-Lamaque c R**, 2010 CCI 415 aux paragraphes 47 à 49, (ONGLET 12);

➤ **Ikea Ltd. c. S.P. Holdings Canada** (C.A., 2001-08-01), AZ-50098933 au paragraphe 33, (ONGLET 13);

VII. 32 LACC ET LA JURISPRUDENCE

21. L'adoption de l'article 32 LACC avait pour but de permettre à une compagnie débitrice de se libérer de contrats dont elle souhaite se défaire car ils pèsent trop lourdement sur ses activités et contribuent à sa mauvaise situation financière³;
22. Ainsi, le but du législateur par l'adoption de l'article 32 LACC était d'aider la compagnie débitrice à se soustraire à des obligations préexistantes (« pré ») qui nuiraient à sa restructuration;
23. La jurisprudence en vertu de l'article 32 LACC confirme que des réclamations en vertu du paragraphe 32 (7) LACC sont nécessairement relatives à des obligations préarrangement, bien que ces dommages aient été cristallisés après un arrangement :
- ***Aveos Fleet Performance Inc. / Aveos Fleet performance aéronautique inc. (Arrangement relatif***, précité, (ONGLET 2);
 - Exemple pratique de l'application de l'article 32 LACC : ***Arrangement relatif à Nemaska Lithium inc.***, 2020 QCCS 482 (CanLII), aux paragraphes 65 à 67, (ONGLET 14);
24. Par ailleurs, dans la décision *Timminco Ltd Re*, la Cour supérieure de l'Ontario détermine que le moment du paiement d'obligations aux termes d'un contrat antérieur ne change pas la qualification « pré » :
- ***Timminco Ltd Re***, 2012 ONSC 4471 (ONGLET 15) :
 - « 42 Further, the debtor company's obligation to make retirement, termination, severance and other related payments to unionized and non-unionized employees have been held to be pre-filing obligations. See Nortel, paras. 10, 12, 67. At para. 67, I stated:
 - ...The exact time of when the payment obligation crystallized is not, in my view, the determining factor under section 11.3 [of the CCAA]. Rather, the key factor is whether the employee performed services after the date of the Initial Order. If so, he or she is entitled to compensation benefits for such current service. »

³ Comité permanent des Banques et du commerce, Sénat, Projet de Loi C-55 : analyse article par article, en ligne, https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/fra/h_ci00790.html (non incluse dans les autorités de l'ARQ).

VIII. CONDITION SUSPENSIVE

25. Les contrats des Créanciers Fournisseurs contiennent des conditions suspensives en lien avec les dommages;
26. Lorsque la condition suspensive se réalise (fin du contrat), l'obligation (le paiement du dommage) devient pure et simple et la compagnie Débitrice (CQIM) doit alors exécuter l'obligation comme si elle avait existé dès le premier jour (signature des contrats);
27. La Cour d'appel dans *Limtech Carbonate inc. (Syndic de)*, 2012 QCCA 619, (ONGLET 16) à ce sujet :

« [30] Comme la condition suspensive s'est réalisée, l'obligation assumée par Limtech est devenue une obligation pure et simple, en date de la faillite. Les parties sont censées avoir été unies par le lien d'obligation depuis le jour de la conclusion de l'engagement, en avril 2003, et non au jour de la faillite qui a coïncidé avec la réalisation de la condition. Les parties se trouvant réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre et la créance de Gaz Métro étant certaine, liquide et exigible en date de la faillite, la compensation par l'effet de la loi a opéré. »

(Nos soulignements)

IX. LES CONTRATS DES FOURNISSEURS

28. Tous les contrats des Créanciers fournisseurs sont antérieurs à l'Ordonnance initiale;
29. La détermination des montants des dommages suite aux résiliations desdits contrats étaient déjà prévus, ARQ-13;
30. Les CTI et RTI ont pris naissance aux termes de ces contrats.

X. LES CLAUSES SPÉCIFIQUES DU PLAN

31. Canadian Iron Ore n'a pas fait une « réclamation de restructuration » mais plutôt une « réclamation ordinaire »;
32. Pour les Créanciers fournisseurs (incluant Canadian Iron Ore le cas échéant) :
 - La clause 4.60 pièce R-2 :

- Cette clause doit être interprétée en conjonction avec l'article 19 (1) (b) LACC, il s'agit donc d'obligations « pré » puisque le contrat est signé antérieurement à l'Ordonnance initiale (voir **Aveos**, précité, au paragraphe 57, **ONGLET 2**);
- Le mot « *contract* » à la clause 4.60 doit nécessairement référer à un contrat intervenu avant l'Ordonnance initiale vu la définition à la clause 4.36 d'« *Excluded Claims* » :

«4.60 : « Restructuring claim » : means (...) claim (...) arising out (...) resiliation (...) on or after the Determination Date, for any contract (...) provided, however, that «Restructuring Claim» shall not include an «Excluded Claim »;

«4.36 : « Excluded Claim » : means (...) claim (...) which arose (...) on or after the Determination Date (other than Restructuring Claims and D & O Claims) (...);

XI. CONCLUSION DES SECTIONS PRÉCÉDENTES

33. En absence de compensation, l'ARQ ne percevrait pas, à toutes fins pratiques, les taxes quant au paiement des résiliations des dommages;

XII. LA COMPENSATION DANS UN CONTEXTE D'INSOLVABILITÉ

A) NOTION GÉNÉRALE

34. Les articles 97(3) de la LFI et 21 de la LACC constituent des exceptions à la règle de l'égalité des créanciers. Toutefois, ces exceptions ont historiquement été interprétées de façon libérale, ce qui a eu pour effet, plus particulièrement dans les restructurations en vertu de la LACC dans les provinces de common law, de permettre d'effectuer une compensation entre les réclamations antérieures et postérieures au dépôt de la demande initiale;
35. La compensation est permise malgré que celle-ci confère un statut équivalent à celui d'un créancier «garanti» :

- ***Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue***, [1995] 3 RCS 453, au paragraphe 8 (**autorité omise**) :

« [8] On reconnaît depuis longtemps qu'il faut chercher à atteindre le premier objectif, celui d'assurer un partage équitable de l'actif du débiteur, en respectant l'ordre de priorité établi par le régime fédéral en matière de faillite. Dans l'arrêt de principe *Royal Bank of Canada c. Larue*, 1928 CanLII 514 (UK JCPC), [1928] A.C. 187, confirmant 1926 CanLII 49 (SCC), [1926] R.C.S.

218, le vicomte Cave, lord chancelier, confirme que la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité, conférée au par. 91(21) de la Loi constitutionnelle de 1867, permet au législateur fédéral d'établir l'ordre des créanciers dans une faillite. Il fait remarquer, à la p. 197

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1894] A.C. 189, à la p. 200, lord Herschell fait remarquer qu'un régime législatif sur la faillite peut souvent exiger diverses dispositions accessoires pour empêcher que l'économie de la loi ne soit mise en échec; il ajoute: «Il peut être nécessaire, à cette fin, de traiter de l'effet des saisies et d'autres sujets qui autrement seraient de la compétence législative de la province. Leurs Seigneuries ne doutent pas qu'il soit loisible au Parlement du Dominion de légiférer sur ces questions dans une loi sur la faillite et que la législature provinciale serait sans doute alors empêchée d'empiéter sur cette loi pour autant que cet empiètement toucherait la loi sur la faillite du Parlement du Dominion». Considérant que ces remarques aident à interpréter le par. 91(21) de la loi de 1867, leurs Seigneuries sont d'avis que la compétence exclusive accordée de ce fait au Parlement du Dominion pour légiférer sur toutes les questions relevant du domaine de la faillite et de l'insolvabilité permet à ce dernier de légiférer sur la priorité relative des créanciers en cas de faillite ou de cession autorisée. [Je souligne.] »

B) LA SITUATION AU QUÉBEC

36. En 2005, dans l'affaire ***D.I.M.S. Construction***, 2005 RCS 52 (autorité omise), la Cour suprême a clairement déclaré qu'aux fins de l'article 97(3) LFI (compensation sous la LFI), le droit civil du Québec est supplétif;
37. Avant même l'arrêt ***D.I.M.S. Construction***, en matière de LACC, et en présence de créances et dettes fiscales, la Cour supérieure confirmait déjà que la « connexité » et la « communauté d'objet » trouvaient application en droit civil québécois bien que l'exigibilité d'une créance était absente au moment d'une Ordonnance initiale :

➤ ***Slater Steel Inc., Re*, 2004 CanLII 7971 (QC CS), (ONGLET 17) :**

« [85] Cependant, la situation a été tirée au clair quand en 2003, la Cour d'appel s'est de nouveau penchée sur la question dans l'Affaire de la faillite de: *Montreal Fast Print Ltd. c. Édifice 9500 inc.* C'est aux motifs de la juge Rousseau-Houle, dissidente, que l'on trouve les commentaires les plus élaborés. Bien que les deux autres juges aient disposé de façon opposée

à ce qu'elle proposait, c'est sur la base d'une *ratio decidendi* qui ne remet pas en question l'analyse de la juge Rousseau-Houle.

[86] La juge Rousseau-Houle se penche d'abord sur l'impact de la Loi d'harmonisation no 1, en particulier quant à la nouvelle rédaction de l'article 183 L.F.I. pour statuer que les amendements législatifs n'ont en rien affecté les pouvoirs de la Cour suprême en matière de faillite :

70 La suppression des mots "in equity" n'a pas pour effet de restreindre la compétence de la Cour supérieure. Celle-ci est un tribunal de droit commun, non une Cour de Chancellerie. Elle se prononce en première instance sur toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal (art. 31 C.p.c.). Elle détient tous les pouvoirs requis pour l'exercice de cette compétence (art. 46 C.p.c.) et il n'est pas nécessaire, comme le mentionne justement le juge Guthrie, dans l'affaire *Castor Holding Ltd (Syndic de)*, [1999 CanLII 11314 \(QC CS\)](#), J.E. 99-2246 (C.S.), d'importer le concept de juridiction in equity pour ajouter à sa compétence générale. L'ancienne disposition de l'[article 183\(1\) L.F.I.](#) ne visait donc qu'à assurer que les cours supérieures de common law exercent leur compétence en droit et en équité lorsqu'elles exercent leur compétence générale. Cet article n'accordait pas à la Cour supérieure du Québec, quand elle exerce sa compétence en matière de faillite, un pouvoir additionnel à celui qu'elle possède déjà. La modification était néanmoins attendue, car pour un civiliste l'"equity" ne peut remplacer la règle de droit.

[87] La juge Rousseau-Houle se demande ensuite dans quelle mesure les tribunaux québécois peuvent, quand le droit civil ne permet pas d'invoquer compensation légale, admettre l'application de la compensation in equity telle que développée par les tribunaux, et qui ne se préoccupe pas du moment où une créance connexe devient exigible.

[88] La juge Rousseau-Houle constate que la solution importée des Courts of Equity à son équivalent en France :

76 On constate que le droit français est parvenu à une solution similaire à celle de l'équitable set-off de common law en instaurant, par voie prétorienne, la compensation de dettes connexes. Inspirés par la doctrine, les tribunaux français admettent que la compensation peut jouer exceptionnellement même lorsque les conditions de liquidité ou d'exigibilité, requises par l'article 1291 C.N. qui correspond à l'[article 1673 C.c.Q.](#), ne sont réunies que postérieurement à la mise en faillite dans l'hypothèse où les dettes sont connexes. Cette solution élaborée il y a plus d'un siècle n'est pas fondée sur la notion d'équité, mais uniquement sur le lien de connexité résultant, soit d'un

même rapport synallagmatique, soit de la convention des parties qui ont elles-mêmes prévu la réciprocité de leurs obligations fongibles ou encore parce qu'il existe entre les dettes réciproques un lien au titre d'une communauté d'objet et de cause des différents contrats. Un rapprochement est fait dans certains cas avec l'exception d'inexécution.

[...]

80 La compensation de dettes connexes en droit français de même que l'équitable set-off en common law constituent des exemples d'application de justice au cas par cas. Tandis que la solution française est une solution automatique, le juge n'ayant pas le libre choix de son application, la solution de common law a l'avantage de permettre une analyse de la pertinence d'application d'une solution compensatoire. Une certaine analogie peut être faite avec la compensation judiciaire, mais puisque le débiteur créancier n'a plus de recours contre le failli, il revient au syndic de déterminer l'existence d'une connexité suffisante entre les deux dettes. La solution in equity est, à mon avis, plus cohérente que l'approche judiciaire du droit français.

[89] La juge Rousseau-Houle note deux arrêts de la Cour d'appel où, sans recourir directement à la doctrine de l'équitable set-off, la compensation de dettes connexes a été reconnue, par interprétation des dispositions de la L.F.I..

[90] S'appuyant sur les nouveaux articles 8.1 et 8.2 de la Loi d'interprétation (fédérale), la juge Rousseau-Houle conclut que les tribunaux québécois doivent reconnaître le droit à la compensation de dettes connexes en matière de faillite, comme suit:

90 La compensation de dettes connexes, en matière de faillite, confère une certaine priorité à un créancier ordinaire en lui procurant un moyen de défense qui lui évite de concourir avec les autres créanciers lorsque les créances, bien que n'étant devenues exigibles qu'après la faillite, sont si étroitement liées qu'il aurait été injuste d'exiger le paiement de l'un sans autoriser la compensation de l'autre. Cette compensation a été développée pour répondre à un besoin de justice tout aussi présent en droit civil qu'en common law.

91 Peut-être devrait-on codifier cette règle car on peut se demander si pour réaliser un changement aussi substantiel, que le remplacement du droit commun québécois par un autre, il ne faudrait pas que la volonté du législateur soit plus clairement manifestée. Dans l'état actuel du droit, j'estime néanmoins que la jurisprudence de

notre Cour qui reconnaît qu'en matière de faillite les dispositions du Code civil sur la compensation s'appliquent pourvu que les créances réciproques existaient au moment de la faillite méritent d'être suivies.

[soulignements du Tribunal]

[...]

[93] Par conséquent, le Tribunal considère que l'état du droit québécois est exprimé par la juge Rousseau-Houle. Il y a lieu à compensation de dettes connexes, même si une créance n'est pas immédiatement exigible, quand telles dettes sont si étroitement liées qu'il serait injuste d'exiger de l'une sans autoriser la compensation de l'autre.

[94] En matière de compensation il y a un lien évident entre l'article 18.1 de la L.A.C.C. et le paragraphe (3) de l'article 97 de la L.F.I. [41].

[95] Le Tribunal applique donc au présent cas les règles de la compensation de dettes connexes énoncées par la juge Rousseau-Houle à l'arrêt Montreal Fast Print.

[96] Le Tribunal constate la présence de deux dettes connexes et réciproques, se manifestant

a) par le même rapport synallagmatique entre l'autorité fiscale et le contribuable, en rapport avec le paiement et le remboursement de la TVQ; et

b) par la réciprocité découlant d'une communauté d'objet et de cause, à savoir l'interaction entre le créancier et le débiteur d'une taxe.

[97] En l'espèce, même si la créance du M.R.Q. n'était pas liquide et exigible en date de l'ordonnance initiale, il serait injuste d'exiger que le M.R.Q. doive rembourser des crédits d'intrants à Slater SC alors que celle-ci n'a jamais payé la TVQ sur les intrants en question et en est ultimement redevable en tant qu'acquéreur des fournitures taxables.

[98] Le Tribunal conclut que le M.R.Q. bénéficie de la compensation de dettes connexes par application de l'article 18.1 de la L.A.C.C. et qu'il peut à l'endroit de Slater SC invoquer sa créance de 1 059 729 \$ établie par l'avis de cotisation du 29 décembre 2003.

(Nos soulignements et références omises)

38. La Cour d'appel, après l'arrêt ***D.I.M.S. Construction***, mais avant Kitco, avait à plusieurs reprises, retenu qu'en droit civil (en matière de proposition et / ou LACC),

la « connexité » et la « communauté d'objet et de cause des différents contrats » entre les dettes est suffisante (donc même en l'absence d'une « exigibilité » au moment du recours à la LFI ou de la LACC) :

➤ **Daltech Architectural inc (syndic de), 2008 QCCA 2441, (ONGLET 18) :**

« [67] Par ailleurs, notre Cour, depuis l'arrêt D.I.M.S. Construction, ne peut plus faire appel à la compensation en équité (equitable set-off). La plus haute Cour considère qu'elle « [...] ne peut pallier l'inapplication du droit civil et ne peut être introduite au Québec par le par. 97(3) LFI ». Par cet arrêt, il est permis d'avancer que la Cour suprême n'a pas retenu une interprétation stricte de la compensation en droit civil québécois. À cet égard, les auteurs LeBel et Le Saulnier citent l'arrêt *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division "Éconogros" c. Collin* qui souligne que :

[...] le Code civil n'est pas un droit d'exception et son interprétation doit refléter cette réalité. Il doit recevoir une interprétation large qui favorise l'esprit sur la lettre et qui permette aux dispositions d'atteindre leur objet.

[Notre soulignement]

[68] En effet, si une interprétation restrictive des règles de la compensation du droit civil québécois devait être retenue, elle aurait pour conséquence inévitable de provoquer une asymétrie juridique entre le régime de common law et celui du droit civil en matière de compensation, ce qui n'a certainement pas été voulu par le législateur.

[69] Notre Cour, dans l'arrêt *Montreal Fast Print Ltd. (Syndic de)*, a posé les jalons d'une alternative à l'interprétation stricte de la compensation en droit civil québécois, tout en écartant la compensation en équité, en énonçant que :

Inspirés par la doctrine, les tribunaux français admettent que la compensation peut jouer exceptionnellement même lorsque les conditions de liquidité ou d'exigibilité, requises par l'article 1291 C.N. qui correspond à l'article 1673 C.c.Q., ne sont réunies que postérieurement à la mise en faillite dans l'hypothèse où les dettes sont connexes. Cette solution élaborée il y a plus d'un siècle n'est pas fondée sur la notion d'équité, mais uniquement sur le lien de connexité résultant, soit d'un même rapport synallagmatique, soit de la convention des parties qui ont elles-mêmes prévu la réciprocité de leurs obligations fongibles ou encore parce qu'il existe entre les dettes réciproques un lien au titre d'une communauté d'objet et de cause des différents contrats. Un

rapprochement est fait dans certains cas avec l'exception d'inexécution.

[70] Ainsi, nonobstant le fait que la compensation en équité ne peut plus être utilisée, la compensation, même lorsque les conditions d'exigibilité ne sont pas remplies, peut être opérée lorsqu'il y a une connexité suffisante et un lien de communauté d'objet et de cause des différents contrats. Je suis d'avis que cette solution doit être retenue en l'espèce. »

[...]

[74] Par ailleurs, le juge Tremblay, juge en chef de notre Cour en 1975, évoque quant à la portée temporelle de l'article 97(3) L.F.I. que :

[...] si cette disposition n'a pas l'effet de permettre que la compensation s'accomplisse après la faillite, je me demande quelle est son utilité. Si la compensation a lieu avant la faillite, les dettes ont alors cessé d'exister et je ne vois pas comment l'on pourrait parler de « réclamations produites contre l'actif » ou d'« actions intentées par le syndic » ».

(Nos soulèvements et références omises)

➤ **Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Dolbec Transport, 2012 QCCA 698, (ONGLET 19) :**

« [37] C'est pourquoi, si, à la suite de l'homologation par le tribunal et le paiement d'un dividende, la CSST était liée par la proposition et ne pouvait plus, selon les dispositions de l'article 62(2) L.F.I., réclamer le solde de sa créance, la Cour est toutefois d'avis qu'elle pouvait toujours, en défense à l'action de Dolbec, se prévaloir des dispositions de l'article 97(3) L.F.I. et opposer le solde de cette créance en compensation, puisque rien dans la proposition concordataire ne s'y oppose et que ces créances sont connexes et ont toutes deux pris naissance avant le dépôt par Dolbec de l'avis de son intention de faire une proposition selon les dispositions de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité. »

39. La Cour supérieure, en contexte de proposition concordataire (même en présence d'un crédit cristallisé après la fin d'un concordat) sous la plume du juge Claude Auclair, retenait également le critère de la connexité :

➤ **Modes Clockwise Itée c. Canada (Procureur général) (Agence du Revenu), 2015 QCCS 5116 (CanLII), (ONGLET 20) :**

« [1] Le Tribunal est saisi d'une « Requête en jugement déclaratoire amendée » (Cote 8) contre l'Agence du revenu du Canada (ci-après ARC) et l'Agence du revenu du Québec (ci-après ARQ) par laquelle la requérante veut bénéficier d'un remboursement de crédits d'impôt pour des dépenses encourues dans une année financière terminée avant le dépôt d'un avis d'intention, mais dont la quotité a été établie à la suite du dépôt d'une déclaration fiscale appropriée – après que toutes ses obligations en vertu du concordat eurent été exécutées – le 19 mars 2014.

[2] La requérante ne veut pas que les montants de remboursement soient appliqués aux dettes fiscales antérieures au dépôt de l'avis d'intention, mais veut plutôt bénéficier d'un remboursement qui lui serait payé directement. Elle prétend que les intimées ne peuvent compenser les crédits qu'elle réclame comme remboursement avec les dettes fiscales antérieures, car ce n'est pas connexe – suivant ses prétentions – puisqu'elle a déposé sa déclaration en avril 2014, après qu'elle eut rempli toutes ses obligations en vertu du concordat qui avait été accepté par jugement – par la registraire Flamand – quelques mois précédemment.

[6] Le Tribunal constate également qu'il y a connexité entre les dettes fiscales et les crédits d'impôt réclamés, car ils se rapportent à des années financières antérieures au dépôt de l'avis d'intention.

[14] CONSIDÉRANT que les crédits – dont la requérante recherche le remboursement – sont nés avant la date de l'avis d'intention, mais ont été cristallisés par la suite;»

(Nos soulignements)

C) LA COMPENSATION « PRÉ / PRÉ »

i. Les créances et dettes en présence

40. Créances de l'ARQ / preuves de réclamation 13 391 896,40 \$ (ARQ-8 et 9) :
Créances certaines, liquides et exigibles;
41. Dette de l'ARQ pour des CTI-RTI totalisant 7 459 257,85\$ nés (certains et liquides) aux termes des contrats des fournisseurs, tous antérieurs à l'Ordonnance initiale, mais lesquels CTI-RTI sont devenus exigibles qu'après l'Ordonnance initiale, soit lors des résiliations desdits contrats ainsi qu'au moment de leurs cristallisations au moment du paiement du 1er dividende du 16 août 2018;

42. Par ailleurs, ces crédits sont les « accessoires » de dommages qui, en vertu des articles 19 (1) b) et 32 (7) LACC, donnent ouverture à des créances « pré » pour les créanciers fournisseurs;
- ii. **L’AFFAIRE *Arrangement relatif à Métaux Kitco inc.*, 2017 QCCA 268 (CanLII) (ONGLET 21)**
43. Les faits;
44. Dans Kitco, le processus d’insolvabilité n’était pas une cessation des activités économiques telle celle en l’espèce, mais plutôt un plan de restructuration qui visait une continuité d’entreprise (voir le paragraphe 43 CA);
- L’entreprise CQIM n’exploite plus son entreprise, a cessé ses activités économiques depuis l’ordonnance :
 - *Motion for the Issuance of an Initial Order* du 26 janvier 2015, au paragraphe 15 : « [...] none of the CCAA Parties are generating any further revenue, nor they expected to generate any revenue in the foreseeable future. »;
 - D’autre part, et à la date du Plan, soit le 16 mai 2018 : « [...] Substantially, all material assets of the CCAA Parties have been sold [...] » suivant le Modified Amended Plan - Amended and Restated Joint Plan of Compromise and Arrangement May 16, 2018, voir la pièce **R-3** du Contrôleur requérant.
45. La dette de l’ARQ envers Kitco pour la remise d’intrants était née d’activités commerciales postérieures à l’ordonnance;
- Les dettes de l’ARQ envers CQIM pour la remise des intrants ne concernent pas des activités commerciales en cours.
46. La compensation visée dans Kitco empêchait le but visé du processus d’insolvabilité, soit une restructuration;
- Il n’y a aucune preuve de CQIM à l’effet qu’en l’absence des paiements des CTI-RTI par l’ARQ, il y aurait nuisance au processus de liquidation de ses actifs.
47. Vu le paragraphe 50 de Kitco, nous croyons que l’analyse de la Cour d’appel est dans le sens suivant :

- Aucune compensation post / pré des intrants n'est possible si la compagnie a des activités commerciales, que celle-ci a généré la dette de l'ARQ et en a besoin dans ses affaires courantes;
- La compensation post / pré des intrants s'opère si la compagnie n'a plus d'activités commerciales.

III. L'interprétation de Kitco

48. **1^{ère} Interprétation de Kitco : Seul le critère de la naissance de la dette antérieure de l'ARQ pour des CTI-RTI devrait être examiné pour déterminer si celle-ci est « pré », sans tenir compte de son exigibilité postérieure à l'ordonnance :**

« [77] L'erreur provient du fait que les dettes pré incluent celles nées après l'Ouverture lorsqu'elles résultent d'une obligation antérieure à celle-ci. Seule la dette née après l'Ouverture et résultant d'une obligation elle-même née après l'Ouverture constitue une dette post, comme le remboursement de taxes de 1,7 M\$ réclamé après l'Ouverture et résultant des opérations de l'entreprise conduites depuis lors.

[79] Dans Daltech également, la Cour réitère que les obligations mutuelles, sources de dettes à compenser, doivent exister au jour d'Ouverture. On y lit :

« [58] La juge Deschamps, dans l'arrêt D.I.M.S. Construction inc. (Syndic) c. Québec (Procureur général), est d'avis que l'art. 97(3) L.F.I. « [...] requiert implicitement que les créances mutuelles doivent avoir pris naissance avant la faillite ». En l'espèce, à l'instar du juge de première instance, je suis d'opinion que la compensation s'applique puisqu'avant la faillite, la faillie détenait une créance contre l'intimée, illustrée par le droit de rétention prévu au Contrat. Les deux parties étaient, en effet, au moment de la faillite, mutuellement créancière et débitrice.

[81] Ce n'est pas de savoir si une dette existe, si elle est liquide et exigible ou connexe à une autre qui importe, c'est de déterminer si elle constitue une réclamation prouvable dûment prouvée ou « réputée prouvée » pour que la compensation s'opère.

[82] À mon avis, les articles 21 L.a.c.c. et 97 (3) L.f.i. qui édictent que « les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations... », précisent par là le moment où la compensation s'opère, soit au moment où doivent être établies les

réclamations; c'est au jour d'Ouverture que s'établit la réciprocité temporelle. »

(Nos soulignements et référence omise)

49. **2^e interprétation de Kitco : En l'absence de l'exigibilité de la dette au moment de l'ordonnance, le droit civil y pallie pour établir qu'elle est néanmoins «pré» :**

« [73] Selon l'Agence, la règle de compensation en matière de faillite doit recevoir une interprétation large. Elle écrit :

...depuis l'affaire DIMS Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général) [DIMS], il est établi que la compensation en équité n'est plus applicable au Québec.

C'est ce qui a amené cette Cour, dans l'affaire Daltech Architectural inc. (Syndic de) [Daltech], à conclure que la compensation légale du CCQ doit recevoir une interprétation large : [...]

La compensation de créances connexes qui ne sont pas nécessairement certaines, liquides ou exigibles en date de l'institution des procédures d'insolvabilité est donc permise en droit civil québécois; ce droit a d'ailleurs été réitéré par cette Cour dans l'affaire Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Dolbec Transport inc. [...]

[Renvois omis]

[74] Jusque-là ça va. Mais ça ne va plus quand l'Agence ajoute à la fin du dernier paragraphe cité :

Sur cet aspect, la première juge n'a pas tenu compte d'aucun des arrêts précités, elle a erré. »

(Nos soulignements et référence omise)

XIII. EN L'ESPÈCE QUANT À LA COMPENSATION

50. Les 2 interprétations de Kitco peuvent trouver application :

1^{ère} :

- les CTI-RTI sont nés aux termes des contrats, tous antérieurs à l'ordonnance initiale;
- De plus la dette CTI-RTI est accessoire aux réclamations des créanciers fournisseurs, lesquelles sont « pré » / 19 1 (b) et 32 (7) LACC;

2^e :

- Connexité des dettes et créances / découlent de lois fiscales;
- Communauté d'objets et de causes entre les créances et les dettes en présence / découle de lois fiscales;

➤ **Slater**, précité, (ONGLET 17) :

« [96] Le Tribunal constate la présence de deux dettes connexes et réciproques, se manifestant

a) par le même rapport synallagmatique entre l'autorité fiscale et le contribuable, en rapport avec le paiement et le remboursement de la TVQ; et

b) par la réciprocité découlant d'une communauté d'objet et de cause, à savoir l'interaction entre le créancier et le débiteur d'une taxe. »

1) APPLICATIONS DES INTERPRÉTATIONS DE KITCO EN MATIÈRE D'OBLIGATIONS PRÉ/PRÉ :

➤ **Louis Dumont and Michel Marleau, « Compensation and Set-Off in Insolvency Restructurings After Kitco : Are We Closer to Symmetry ? »**, IIC-ART Vol. 7-6, Insolvency Institute of Canada (Articles), page 14, (ONGLET 22):

« On the other hand, the Court of Appeal in paragraph 81 of its judgment seems to limit the required analysis to the BIA by stating that the question is not whether there is a debt, or whether it is liquid and exigible, or related to another debt, but whether it is a provable claim duly proved or a “deemed provable claim”.

This has led certain authors to question if the Kitco Court of Appeal judgment has set aside the civil rules of compensation in insolvency matters:

...However, applying the Court of Appeal's approach to situations in which the creditor's claim and request for compensation is contested raises a number of questions.

For one, is this approach contrary to D.I.M.S. Construction, which states that the civil rules of compensation apply? While anyone called upon to determine a claim, whether a trustee, monitor, claims officer or court, the decision maker must inevitably determine if it exists before liquidating it, is that person bound to consider whether or not the claims are connected? While the Superior Court suggests that the answer is yes, the Court of Appeal decision appears to state the contrary, despite the fact that the Court of Appeal does apply D.I.M.S. Construction.. »

(Références omises)

➤ **Ferti-Val inc.**, 2017, QCCS 2057, (ONGLET 23) :

51. La Cour supérieure applique la 1^e interprétation de Kitco et en *obiter dictum* retient que la 2^e interprétation de Kitco pourrait trouver application également :

« [37] En l'espèce DEC a avancé des sommes à la DÉBITRICE avant la faillite et la créance que tente de faire valoir le SYNDIC est pour des crédits d'impôt à la recherche scientifique et au développement expérimental résultant des investissements qu'elle a faits en RS&DE au cours de ses opérations avant la faillite. Ce sont deux dettes pré-faillite.

[38] Le Tribunal n'a pas à décider si, à la lumière notamment du paragraphe [81] précité de l'arrêt Kitco, la connexité mentionnée au paragraphe 37 de l'arrêt Dolbec et au paragraphe 70 de l'arrêt Daltech demeure une condition nécessaire pour que la compensation opère entre deux dettes dans le contexte de la faillite. En l'espèce le Tribunal estime en effet qu'il y a de toute façon, pour paraphraser l'arrêt Daltech, une connexité et un lien de communauté d'objets et de causes entre les avances faites par DEC en vertu de son Programme Innovation, Développement de l'Entrepreneurship et Exportations destiné aux PME et les crédits d'impôt pour recherche scientifique et développement expérimental réclamés. »

(Nos soulignements)

- **Modes Clockwise Itée**, précité, (ONGLET 20):

« [6] Le Tribunal constate également qu'il y a connexité entre les dettes fiscales et les crédits d'impôt réclamés, car ils se rapportent à des années financières antérieures au dépôt de l'avis d'intention.

[14] CONSIDÉRANT que les crédits – dont la requérante recherche le remboursement – sont nés avant la date de l'avis d'intention, mais ont été cristallisés par la suite; »

2) SUBSIDIAIREMENT : LA COMPENSATION « POST / PRÉ »

I. L'arrêt Kitco doit être appliqué différemment selon que la compagnie débitrice en LACC est en affaires ou non :

- 1) continue ses affaires après l'Ordonnance initiale;
- 2) a cessé ses affaires après l'Ordonnance initiale.

52. Pour s'éloigner de l'interprétation littérale de l'article 21 LACC proposée par l'ARQ, et retenir une interprétation large, la Cour d'appel retient que la survie d'une entreprise est l'objectif primordial, en ces termes :

« [43] À mon avis, cette interprétation littérale va à l'encontre de l'objectif primordial de la L.a.c.c., la restructuration des grandes entreprises en difficulté pour en assurer la survie, en faisant échec à la période de *statu quo* voulue par la loi, pendant laquelle l'entreprise peut élaborer un plan d'aménagement à soumettre à ses créanciers. La Cour suprême écrit dans *Century* :

[Références omises]

- Sur la nécessité du *statu quo* :

[60] Le processus décisionnel des tribunaux sous le régime de la LACC comporte plusieurs aspects. Le tribunal doit d'abord créer les conditions propres à permettre au débiteur de tenter une réorganisation. Il peut à cette fin suspendre les mesures d'exécution prises par les créanciers afin que le débiteur puisse continuer d'exploiter son entreprise, préserver le *statu quo* pendant que le débiteur prépare la transaction ou l'arrangement qu'il présentera aux créanciers et surveiller le processus et le mener jusqu'au point où il sera possible de dire s'il aboutira [...]

- Sur l'importance de la survie des entreprises :

[60] [suite] Ce faisant, le tribunal doit souvent déterminer les divers intérêts en jeu dans la réorganisation, lesquels peuvent fort bien ne pas se limiter aux seuls intérêts du débiteur et des créanciers, mais englober aussi ceux des employés, des administrateurs, des actionnaires et même de tiers qui font affaire avec la compagnie insolvable [...]. En outre, les tribunaux doivent reconnaître que, à l'occasion, certains aspects de la réorganisation concernent l'intérêt public et qu'il pourrait s'agir d'un facteur devant être pris en compte afin de décider s'il y a lieu d'autoriser une mesure donnée [...]

[44] L'objectif de restructuration est si important que la L.a.c.c. permet même à la débitrice d'emprunter en créant sur ses biens une garantie qui prime sur toutes les sûretés existantes.

[45] Pour expliquer en quoi l'interprétation littérale de l'article 21 fait échec à l'objectif de restructuration, j'emprunte aux auteurs Anderson, Gelbman et Pullen, « Recent Developments in the Law of Set-off » où ils s'interrogent « whether set-off is available in the CCAA context as between pre-filing debts and post-filing debts. »

53. Les 2 éléments majeurs qui soutiennent la *ratio decidendi* de cet arrêt, reposent sur la continuation des affaires de la compagnie débitrice, et ceux-ci sont :

1. L'objectif de la restructuration et la compétitivité de l'entreprise;
2. Le traitement des créanciers sur un pied d'égalité

54. Quant au 1^{er} élément, la Cour s'exprime ainsi :

« [46] Les auteurs y analysent la décision Re Air Canada, invoquée par l'Agence, qui entrouvre la porte, à tort selon eux, à la compensation de dettes pré et post. Ils élaborent « the following typical scenario » :

- A and B are in a trading relationship, and each month either party could be a net payor;
- A becomes insolvent and seeks court protection pursuant to the CCAA;
- As of the filing date, A owes B a pre-filing debt;
- A and B continue commercial relations in the ordinary course post-filing; and
- Post-filing, B becomes a net payor and purports to set off the amount it owes to A against the pre-filing amounts owed by A to B, potentially until the entire pre-filing debt is extinguished.

If Air Canada stands, it would appear that a set-off would be allowed in the scenario. However, the mischief created by such a set-off is clear; it creates an incentive for a creditor with a pre-filing claim to procure goods or services from the debtor company in the post-filing period and withhold payment for such goods or services to retire the pre-filing debt. At the same time, it creates a disincentive for the debtor company to continue to do business with its suppliers or customers to avoid having to "work off" the pre-filing debt, an action which, depending on the amounts involved, could dissipate significant assets and jeopardize a successful restructuring.

[47] Ce scénario correspond à la situation présente où l'Agence se retrouve avec une dette post, des taxes à rembourser, qu'elle impute contre les cotisations, une dette pré. Une dette post de l'ordre de 15 % du chiffre d'affaires de Kitco, de sorte que, si le statu quo perdure – ce qui est à craindre – l'imputation se continuera « until the entire pre-filing debt is extinguished ».

[48] Comment Kitco peut-elle maintenir son exploitation si, comme ses concurrentes, elle paye 15 % de taxes sur ses intrants mais que, contrairement à celles-ci, elle n'en perçoit pas le remboursement? C'est une situation insoutenable. Les auteurs écrivent:

If a debtor company provides goods or services and receives no payment in return, the restructuring process will be rendered impossible. This result is especially true if multiple creditors are involved. It is difficult to imagine that the legislators of the day intended that result.

[49] Les auteurs citent les sommités du droit de l'insolvabilité, Houlden, Morawetz et Sarra, qui concluent de la même manière :

It is customary in a proposal to provide that creditors dealing with the debtor after the filing of a notice of intention or a proposal shall have no right of set-off. This is done to prevent creditors from purchasing goods from the debtor and claiming a right of set-off against the amount owing to them by the debtor. Even if such a term is not contained in a proposal, it would appear that there is no right of set-off, since if such were allowed it would be a fraud on the bankruptcy law. [...]

If set-off were allowed, it would make it difficult, if not impossible, for a trading company to make a successful proposal.

[50] La juste interprétation de l'article 21 doit se concilier avec l'objectif de restructuration. »

(Nos soulignements)

55. Quant au 2^e élément, la Cour :

« [70] Au jour d'Ouverture, l'Agence était créancière de Kitco pour les cotisations et elle lui devait un certain remboursement de taxes pour des opérations antérieures (et non celui de 1,7 M\$ pour les opérations postérieures à l'Ouverture). La compensation s'est opérée. L'Agence a réduit ses cotisations du montant de ce remboursement, qu'elle n'a donc pas versé à Kitco, réalisant alors sa garantie sur ce bien de Kitco, sa créance pour un remboursement. Une fois sa garantie ainsi réalisée par la compensation, elle ne possède plus aucune garantie sur les autres biens de Kitco, laquelle peut les conserver pour maintenir son exploitation et mettre en œuvre sa restructuration. »

(Nos soulignements)

56. En l'espèce :

- Ces 2 éléments donnent ouverture à l'interprétation que la compensation post/pré est permise quand, comme une situation en l'espèce, la compagnie débitrice a cessé ses affaires.

3) LA COMPENSATION POST / PRÉ DANS LES AUTRES PROVINCES CANADIENNES

57. Selon le droit canadien et certaines analyses, la compensation post / pré peut s'opérer indépendamment qu'il y ait des activités commerciales de la compagnie ou non après l'Ordonnance initiale;
58. La Cour a donc une certaine discrétion quant à la compensation et doit analyser les faits distincts du dossier afin de rendre une ordonnance adéquate;
59. La LACC n'interdit pas la compensation post / pré;
60. Les tribunaux des autres provinces canadiennes n'ont pas trouvé dans la LACC une interdiction formelle, absolue à la compensation pré / post, dans tous les cas, son exercice est assujéti au pouvoir discrétionnaire du juge surveillant :

- **Century Services Inc. c. Canada (Procureur général), 2010 CSC 60 (CanLII), [2010] 3 RCS 379, (ONGLET 24) :**

« [70] La possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n'a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux utilisés dans la LACC. Toutefois, l'opportunité, la bonne foi et la diligence sont des considérations de base que le tribunal devrait toujours garder à l'esprit lorsqu'il exerce les pouvoirs conférés par la LACC. Sous le régime de la LACC, le tribunal évalue l'opportunité de l'ordonnance demandée en déterminant si elle favorisera la réalisation des objectifs de politique générale qui sous tendent la Loi. Il s'agit donc de savoir si cette ordonnance contribuera utilement à la réalisation de l'objectif réparateur de la LACC — à savoir éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d'une compagnie insolvable. J'ajouterais que le critère de l'opportunité s'applique non seulement à l'objectif de l'ordonnance, mais aussi aux moyens utilisés. Les tribunaux doivent se rappeler que les chances de succès d'une réorganisation sont meilleures lorsque les participants arrivent à s'entendre et que tous les intéressés sont traités de la façon la plus avantageuse et juste possible dans les circonstances. »

(Nos soulignements)

61. Voir à cet effet :

- **Re Canadian Airlines, 2001 Carswell Alta 240 (Alta. Q.B.), (ONGLET 25),** au paragraphe 69. (La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a appliqué la compensation entre les dettes antérieures et postérieures au dépôt, ajoutant que le moment où l'une des demandes a

pris naissance pourrait être un facteur permettant de déterminer si ces demandes sont étroitement liée) :

« [69] While the distinction between pre- and post- petition claims may have significance in determining whether a close connection exists in certain circumstances, it is not significant here given the terms of the Plan and the close connection that exists between the cross-claims in issue.

[70] Although Blue Range suggests that it is inappropriate to consider prejudice to other creditors in prohibiting set-off, the court did not go so far as to say that a court in determining a close connection is prohibited from considering whether the intention of the CCAA will be entirely defeated. Allowing set-off in this case will not have such an effect, insofar as the refund which will be applied against Canadian's tax liabilities does not form any part of the fund established by Air Canada to pay dividends to creditors. Further, there is also no evidence before me, nor was any submission made by counsel that would suggest that allowing the set-off in this case would defeat the intention of the CCAA to permit debtor companies to continue in business for the currency of the proceedings and afterward, where possible. »;

➤ ***North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.***, 2015 BCCA 390 (B.C. C.A.), (ONGLET 26) :

« [12] The section by its terms makes provision that the law of set-off or compensation applies to claims made against a debtor company, and actions instituted by a debtor company. This applies in the same manner and to the same extent as if the debtor company were a plaintiff or defendant. By its terms it makes no mention of the powers or jurisdiction of the court in CCAA proceedings. Clearly by its express terms s. 21 does not limit a judge's discretion to stay the exercise of a right of set-off during CCAA proceedings.

[13] I do not see that s. 21 by necessary implication limits a judge's discretion to stay the exercise of a right of set-off during CCAA proceedings. Section 21 does not say anything about a judge's discretion to stay the exercise or rights. Section 21 is contained in Part III of the CCAA, a part dealing with claims that can be dealt with in CCAA proceedings.

[...]

[16] That s. 21 does not restrict the jurisdiction of the court is made clear when it is contrasted with other provisions of the CCAA which specifically prevent the court from staying certain rights and proceedings (see ss. 11.04, 11.06, 11.08, and 11.1). Set-off is clearly a remedy which is specifically stayed by the ARIO, but also generally stayed in insolvency proceedings: see e.g. *Re Quintette Coal* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105 at 111-142 C.B.R. (3d) 303. Clearly, if an attempt at compromise or

arrangement is to have any prospect of success there must be a means of holding creditors at bay. »

62. La compensation pré-post est assujettie au pouvoir discrétionnaire du juge surveillant qui pourra l'autoriser, ou non, selon les circonstances de chaque dossier :

- Louis Dumont and Michel Marleau, précité, (ONGLET 22);
- 9354-9186 Québec Inc. c. Callidus Capital Corp., 2020 CSC 10, (ONGLET 27) :

« [49] Quoique vaste, le pouvoir discrétionnaire conféré par la LACC n'est pas sans limites. Son exercice doit tendre à la réalisation des objectifs réparateurs de la LACC, que nous avons expliqués ci-dessus (voir Century Services, par. 59). En outre, la cour doit garder à l'esprit les trois « considérations de base » (par. 70) qu'il incombe au demandeur de démontrer : (1) que l'ordonnance demandée est indiquée, et (2) qu'il a agi de bonne foi et (3) avec la diligence voulue (par. 69).»

- **Canada c. Canada North Group Inc., 2021 CSC 30 (autorité omise) :**

« [21] La caractéristique la plus importante de la LACC — et celle qui la rend assez souple pour s'adapter si aisément à chaque réorganisation — est le vaste pouvoir discrétionnaire qu'elle confère au tribunal de surveillance (Callidus Capital, par. 47-48). L'article 11 de la LACC accorde au tribunal le pouvoir de « rendre [...] toute ordonnance qu'il estime indiquée ». Ce pouvoir est vaste. Comme le juge en chef et le juge Moldaver l'ont récemment fait observer dans leurs motifs conjoints, « [s]elon le libellé clair de la disposition, le pouvoir conféré par l'art. 11 n'est limité que par les restrictions imposées par la LACC elle-même, ainsi que par l'exigence que l'ordonnance soit "indiquée" dans les circonstances » (Callidus Capital, par. 67). Étant donné le rôle essentiel que le pouvoir discrétionnaire judiciaire joue dans le cadre du régime de la LACC, notre jurisprudence a mis au point les exigences de base encadrant l'exercice de ce pouvoir : l'opportunité, la bonne foi et la diligence. Le juge doit être convaincu que l'ordonnance est indiquée et que le demandeur a agi de bonne foi et avec la diligence voulue (Century Services, par. 69). Le juge doit également être convaincu de l'opportunité de rendre l'ordonnance sollicitée en se demandant si elle favorisera la réalisation des objectifs réparateurs et de politique générale de la LACC (par. 70). Par exemple, étant donné que la LACC a pour objet de faciliter la survie des entreprises en leur permettant

de poursuivre leurs activités, lorsqu'il rend son ordonnance initiale, « [l]e tribunal doit d'abord créer les conditions propres à permettre au débiteur de tenter une réorganisation » (par. 60).

[22] Lorsqu'une cour d'appel révisé l'ordonnance d'un juge surveillant, elle ne doit pas oublier que ce vaste pouvoir discrétionnaire a été confié aux juges surveillants afin qu'ils assument le rôle difficile de concilier sans cesse des intérêts conflictuels et fluctuants. La cour d'appel doit également reconnaître que les ordonnances ont généralement un caractère temporaire ou provisoire, et que le processus de restructuration évolue constamment. Ces considérations nécessitent non seulement que les juges surveillants soient investis d'un large pouvoir discrétionnaire, mais aussi que les cours d'appel fassent preuve d'une déférence particulière avant de modifier des ordonnances rendues en vertu de ce pouvoir discrétionnaire (Pacific National Lease Holding Corp., Re (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 368 (C.A.), par. 30-31). »

(Nos soulignements)

63. L'État est un créancier particulier quant à l'application de la compensation « post / pré » en raison de son rôle de percepteur de taxes (même lorsque cessation des activités après l'Ordonnance initiale);
64. L'absence de compensation « post / pré » occasionnerait une inégalité entre les créanciers vu qu'elle serait au détriment de l'ARQ;

➤ ***Dans l'affaire de la restructuration en vertu de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies : Ville de Montréal c. Le Groupe SMI inc.***, Cour suprême du Canada, Dossier no 39186⁴ :

« 37. Le pourvoi proposé soulève les trois questions suivantes qui, selon la Ville de Montréal, se répondent par l'affirmative :

[...]

b) en présence d'une réclamation pour fraude ne pouvant être compromise selon l'article 19(2) LACC, l'article 21 LACC permet-il à la victime de cette fraude d'opérer compensation avec une dette encourue après l'émission de l'ordonnance initiale?

[...] »

⁴ Extrait cité du Sommaire du site internet de la Cour Suprême du Canada, à l'adresse suivante : <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/info/sum-som-fra.aspx?cas=39186> .

XIV. REMARQUES FINALES

65. Le jugement à intervenir sur la Requête pour directives amendée doit être limité qu'au premier dividende du 16 août 2018 et s'appliquer uniquement à la compagnie débitrice CQIM;
- Voir les paragraphes 14 e), 44 e);
66. Advenant une condamnation au paiement des CTI et RTI, le taux d'intérêt applicable serait celui aux termes des lois fiscales et non le taux légal majoré de l'intérêt additionnel (voir le paragraphe 13, de la pièce R-5.1);
- L'ARQ paierait en fonction des lois fiscales (pour LTVQ voir article 28 LAF et pour la TPS, voir 280 (1) LTA);
67. La rédaction du projet d'ordonnance, pièce R-5.1 du Contrôleur est inadéquate :
- Le vocabulaire ne réfère qu'à la LTA;
 - Aux paragraphes 11 et 13, le taux d'intérêt ne réfère pas aux lois fiscales;
 - Le paragraphe 12.1 n'a pas d'objet puisque le jugement final à intervenir créera un précédent applicable aux parties;
 - Aucune conclusion nonobstant appel ne peut être prononcée :
 - i. CQIM est insolvable :
 - **Adoption — 094**, 2009 QCCA 622 (CanLII), au paragraphe 14, (ONGLET 28)
 - ii. Si les CTI et RTI lui étaient versés, l'ARQ ne pourrait vraisemblablement pas les récupérer vu l'insolvabilité de CQIM;
 - iii. Solvabilité de l'État;
 - iv. La question en litige se distingue en l'espèce;
 - v. CQIM n'a pas besoin des CTI et RTI afin de continuer ses opérations en raison cessation de ses activités commerciales : aucun préjudice pour elle.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.

Montréal, le 12 août 2021



LARIVIÈRE MEUNIER

Avocats de l'Agence du revenu du Québec

COUR SUPÉRIEURE (chambre commerciale)
DISTRICT DE MONTRÉAL N° : 500-11-048114-157
DANS L'AFFAIRE DE LA LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS DES COMPAGNIES :
BLOOM LAKE GENERAL PARTNER LIMITED ET ALS.
Requérantes
et
THE BLOOM LAKE IRON ORE MINE LIMITED PARTNERSHIP ET ALS
Mises en causes
et
AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC AGENCE DU REVENU DU CANADA
Mises-en-cause
et
FTI CONSULTING CANADA INC.
Contrôleur
PLAN D'ARGUMENT DE L'AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC
O R I G I N A L
Me Daniel Cantin Me Jean-Claude Gaudette Me Henrick Lavoie LARIVIÈRE MEUNIER 3800, rue de Marly, secteur 5-2-8 Québec (Québec) G1X 4A5 Téléphone: 418 652-6842 Sans frais: 1 888 830-8808, poste 418 652-5245 Télécopieur : 418 577-5327 Notification : Notif-Quebec@revenuquebec.ca N/Réf. : 1001-CQ-366741-21
BV-0720

CANADA

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-11-048114-157

COUR SUPÉRIEURE
(chambre civile)

DANS L'AFFAIRE DE LA *LOI SUR LES
ARRANGEMENTS AVEC LES
CRÉANCIERS DES COMPAGNIES* :

**BLOOM LAKE GENERAL PARTNER
LIMITED ET ALS.**

Requérantes

ET

**THE BLOOM LAKE IRON ORE MINE
LIMITED ET ALS.**

Mises en causes

ET

**AGENCE DU REVENU DU QUEBEC
AGENCE DU REVENU DU CANADA**

Mises-en-cause

ET

FTI CONSULTING CANADA INC.

Contrôleur

CAHIER DE SOURCES DE L'AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC

Me Daniel Cantin
Me Jean-Claude Gaudette
Me Henrick Lavoie
LARIVIÈRE MEUNIER
Avocats de l'Agence du revenu du Québec

LISTE DES SOURCES

Onglets

➤	Dispositions législatives :	1
–	Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, (L.R.C. (1985), ch. C-36), articles 19 (1), a), (i)((ii), b), 32 (1) à (9) et 21.	
–	Loi sur la faillite et l'insolvabilité, (L.R.C. (1985), ch. B-3) articles 2, 97(3) et 121(1)	
–	Loi sur la taxe d'accise, (L.R.C. (1985), ch. E-15) articles 182 (1), (2), (2.1) et (3)	
–	Loi sur la taxe de vente du Québec, T-0.1 article 318	
➤	<i>Aveos Fleet Performance Inc. / Aveos Fleet performance aéronautique inc.</i> (Arrangement relatif à), 2012 QCCS 6796 (CanLII).....	2
➤	P-A. Côté avec la collaboration de S. Beulac et M. Devinat, <i>Interprétation des lois</i> , 4 ^e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2009 2009 EYB2009THM227, aux paragraphes 1269 et 1270.....	3
➤	Ruth Sullivan, <i>On the Construction of Statutes</i> , 6 ^e édition, Lexis Nexis, p. 338.....	4
➤	Ruth Sullivan, <i>Statutory Interpretation</i> , 3 ^e édition, Irwin Law, p. 181	5
➤	<i>Bellatrix Exploration Ltd (Re)</i> , 2021 ABCA 85 (CanLII)	6
➤	<i>Repsol Canada Energy Partnership v Delphi Energy Corp</i> , 2020 ABCA 364 (CanLII)	7
➤	<i>Ville de Richmond et Sa Majesté la Reine</i> , 2007 CCI 336 (CanLII).....	8
➤	<i>Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)</i> , 2006 CSC 20 (CanLII), [2006] 1 RCS 715	9
➤	<i>Agence du revenu du Québec c. Des Groseillers</i> , 2021 QCCA 906 (CanLII).....	10
➤	<i>Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny</i> , 2009 CSC 49 (CanLII), [2009] 3 RCS 286	11
➤	<i>Société en Commandite Sigma-Lamaque c. R</i> , 2010 CCI 415.....	12
➤	<i>Ikea Ltd. c. S.P. Holdings Canada (C.A., 2001-08-01)</i> , AZ-50098933	13

➤	<i>Arrangement relatif à Nemaska Lithium inc.</i> , 2020 QCCS 482 (CanLII)	14
➤	<i>Timminco Ltd Re</i> , 2012 ONSC 4471	15
➤	<i>Limtech Carbonate inc. (Syndic de)</i> , 2012 QCCA 619	16
➤	<i>Slater Steel Inc., Re</i> , 2004 CanLII 7971 (QC CS)	17
➤	<i>Daltech Architectural inc (syndic de)</i> , 2008 QCCA 2441	18
➤	<i>Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Dolbec Transport</i> , 2012 QCCA 698	19
➤	<i>Modes Clockwise Itée c. Canada (Procureur général) (Agence du Revenu)</i> , 2015 QCCS 5116 (CanLII).....	20
➤	<i>Arrangement relatif à Métaux Kitco inc.</i> , 2017 QCCA 268 (CanLII).....	21
➤	Louis Dumont and Michel Marleau, « <i>Compensation and Set-Off in Insolvency Restructurings After Kitco : Are We Closer to Symmetry ?</i> », IIC-ART vol. 7-6, Insolvency Institute of Canada (Articles), page 14	22
➤	<i>Ferti-Val inc.</i> , 2017, QCCS 2057	23
➤	<i>Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)</i> , 2010 CSC 60 (CanLII), [2010] 3 RCS 379	24
➤	<i>Re Canadian Airlines</i> , 2001 Carswell Alta 240 (Alta. Q.B.).....	25
➤	<i>North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.</i> , 2015 BCCA 390 (B.C. C.A.)	26
➤	<i>9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp.</i> , 2020 CSC 10.....	27
➤	<i>Adoption — 094</i> , 2009 QCCA 622 (CanLII)	28
➤	<i>Tele-Mobile Co. Partnership v. R.</i> , 2013 CAF 149	29

Montréal, le 12 août 2021



LARIVIÈRE MEUNIER

Avocats de l'Agence du revenu du Québec

➤ **Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, (L.R.C. (1985), ch. C-36) :**

19 (1) Les seules réclamations qui peuvent être considérées dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement visant une compagnie débitrice sont :

a) celles se rapportant aux dettes et obligations, présentes ou futures, auxquelles la compagnie est assujettie à celle des dates ci-après qui est antérieure à l'autre :

- **(i)** la date à laquelle une procédure a été intentée sous le régime de la présente loi à l'égard de la compagnie,
- **(ii)** la date d'ouverture de la faillite, au sens de l'article 2 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, si elle a déposé un avis d'intention sous le régime de l'article 50.4 de cette loi ou qu'elle a intenté une procédure sous le régime de la présente loi avec le consentement des inspecteurs visés à l'article 116 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité;

b) celles se rapportant aux dettes et obligations, présentes ou futures, auxquelles elle peut devenir assujettie avant l'acceptation de la transaction ou de l'arrangement, en raison d'une obligation contractée antérieurement à celle des dates mentionnées aux sous-alinéas a)(i) et (ii) qui est antérieure à l'autre.

[...]

- **32 (1)** Sous réserve des paragraphes (2) et (3), la compagnie débitrice peut — sur préavis donné en la forme et de la manière réglementaires aux autres parties au contrat et au contrôleur et après avoir obtenu l'acquiescement de celui-ci relativement au projet de résiliation — résilier tout contrat auquel elle est partie à la date à laquelle une procédure a été intentée sous le régime de la présente loi.

(2) Dans les quinze jours suivant la date à laquelle la compagnie donne le préavis mentionné au paragraphe (1), toute partie au contrat peut, sur préavis aux autres parties au contrat et au contrôleur, demander au tribunal d'ordonner que le contrat ne soit pas résilié.

(3) Si le contrôleur n'acquiesce pas au projet de résiliation, la compagnie peut, sur préavis aux autres parties au contrat et au contrôleur, demander au tribunal d'ordonner la résiliation du contrat.

(4) Pour décider s'il rend l'ordonnance, le tribunal prend en considération, entre autres, les facteurs suivants :

- **a)** l'acquiescement du contrôleur au projet de résiliation, le cas échéant;
- **b)** la question de savoir si la résiliation favorisera la conclusion d'une transaction ou d'un arrangement viable à l'égard de la compagnie;
- **c)** le risque que la résiliation puisse vraisemblablement causer de sérieuses difficultés financières à une partie au contrat.

(5) Le contrat est résilié :

- **a)** trente jours après la date à laquelle la compagnie donne le préavis mentionné au paragraphe (1), si aucune demande n'est présentée en vertu du paragraphe (2);
- **b)** trente jours après la date à laquelle la compagnie donne le préavis mentionné au paragraphe (1) ou à la date postérieure fixée par le tribunal, si ce dernier rejette la demande présentée en vertu du paragraphe (2);
- **c)** trente jours après la date à laquelle la compagnie donne le préavis mentionné au paragraphe (3) ou à la date postérieure fixée par le tribunal, si ce dernier ordonne la résiliation du contrat en vertu de ce paragraphe.

(6) Si la compagnie a autorisé par contrat une personne à utiliser un droit de propriété intellectuelle, la résiliation n'empêche pas la personne de l'utiliser ni d'en faire respecter l'utilisation exclusive, à condition qu'elle respecte ses obligations contractuelles à l'égard de l'utilisation de ce droit, et ce pour la période prévue au contrat et pour toute période additionnelle dont elle peut et décide de se prévaloir de son propre gré.

(7) En cas de résiliation du contrat, toute partie à celui-ci qui subit des pertes découlant de la résiliation est réputée avoir une réclamation prouvable.

(8) Dans les cinq jours qui suivent la date à laquelle une partie au contrat le lui demande, la compagnie lui expose par écrit les motifs de son projet de résiliation.

(9) Le présent article ne s'applique pas aux contrats suivants :

- **a)** les contrats financiers admissibles;
- **b)** les conventions collectives;
- **c)** les accords de financement au titre desquels la compagnie est l'emprunteur;
- **d)** les baux d'immeubles ou de biens réels au titre desquels la compagnie est le locateur.

21 Les règles de compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances, comme si elle était demanderesse ou défenderesse, selon le cas.

➤ **Loi sur la faillite et l'insolvabilité, (L.R.C. (1985), ch. B-3) :**

2 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

réclamation prouvable en matière de faillite ou réclamation prouvable

Toute réclamation ou créance pouvant être prouvée dans des procédures intentées sous l'autorité de la présente loi par un créancier. (claim provable in bankruptcy, provable claim or claim provable)

97 [...]

(3) Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses.

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.

➤ **Loi sur la taxe d'accise, (L.R.C. (1985), ch. E-15) :**

182 (1) Pour l'application de la présente partie, dans le cas où, à un moment donné, par suite de l'inexécution, de la modification ou de la résiliation, après 1990, d'une convention portant sur la réalisation d'une fourniture taxable au Canada, sauf une fourniture détaxée, par un inscrit au profit d'une personne, un montant est payé à l'inscrit, ou fait l'objet d'une renonciation en sa faveur, autrement qu'à titre de contrepartie de la fourniture, ou encore une dette ou autre obligation de l'inscrit est réduite ou remise sans paiement au titre de la dette ou de l'obligation, les présomptions suivantes s'appliquent :

- **a)** la personne est réputée avoir payé, au moment donné, un montant de contrepartie pour la fourniture égal au résultat du calcul suivant :

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

où :

A

représente 100 %,

B

le pourcentage suivant :

(i) si la taxe prévue au paragraphe 165(2) était payable relativement à la fourniture, la somme de 100 %, du taux fixé au paragraphe 165(1) et du taux de taxe applicable à la province participante où la fourniture a été effectuée,

(ii) dans les autres cas, la somme de 100 % et du taux fixé au paragraphe 165(1),

C

le montant payé, ayant fait l'objet de la renonciation ou remis, ou le montant dont la dette ou l'obligation a été réduite;

- b)** la personne est réputée avoir payé, et l'inscrit avoir perçu, au moment donné, la totalité de la taxe relative à la fourniture qui est calculée sur cette contrepartie, laquelle taxe est réputée égale au montant suivant :

(i) si la taxe prévue au paragraphe 165(2) était payable relativement à la fourniture, le total des taxes prévues à ce paragraphe et au paragraphe 165(1) calculées sur cette contrepartie,

(ii) dans les autres cas, la taxe prévue au paragraphe 165(1), calculée sur cette contrepartie.

(2) L'alinéa (1)b) ne s'applique pas aux montants payés ou ayant fait l'objet d'une renonciation, ou aux dettes ou autres obligations réduites ou remises, par suite de l'inexécution, de la modification ou de la résiliation d'une convention, dans le cas où, à la fois :

- a)** la convention a été conclue par écrit avant 1991;
- b)** le montant est payé ou fait l'objet d'une renonciation, ou la dette ou l'obligation est réduite ou remise, après 1992;
- c)** la convention ne tenait pas compte de la taxe relative au montant payé, remis ou ayant fait l'objet d'une renonciation, ni de celle relative au montant dont la dette ou l'obligation a été réduite.

(2.1) La section IX ne s'applique pas dans le cadre du paragraphe (1).

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la partie de tout montant payée ou remise relativement à l'inexécution, la modification ou l'annulation d'une convention portant sur la réalisation d'une fourniture, si cette partie constitue, selon le cas :

- a)** un montant supplémentaire visé à l'article 161 et exigé d'une personne parce que la contrepartie n'est pas versée dans un délai raisonnable;
- b)** un montant versé par une compagnie de chemin de fer à une autre au titre d'une pénalité pour défaut de remettre du matériel roulant dans le délai imparti;
- c)** une surestarie ou un droit de stationnement.

➤ ***Loi sur la taxe de vente du Québec, T-0.1 -***

318. Dans le cas où, à un moment quelconque, par suite de l'inexécution, de la modification ou de l'expiration, après le 30 juin 1992, d'une convention relative à une fourniture taxable, autre qu'une fourniture détaxée, d'un bien ou d'un service au Québec qui doit être effectuée par un inscrit à une personne, un montant est payé à l'inscrit ou fait l'objet d'une renonciation en faveur de celui-ci autrement qu'à titre de contrepartie de la fourniture, ou une dette ou autre obligation de l'inscrit est éteinte ou réduite sans qu'un paiement ne soit effectué à l'égard de la dette ou de l'obligation, les règles suivantes s'appliquent:

1° la personne est réputée avoir payée, à ce moment, un montant de contrepartie pour la fourniture égal au résultat obtenu en multipliant le montant payé, ayant fait l'objet d'une renonciation ou par lequel la dette ou l'obligation a été éteinte ou réduite, selon le cas, par 100/109,975;

2° l'inscrit est réputé avoir perçu et la personne est réputée avoir payé, à ce moment, la totalité de la taxe relative à la fourniture qui est calculée sur cette contrepartie, laquelle taxe est réputée égale à la taxe prévue à l'article 16 calculée sur cette contrepartie.

**Aveos Fleet Performance Inc./Aveos Fleet performance
aéronautique inc. (Arrangement relatif à)**

2012 QCCS 6796

SUPERIOR COURT
Commercial Division

CANADA
PROVINCE OF QUÉBEC
DISTRICT OF MONTRÉAL
N°: 500-11-042345-120

DATE : November 20, 2012

PRESIDING : THE HONOURABLE MARK SCHRAGER, J.S.C.

**IN THE MATTER OF THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT, R.S.C.
1985 c. C-36:**

**AVEOS FLEET PERFORMANCE INC. /
AVEOS FLEET PERFORMANCE AÉRONAUTIQUE INC.**
Insolvent Debtor/Petitioner

and

AERO TECHNICAL US, INC.
Insolvent Debtor

and

FTI CONSULTING CANADA INC.
Monitor

and

NORTHGATEARINSO CANADA INC.
Petitioner

and

CREDIT SUISSE AG CAYMAN ISLANDS BRANCH
Secured creditor

JUDGMENT

INTRODUCTION

[1] Aveos Fleet Performance Inc. ("Aveos") is subject to an order under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("C.C.A.A.")¹ It has sold or seeks to sell all of its assets and is not operating its business. Can it invoke Section 32 C.C.A.A. to cancel an executory contract? This is the principal issue before this Court.

FACTS

[2] Aveos and its related entity, Aero Technical US, Inc. (collectively, the "debtors") applied for and this Court issued an initial order under the C.C.A.A. on March 19, 2012. A stay was issued until April 5, 2012, at that time and has subsequently been extended. F.T.I. Consulting Canada Inc. was named monitor. The record of the Court and particularly the orders and reasons of the undersigned indicate that in the hours following the initial order, the entire board of directors (but one) of Aveos resigned. Most of the remaining employees (i.e. those who had not been laid off prior to the C.C.A.A. filing) were laid off immediately following the initial order and the day-to-day operations of Aveos were shut down.

[3] The remaining director signed the affidavit in support of a Motion Seeking the Appointment of a Chief Restructuring Officer ("C.R.O."), in virtue of which Mr. Jonathan Solursh of the firm R.e.I. Consulting Group, an independent consultant, was named C.R.O. and has acted in such capacity since then. The remaining director resigned following such appointment.

[4] Much time and effort were spent in the month following the filing with the emergency situations of a company not having sufficient cash to operate in the normal course, being in possession of property claimed by third parties and having 2800 former or present employees owed millions of dollars in the aggregate. Nevertheless, the C.R.O. quickly concluded with the support of the Monitor that Aveos had to be sold.

¹ R.S.C. 1985, c. C-25

[5] On April 29, 2012, this Court issued an order approving the "Divestiture Process" put forward by the C.R.O. in virtue of which Aveos was offered for sale. The C.R.O. determined that Aveos' three (3) divisions (i.e. engines, components and air frames) should be marketed with a view to separate sales as it was unlikely that anyone would purchase all three (3) divisions. The C.R.O. believed that the value could be maximized by seeking to split Aveos into three (3) enterprises although there was no impediment to any one person acquiring all three (3) divisions. It was certainly hoped that all three (3) divisions would be sold on a going concern basis and would recommence operations and this in the interest of all stakeholders.

[6] As the Court record indicates, at no time did any party bring a motion to end the stay period with a view to petitioning Aveos into bankruptcy.

[7] The C.R.O. and Monitor have reported on an ongoing basis and also gave evidence in the present matter before the undersigned. The Divestiture Process has given rise to over 10 transactions. Unfortunately, only one sale (for the components division) has been made on a going concern basis where approximately 200 jobs should be conserved. However, and significantly, although the process of seeking bids has ended, the C.R.O. and the Monitor testified before the undersigned that a "latecomer" has appeared, and is performing a due diligence investigation with a view to making an offer to acquire the engine maintenance division of Aveos. The engine maintenance equipment remains in the hands of a liquidator but the scheduled auction has now been postponed. The interested party is in the same type of business, so that the tax losses of Aveos may have value as part of the transaction and this could potentially lead to the filing of a plan of arrangement with some benefit for unsecured creditors. Though the engine maintenance contract with Air Canada was sold as part of the Divestiture Process, it represented approximately 55 % of the engine maintenance business. Accordingly, there is a potential value in the business enterprise beyond the liquidation value of the tangible assets.

[8] Against this status update of the C.C.A.A. file is the dispute between Aveos and the present Petitioner, Northgateairinso Canada Inc. ("N.G.A.").

[9] Aveos was created as a result of the C.C.A.A. restructuring of Air Canada. It was the former maintenance department of Air Canada. Initially, it depended on Air Canada's support for payroll and human resources. As part of the process of separating Aveos from Air Canada, Aveos sought to outsource its human resources and payroll departments. To this end, a process to select a service provider was put in place. The goal of Aveos

was to have a completely outsourced human resources and payroll system that would include computer access for employees through a portal where they could access their files and view their status (e.g. benefit accruals) and even input information (e.g. change beneficiaries in insurance plans). The service would include a call center to handle employee questions.

[10] The establishment of the system had many challenges and complicating factors, such as the fact that some Aveos' personnel were Air Canada's employees that had been seconded to Aveos.

[11] Originally, an operating system completely independent from Air Canada and its services providers was targeted for autumn 2010. This date was extended due to extraneous considerations to July 14, 2011, which was fortunate given all of the developmental problems experienced as will be addressed below.

[12] The "Global Master Services Agreement" ("G.M.S.A.") with N.G.A. was signed between Aveos and N.G.A. in January 2011. By the time of the C.C.A.A. filing in March 2012 not all outstanding operational issues had been resolved. The relationship was fraught with frustration on both sides. Aveos felt that N.G.A. took too long to install systems and was unable to provide certain services altogether. Costs ran over those stipulated in the G.M.S.A. for services not covered under the agreement. All of this caused Aveos to lose confidence in N.G.A.

[13] N.G.A. was frustrated by the ongoing changes in Aveos management personnel charged with the implementation of the system, so that from N.G.A.'s point of view, once it finally "educated" one member of the Aveos team he she was replaced so that Aveos throughout did not fully understand what the system was designed to do, and by extension, what the system could not do.

[14] Aveos felt that N.G.A. as the expert should tell it not merely what was needed, but what was missing in the system to address Aveos' needs. Instead, the Aveos' personnel in charge learned piecemeal that features that they wanted or needed were not available or at least not included in the contract price. This situation was severe enough to cause Aveos to engage the services of Deloitte at the beginning of 2012 as a consultant to help Aveos resolve the continuing issues arising during implementation of the services to be provided by N.G.A. under the G.M.S.A.

[15] N.G.A. felt not only did Aveos fail to understand the system, but it provided incomplete or incorrect data to N.G.A. for input and thus further complicated matters.

[16] The problems with N.G.A. were such that Aveos has sought cancellation of the G.M.S.A. not only under Section 32 C.C.A.A. but also Aveos seeks resiliation for cause pursuant to the law of contracts generally based on N.G.A.'s alleged faulty execution of its obligations.

[17] The level of frustration existing between N.G.A. and Aveos continued after the C.C.A.A. filing. The lay-offs and the shut down of day-to-day operations required services not contemplated by the G.M.S.A. Obtaining such services in a timely manner from N.G.A. was the subject of ongoing extensive and tense negotiations over a period of approximately one month. Aveos was now represented by the C.R.O. and his staff with the support of the Monitor.

[18] Before the undersigned, the representative of the Monitor diplomatically described the situation between N.G.A. and Aveos prior to the C.C.A.A. filing as a "failed business relationship". Unfortunately, the situation did not improve during the post-filing period.

[19] Upon learning of the initial filing under the C.C.A.A., N.G.A. communicated with Aveos. The thrust of N.G.A.'s written and verbal communications were either a refusal to continue services under the existing contract and seeking assurance of payment going forward (according to Aveos) or a request as to what would be required given the change of operations and personnel as described above (according to N.G.A). There followed a series of exchanges including numerous conference calls which gave rise, in succession, to three Memoranda of Understanding dated March 26, April 10 and April 13, 2012 which outlined the services to be provided by N.G.A. to Aveos and the pricing in respect thereof.

[20] Aveos had payroll needs because 120 employees had been recalled. Also payroll periods which fell on both sides of the C.C.A.A. filing date required special attention. Certain "claw-back" amounts previously set off against amounts due to employees had to be paid post-filing. Records of employment had to be issued in order for employees to be able to claim benefits from the government unemployment insurance program.

[21] Other ongoing services under the G.M.S.A. were obviously not required as Aveos' operations were not continuing as had been the case prior to the C.C.A.A. filing.

[22] From N.G.A.'s point of view, the demands being made by Aveos were exorbitant mainly because the time delays were extremely aggressive. Many of the services requested were not what the system was designed to do. For example, records of employment resulting from mass layoffs were

not designed into the system, nor were reversing deductions from past pay periods and ledgering these reversals in the former pay period already closed for purposes of data entry. The system had to be (re-)designed to accommodate these needs.

[23] From the C.R.O.'s point of view, N.G.A.'s performance failures experienced by Aveos pre-filing now continued into the post-filing period. N.G.A.'s difficulty to meet tight time deadlines imposed by the C.C.A.A. circumstances and the exorbitant pricing made it such that Aveos, through the C.R.O., sought and engaged an alternate payroll service provider as of May 1st, 2012. The price for a one-year contract albeit encompassing far less extensive services than those under the G.M.S.A., is one-half of N.G.A.'s monthly fee. Indeed, the representative of the C.R.O. testified that the exorbitant pricing under the three (3) Memoranda of Agreement was only accepted because there was no alternative at that time. As such, \$240,000.00 was paid by Aveos to N.G.A. for the 4-week period between the end of March and the end of April 2012.

[24] In one instance, where the payroll included the reversal of amounts previously set off, N.G.A. could not produce the work product at all or at least on time such that the C.R.O. organized staff to produce 800 pay cheques manually. Moreover, the data in question was entered into the database by N.G.A. in the current as opposed to the old, pre-filing period in consideration of which the payments were being made. This caused Services Canada to question whether the employees were indeed eligible for Unemployment Insurance ("UIC") benefits. Apparently, much energy was expended in order to correct this situation and the results were additional delays for employees to receive their UIC benefits.

[25] Effective May 1st, 2012, Aveos gave notice to N.G.A. that it was cancelling the G.M.S.A. and the three (3) Memoranda of Agreement for faulty performances both pre and post-filing. Alternatively, Aveos took the position that it was cancelling and repudiating the agreements pursuant to its rights to do so under Section 32 C.C.A.A. N.G.A. claims \$501,381.00 which is the indemnity provided by the G.M.S.A. where cancellation is for "convenience", i.e. without cause. N.G.A. also claims the sum of \$91,377.00 for unpaid services rendered under the three (3) Memoranda of Agreement.

[26] Crédit Suisse, the secured creditor, has taken the position that whatever sums might be due to N.G.A., they fall within the definition of "claim" in Sections 2 and 19 C.C.A.A. and are not post-filing claims as postulated by N.G.A. Thus, any payment would be subordinate to the rights of Crédit Suisse.

ISSUES

[27] Is Section 32 C.C.A.A. available to Aveos as a means to resiliate or cancel the G.M.S.A.?

[28] Aside from Section 32 C.C.A.A., does Aveos have the right to resiliate the G.M.S.A. because of the alleged faulty execution by N.G.A. of its obligations there under?

[29] Does N.G.A. have the right to claim the cancellation indemnity of \$501,381.00 foreseen by the G.M.S.A.? If so, is the amount due immediately by Aveos as a claim arising after the C.C.A.A. filing, and as such not subject to the stay of proceedings? In the alternative, is the amount due but subject to be treated as a (pre-filing) ordinary or unsecured claim to be dealt with under an arrangement, if any, or a bankruptcy?

[30] Is the sum of \$91,377.00 due immediately for services rendered by N.G.A. to Aveos after the C.C.A.A. filing?

POSITION OF N.G.A.

[31] N.G.A. contends that Section 32 C.C.A.A. does not apply in the circumstances where Aveos ceased to carry on business, is being liquidated and as such will not propose an arrangement to its creditors. N.G.A. argues that Section 32(1)(b) C.C.A.A. does not apply to such a scenario. The purpose of Section 32 C.C.A.A. is to allow a debtor company to rid itself of contractual obligations which are an impediment to an arrangement. Where no arrangement will be filed, Section 32 C.C.A.A. should not apply according to N.G.A.

[32] Moreover, since the G.M.S.A. contains a provision allowing for cancellation without cause, such recourse must be used before reverting to a statutory mechanism to seek cancellation of the contract. In other words, according to N.G.A., Aveos must pay the stipulated cancellation penalty of \$501,381.00 to achieve cancellation in such manner rather than having recourse to Section 32 C.C.A.A.

[33] The resiliation of the G.M.S.A. for faulty execution is not available to Aveos because on the facts of the case, N.G.A. is not at fault having fulfilled its contractual obligations at all relevant times.

[34] The \$501,381.00 cancellation penalty is not a claim provable within the meaning of the C.C.A.A., but rather is a post-filing claim. This claim arises from the unilateral cancellation of the G.M.S.A. by Aveos after the

C.C.A.A. filing. N.G.A. continued to render services after the filing albeit in a modified manner, at Aveos' request and in order to respond to Aveos' needs in the situation as it unfolded after the C.C.A.A. filing. On or about May 1st, 2012, approximately five (5) weeks after the C.C.A.A. filing, Aveos cancelled the G.M.S.A. and as such the obligation of Aveos to pay the penalty of \$501,381.00.00 arose after the filing. Consequently, it is not a provable claim, but rather an amount arising and payable after the C.C.A.A. filing.

[35] Similarly, the \$91,377.00 representing charges for services rendered after the filing, and at the request of and as agreed with Aveos, are currently due. This is not a claim provable to be dealt with under an arrangement, according to N.G.A. As such, it should be paid by Aveos immediately, as were the other amounts for services rendered after the C.C.A.A. filing, the whole as pleaded by N.G.A.

DISCUSSION

[36] Section 32 C.C.A.A. provides a mechanism for a debtor company to "disclaim or resiliate" agreements to which it is a party at the time of the initial C.C.A.A. filing. This disclaimer is achieved by notice given by the debtor to the co-contracting party.

[37] The debtor company's notice to disclaim may be contested by the other party to the contract as N.G.A. has done in the present case. It then falls upon the Court to make (or not) an order of disclaimer :

[38] Section 32(4) C.C.A.A. provides as follows :

"Factors to be considered

In deciding whether to make the order, the court is to consider, among other things,

- a) whether the monitor approved the proposed disclaimer or resiliation;
- b) whether the disclaimer or resiliation would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made in respect of the company; and
- c) whether the disclaimer or resiliation would likely cause significant financial hardship to a party to the agreement."

[39] On the face of the drafting of Section 32(4) C.C.A.A., the matters listed are not an exhaustive enumeration of the matters that this Court may consider in deciding whether to approve the cancellation of a contract where the notice is contested.

[40] Section 37(4)(c) C.C.A.A. is not in issue in these proceedings because N.G.A. did not allege nor prove any financial hardship arising from the G.M.S.A. There is the obvious lack of revenue stream when the contract is cancelled (approximately \$80,000.00 per month), but it was not contended that the loss of this, *per se* constituted, in this particular case, the "financial hardship" to which subparagraph (c) refers.

[41] Section 32(4)(b) C.C.A.A. addresses the issue of whether the cancellation of the contract would "enhance the prospects of a viable" arrangement being made.

[42] The Monitor filed a report and its representative, Ms. Toni Vanderlaan, testified before the undersigned.

[43] The Monitor confirmed that it had approved the proposed cancellation of the G.M.S.A. as foreseen by Section 32(4)(a) C.C.A.A. In so doing, the Monitor considered the cost of continuing the G.M.S.A., which as indicated above represents approximately \$80,000.00 per month prior to the C.C.A.A. filing. The alternate provider engaged by Aveos after May 1st (Ceridian), was considerably cheaper at \$40,000.00 per year albeit that the scope of the service under the G.M.S.A. provided by N.G.A. was much broader than those provided by Ceridian. In any event, the Monitor determined that the G.M.S.A. was far too expensive given the cash position of Aveos and its payroll and human resources needs in any scenario post C.C.A.A. filing.

[44] In addition to cost, the Monitor concluded that cancelling the G.M.S.A. would enhance the prospect of filing an arrangement. The Monitor underlined that not merely was the G.M.S.A. expensive, but it was undesirable. As stated above, Ms. Vanderlaan summarized the relations between N.G.A. and Aveos at the time of the C.C.A.A. filing as a "failed business relationship". It is clear to the Court that the systems provided by N.G.A. either did not do what they were supposed to do or if they did do what they were supposed to do, then there was a breakdown in communication between N.G.A. as service provider and Aveos as consumer as to what the requirements of Aveos were.

[45] The representative of N.G.A., Mr. Latulippe, referred on a number of occasions to the fact that the representatives of Aveos responsible for the negotiation and implementation of the G.M.S.A. with N.G.A. did not properly

understand what the system was designed to do. This may have been so, but it became evident during the hearing before the undersigned that N.G.A. was lacking in its ability both before and after the C.C.A.A. filing to understand its client's needs and to address them adequately or where that was not possible to explain such inability in a timely and comprehensible fashion. It was therefore not conceivable that Aveos could use the G.M.S.A. going forward because of all of the problems associated with it.

[46] Moreover, the system described in the G.M.S.A. was designed for a company with approximately 3,000 employees. After the C.C.A.A. filing, Aveos only had a fraction of that number on a descending basis. Since the Divestiture Process was based on the premise that no one acquirer would seek to purchase all three (3) divisions of Aveos, then any possible purchasers would not want the contract based purely on the number of employees. Aside from such consideration, the system did not work very well and the likelihood was that any acquirer would be an operator in the industry and already have its own payroll and human resources systems in place. The sale or assignment of the G.M.S.A. as part of a sale of assets was not an alternative in the view of the Monitor even absent all the problems experienced by Aveos with the system. Thus, in any possible scenario, the G.M.S.A. was of no use to Aveos and could not enhance, in any scenario, the making of an arrangement.

[47] However, and as stated above, N.G.A. contends that cancellation under Section 32 C.C.A.A. is not available because Section 32(4)(b) C.C.A.A. does not apply. According to N.G.A., there is no discussion to be had about the prospect of an arrangement since early on in the C.C.A.A. process, Aveos shut down its normal operations and went into liquidation mode. Thus, no plan of arrangement will be made, so that an essential element for the application of Section 32 C.C.A.A. is not met according to N.G.A.

[48] The text of Section 32(4)(b) C.C.A.A. does not impose as a condition for rescission that there be a plan of arrangement or even the certainty that there will be a plan of arrangement filed. Rather 32(4)(b) C.C.A.A. requires that the cancellation of the G.M.S.A. enhance the prospects of a viable arrangement. It is clear from the Monitor's analysis referred to above that the cancellation would rid Aveos of an expensive contract for a system which never functioned in a completely satisfactory manner, and that under the best of circumstances was inappropriate for a company with less than 2,800 employees, and where the relationship with the service provider (both pre and post C.C.A.A. filing) had failed. Viewed in this way, the disclaimer could only enhance the possibility of an arrangement.

[49] It is accepted by the case law that the disclaimer need not be essential but merely advantageous to a plan². There need not be any certainty that there will be a plan of arrangement but just that cancellation of the contract in question would be beneficial to the making of a plan.

[50] Section 32 C.C.A.A. applies even where there is a sales process in place as is the situation with Aveos³. Prior to Section 36 C.C.A.A. coming into force in 2009, it was broadly accepted that liquidating while under C.C.A.A. protection was not contrary to the Act.⁴ Now, Section 36 C.C.A.A. explicitly provides for sales out of the ordinary course of business, with Court approval.

[51] A sales process, particularly when assets are offered on a going concern basis together with intangible property (e.g. customer contracts) can lead to a result where one or several operating business entities similar to those operated by the debtor pre C.C.A.A. filing, continues after the C.C.A.A. process is completed. The ability to file an arrangement can largely be a function of the sales proceeds received and the amounts available to different stakeholders, particularly secured creditors. The point is that the existence of a sales process or "liquidation" does not *per se* mean that an arrangement is not a possibility. The fact that Aveos ceased operations was a function of cash (or the lack thereof), but the sales process was specifically designed to enhance the possibility of going-concern sales. Indeed, the timetable was short, specifically so as to limit the deterioration of critical mass of such things as customer base and labour pool. Despite the fact that only one division (components) of Aveos was sold on a going concern basis through the process, the C.R.O. testified at the hearing that a new prospective purchaser had come forward to possibly purchase the engine maintenance center together with tax losses arising from Aveos' operations. This could result in a plan of arrangement being filed with benefit for unsecured creditors.

[52] Accordingly, in the view of this Court, the shutdown of Aveos' normal operations and the implementation of a sales process does not in itself, eliminate the application of Section 32 C.C.A.A. as argued by N.G.A.

² *Timminco Limited (Re)*, 2012 ONSC 4471 at par. 52 to 57; *Boutique Jacob inc. (Arrangement relatif à)*, 2011 QCCS 276 at par. 38 to 41 and 46; *Homburg Invest inc. (Re)*, 2011 QCCS 6376 at par. 103-106; *9145-7978 Québec inc. (arrangement relatif à)*, 2007 QCCA 768 at par. 26 to 29.

³ *Timminco Limited (Re)*, *op.cit.*, at par. 52-27

⁴ *Sproule vs. Nortel Networks Corporation 2009 ONCA 833*; *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299; *PCAS Patient Care Automation Services Inc. (Re)*, 2012 ONSC 3367; *Brainhunter Inc. (Re)*, (2009) 62 C.B.R. (5th) 41 (ONSC); *Anvil Range Mining Corp. (Re)*, (2002) 34 C.B.R. (4th) (ONCA)

[53] As indicated above, the undersigned has considered the evidence of the C.R.O. with respect to the late bidder. C.C.A.A. issues generally must be decided in "real time" if for no other reason so as to achieve the broad remedial purpose of the legislation⁵ of providing a means for financially-strapped enterprises to correct problems and continue in business. This is all the more so in a process such as the Aveos Divestiture Process where the parties' business judgment dictates that the debtor be offered for sale but the parties do not know ahead of time what the outcome of such process will be. The situation evolves constantly and rapidly. The Court's decisions along the way cannot be frozen in time lest those decisions be unrealistic and unhelpful to the process. In any event, even if the undersigned only considered the facts as they were at the date of the notice to disclaim the G.M.S.A. as urged by N.G.A., the undersigned would still be of the opinion that Section 32 C.C.A.A. is available to Aveos for the reasons given above pertaining to the interpretation of Section 32 C.C.A.A.

[54] N.G.A. also submitted that since the G.M.S.A. contains a mechanism to cancel where cancellation for cause under the common law of contracts is not available, then Section 32 C.C.A.A. cannot apply. The argument put forward by N.G.A. is based on the decision in the matter of Hart Stores⁶ where Mongeon, J.S.C. held that Section 32 C.C.A.A. did not apply to the cancellation or termination of verbal contracts of employment having no fixed term.

[55] The reasoning in that case was that the mechanism in Section 32 C.C.A.A. was inappropriate to cancel a verbal contract of indeterminate term where the law (Article 2091 of the Civil Code of Québec) provided a mechanism for unilateral cancellation. In this Court's opinion that reasoning does not apply to a written service agreement of determinate term such as the G.M.S.A.

[56] Moreover taken to its logical conclusion, the argument is not really of any help to N.G.A. for the following reason. If Aveos could not rely on Section 32 C.C.A.A. and was obliged to rely on the cancellation for convenience clause in the G.M.S.A., the penalty of \$501,381.00 would nonetheless constitute a provable claim payable under an eventual plan of arrangement or bankruptcy.

[57] "Claim" is defined in Section 2 of the C.C.A.A. by reference to the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("B.I.A.")⁷. Section 19 C.C.A.A. introduced

⁵ *Century Services Inc. vs. Canada (Attorney General)*, [2010] 3 S.C.R. 379

⁶ *Re Hart Stores Inc.*, 2012 QCCS 1094

⁷ R.S.C. c. B-3

in the 2007 amendments which came into force in 2009, includes in claims that can be dealt with under a plan of arrangement the following:

"19.(1)(b) claims that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company may become subject before the compromise or arrangement is sanctioned by reason of any obligation incurred by the company before the earlier of the days referred to in subparagraphs (a)(i) and (ii)."

This is precisely the situation with the cancellation indemnity claimed by N.G.A. in this case. Though Aveos may have triggered the cancellation penalty after the C.C.A.A. filing, the obligation stems from a contract to which it was bound pre-C.C.A.A. filing.

[58] The claim for the cancellation penalty would also be a claim provable in a bankruptcy (see Section 2 and Section 121 of the *B.I.A.* which are substantially similar to Section 19 C.C.A.A.).

[59] Accordingly, in any and all scenarios, the \$501,381.00 claimed by N.G.A. for the cancellation indemnity would be a claim provable and would not have the status of a "post-filing claim" payable immediately, i.e. prior to the claims of other creditors.

[60] The Courts have said on numerous occasions that pre-filing creditors cannot under the guise of making a post-filing claim, obtain a preference over other creditors.⁸ This applies even to employees for severance claims arising from termination of employment after the C.C.A.A. filing⁹. The equitable treatment of creditors' demands that claims for contractual damages arising from the termination of contracts after filing under the C.C.A.A. be treated on a par with other provable claims¹⁰.

[61] Consequently, N.G.A.'s argument based on the cancellation of the G.M.S.A. without cause after the C.C.A.A. filing date is not helpful to N.G.A., since even if correct, the argument would give rise to a claim provable only.

[62] Moreover, the parties cannot write out part of the C.C.A.A. from contracts.¹¹ This is against public policy. Parties to a contract cannot exclude in advance the application of the C.C.A.A. It would be offensive to the wording of Section 32 and the C.C.A.A. in general if Section 32 C.C.A.A. could not achieve its purpose as a result of the drafting of the contract which

⁸ *Pine Valley Mining Corporation (Re)*, 2008 B.C.S.C. 368 para. 37-42; *Canwest Global Communications Corp. (Re)*, 2010 O.N.S.C. 1746, para. 29-31, 33-35

⁹ *Canwest Global Communications Corp. (Re)*, op.cit.

¹⁰ *Timminco Limited (Re)*, op.cit., para. 44

¹¹ Section 8 C.C.A.A.

the debtor sought to cancel. This would defeat the rehabilitative purpose of the C.C.A.A. and thus would be contrary to the public policy of the C.C.A.A.

[63] Consequently, Section 32 C.C.A.A. is available to Aveos in order to cancel the G.M.S.A. The appropriate order will issue.

[64] Because of the manner in which the Court has answered the first issue set forth hereinabove (i.e. the application of Section 32 C.C.A.A.) it is not necessary to analyse whether Aveos could cancel the G.M.S.A. for cause because of alleged faulty execution by N.G.A. in virtue of the law of contracts generally.

[65] Regarding the \$501,381.00 cancellation indemnity, the following should be added. Section 32(7) C.C.A.A. provides that any loss suffered in relation to the disclaimer is a provable claim. The Court renders no judgment on whether the amount of any such claim is \$501,381.00 or any other amount in the circumstances. That will have to be determined at a later date, if necessary.

[66] The final issue requiring determination is the matter of N.G.A.'s claim for \$91,377.00 for system maintenance. This amount represents the fee of \$10,153.00 per week stipulated in the memorandum of understanding of April 13th. Such an amount was paid for the period up to the end of April 2012. The \$91,377.00 represents \$10,153.00 per week for the 9-week period commencing April 30, 2012, i.e. the expiry of the term of the last memorandum of understanding.

[67] N.G.A. needed the data maintained in the system to complete the records of employment ("R.O.E.") for each of the employees. It had contracted to make "best efforts" to complete those R.O.E.s by April 28, 2012. Mr. Latulippe, N.G.A.'s representative, testified that N.G.A. completed all of the R.O.E.s by April 28th, except for 50 which were problematic and could not be completed until the end of June. Accordingly, N.G.A. required the data to be maintained until that time. He conceded that there was no explicit agreement in place after April 30, 2012 for Aveos to pay such weekly system maintenance fee.

[68] Even though N.G.A. only contracted to make best efforts to complete the R.O.E.s before April 28th, if N.G.A. needed to maintain the data in the system after April 28th, it was not justified, without Aveos' consent, to charge the \$10,153.00 per week to maintain the data in the system. The "best efforts" clause may have attenuated N.G.A.'S obligation to complete by April 28th but did not impose an obligation on Aveos after that date without its consent. It had been agreed after the C.C.A.A. filing that the services to be provided by N.G.A. and paid for by Aveos were set

forth in the memoranda of understanding. There was no obligation to pay for system maintenance after April 28th.

[69] The Court adds that the fact that the cancellation of the G.M.S.A. takes effect according to Section 32(5) C.C.A.A. on the 30th day following Aveos' notice of May 7, 2012 does not entitle N.G.A. to charge for services under the M.G.S.A. not provided nor for services not agreed to under the memoranda of understanding. Accordingly, the claim for \$91,377.00 will be denied.

FOR ALL OF THE FOREGOING REASONS, THE COURT :

[70] **DISMISSES** Northgearinso Canada Inc.'s "Amended Motion to Strike De Bene Esse Notice by Debtor Company to Disclaim or Resiliate an Agreement and for Payment of Post-filing Obligations", dated July 9, 2012;

[71] **DECLARES** and **ORDERS** resiliated as of June 6, 2012 the following agreement, namely: "Global Master Services Agreement" between Aveos Fleet Performance Inc. and Northgearinso Canada Inc. dated June 30, 2010 as amended from time to time including, *inter alia*, by subsequent Memoranda of Agreement".

[72] **THE WHOLE** with costs against Northgearinso Canada Inc.

Montreal, November 20, 2012

MARK SCHRAGER, J.S.C.

Mtre. Martin Poulin
Fraser Milner Casgrain LLP
Attorneys for Aveos Fleet Performance inc./
Aveos Fleet Performance Aéronautique Inc.
and Aéro Technical US, Inc.
Insolvent Debtor/Petitioner

Mtre. Geneviève Cloutier
Gowling Lafleur Henderson s.e.n.c.r.l
Attorneys for Northgearinso Canada Inc.

Mtre. Bernard Bouchard and Mtre. Caroline Dion
Blake, Cassels & Graydon LLP
Attorneys for Canadian Counsel for Credit
Suisse AG, Cayman Islands Branch

Mtre. Sylvain Rigaud
Norton Rose Canada LLP
Attorneys for FTI Consulting Canada Inc.
Monitor

Dates of Hearings: September 28, October 18, 19 and 30, 2012

EYB2009THM227

Interprétation des lois, 4e édition, 2009

Pierre-André CÔTÉ avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT

La cohérence des lois entre elles

Indexation

Interprétation des lois ; méthodes ; méthode systématique et logique ; principes d'interprétation ; principe de la cohérence de la loi ; conflit de lois

TABLE DES MATIÈRES

Sous-section 1 : L'interprétation systématique des lois connexes (in pari materia)

Sous-section 2 : Les lois fédérales et le droit privé provincial

Sous-section 3 : L'harmonisation des lois entre elles et la solution des conflits

Paragraphe 1 : La notion de conflit de règles

Paragraphe 2 : La conciliation des règles

Paragraphe 3 : La hiérarchisation des règles

Sous-paragraphe 1 : La solution du conflit par le recours à la volonté expresse du législateur

Sous-paragraphe 2 : La solution du conflit par le recours à la volonté tacite du législateur

Paragraphe 4 : Les conflits de règlements

1269. On suppose qu'il règne, entre les divers textes législatifs adoptés par une même autorité, la même harmonie que celle que l'on trouve entre les divers éléments d'une loi : l'ensemble des lois est censé former un tout cohérent¹⁹⁰. L'interprète doit donc favoriser l'harmonisation des lois entre elles plutôt que leur contradiction, car le sens de la loi qui produit l'harmonie avec les autres lois est réputé représenter plus fidèlement la pensée de son auteur que celui qui produit des antinomies¹⁹¹.

1270. Plus concrètement, la présomption de cohérence des lois entre elles se manifeste avec d'autant plus d'intensité que les lois en question portent sur la même matière, sont « *in pari materia* », comme on a l'habitude de dire. D'autre part, il peut apparaître certains conflits entre différentes lois, conflits que l'interprète devra résoudre de manière à rétablir l'harmonie.

Sous-section 1 : L'interprétation systématique des lois connexes (*in pari materia*)

1271. Le législateur est censé maintenir, dans l'ensemble des lois qu'il adopte sur un sujet donné, une cohérence à la fois dans la formulation des textes et dans les politiques que ces textes mettent en oeuvre :

« [traduction] Lorsqu'il se trouve différentes lois dans une même matière, il faut les considérer et les interpréter ensemble, comme un système, comme s'expliquant l'une par l'autre, même si elles remontent à des époques différentes, même si certaines ont expiré, même si elles ne renvoient pas les unes aux autres. »¹⁹²

1272. La justification première de ce principe, c'est que l'on suppose que, lorsque l'auteur d'une loi élabore celle-ci, il tient compte des lois qui sont alors en vigueur, spécialement de celles qui portent sur la même matière, et qu'il façonne la nouvelle loi de manière à ce qu'elle s'intègre convenablement dans le droit existant à la fois au point de vue de la forme et au point de vue du fond. Cette justification du principe fonde le recours aux lois connexes antérieures à celle interprétée, lois qui forment l'environnement légal dans lequel vient s'insérer la loi nouvelle et qui peuvent servir à en préciser le sens.

1273. Qu'en est-il, cependant, des lois connexes postérieures ? Il semble qu'en cas d'ambiguïté réelle dans une loi, on puisse invoquer le contenu¹⁹³ ou la forme¹⁹⁴ de lois connexes postérieures¹⁹⁵. Les lois étant toutes l'oeuvre d'un même auteur, on supposera qu'il y a une certaine uniformité dans l'expression et une certaine constance dans les politiques, abstraction faite du moment de l'adoption, si bien qu'on pourra s'autoriser d'une loi postérieure pour inférer soit le sens des mots dans une loi antérieure, soit la politique qu'une telle loi poursuit. Le recours à la loi connexe postérieure peut également se justifier en considérant celle-ci comme une interprétation législative de la loi antérieure¹⁹⁶. On peut enfin fonder la prise en compte des lois subséquentes sur le souci de cohérence de la législation qui doit guider l'interprète : ayant à choisir entre deux façons différentes de construire une

règle à partir d'un texte, l'interprète devrait toujours favoriser l'interprétation qui assure l'harmonie entre les divers éléments du système juridique plutôt que celle qui entraîne des antinomies ou des incohérences, cela indépendamment de l'époque à laquelle un élément donné a été introduit dans le système.

1274. Les raisons ici évoquées pour fonder le principe du recours aux lois connexes devraient amener à en exclure l'application lorsque des lois sur le même sujet sont l'oeuvre d'autorités différentes. En particulier, la présomption de cohérence ne joue pas entre lois fédérales et lois provinciales sur le même sujet¹⁹⁷, ou, à tout le moins, elle ne s'appliquerait pas avec la même intensité ni tout à fait pour les mêmes raisons. Comme c'est la communauté d'origine de deux lois qui rend ordinairement leur lecture conjointe éclairante, c'est d'abord aux lois connexes adoptées par le même législateur qu'il faut se reporter.

1275. Cependant, on ne peut, d'une part, attribuer à un législateur provincial l'intention de contredire les lois du Parlement fédéral. Une loi fédérale qui serait contraire à une loi provinciale valide rendrait celle-ci inopérante : en vertu des principes généraux d'interprétation, un tel résultat ne doit pas être favorisé si bien qu'une loi provinciale devra être examinée avec les lois fédérales qui seraient susceptibles, en cas de conflit, de la rendre inopérante. D'autre part, on peut également supposer que le législateur connaissait le droit existant au moment où il a édicté une loi. Ce droit est constitué de la législation aussi bien provinciale que fédérale. Comment alors ignorer totalement les lois connexes ou analogues, même adoptées par une autre législature ? Si, par exemple, une province légifère pour la première fois sur une matière qui, depuis longtemps, fait l'objet de lois fédérales, ne peut-on pas raisonnablement supposer, en l'absence d'indication contraire expresse ou implicite, que le législateur provincial emploie les termes dans le même sens que celui que leur donne la législation fédérale¹⁹⁸ ?

1276. En résumé donc, la présomption de cohérence entre lois connexes vaut surtout pour les lois émanant d'un même législateur. Elle s'appliquerait néanmoins entre lois issues de deux législateurs différents dans la mesure où il serait possible d'inférer des circonstances une volonté d'un des auteurs d'imiter la forme ou de tenir compte de la substance de l'autre législation¹⁹⁹.

1277. On peut aussi constater que la jurisprudence a parfois recours, pour interpréter les textes législatifs, à des textes analogues adoptés par d'autres législateurs. Cet exercice, qui tient du droit comparé, a souvent pour objet, au Canada, des textes analogues édictés par différents législateurs provinciaux²⁰⁰. On

reviendra plus loin sur l'argument tiré du droit comparé²⁰¹, car il ne relève pas véritablement d'un souci de cohérence à l'intérieur d'un système juridique. Il s'agit en fait plutôt d'une argumentation par l'exemple que l'on peut rapprocher, à certains points de vue, des arguments d'autorité.

1278. En pratique, on a recours aux lois connexes ou analogues soit pour en inférer le sens d'un terme, soit pour mieux préciser l'objet d'une loi. De même qu'on présume que règne dans une loi une certaine uniformité dans l'expression, on fait aussi l'hypothèse que le législateur maintient cette uniformité dans l'ensemble des lois sur une matière donnée. Le même terme est censé avoir le même sens dans toutes les lois connexes. Par exemple, le sens du terme « congédiement » que l'on trouve dans la *Loi de la fonction publique* a pu être inféré du sens de ce même terme dans le *Code du travail*²⁰², ou encore on a pu faire appel au *Code de la route* pour arrêter le sens du terme « automobile » utilisé dans la *Loi d'indemnisation des victimes d'accident d'automobile*²⁰³. La *Loi d'interprétation* fédérale (art. 15(2)b)) consacre d'ailleurs ce principe à l'égard des définitions données dans un texte législatif : elles valent en principe pour tous les textes portant sur un domaine identique.

1279. Il faut toutefois utiliser cette présomption avec prudence : ce n'est qu'un guide destiné à faire apparaître l'intention du législateur. Il se peut bien que le texte même d'une loi connexe s'oppose tout à fait à l'importation d'une définition prise dans une autre loi²⁰⁴. En outre, le sens d'un mot étant largement tributaire de son contexte, il peut être très dangereux de passer d'une loi à une autre sans faire les adaptations au sens des mots que peut exiger un changement de contexte :

« [traduction] Il ne fait pas de doute que, en vue de déterminer le sens d'un terme donné dans une loi, on peut prendre en considération l'emploi de ce terme dans d'autres lois, surtout dans le cas de lois portant sur la même matière, mais il est tout à fait faux de supposer qu'on puisse, parce que deux lois portent sur la même matière, transférer une définition en bloc d'une loi à l'autre. »²⁰⁵

1280. Pour cette raison, un tribunal pourra même refuser de prendre en considération l'interprétation d'un terme donnée par la jurisprudence à propos d'autres lois²⁰⁶.

1281. Il convient de signaler qu'en droit canadien il faut tenir compte, dans l'interprétation des lois, de certains textes qui, en raison de leur caractère très général, sont en quelque sorte « connexes » à un grand nombre de lois. Nous

songeons en particulier au Code civil ou au *Code criminel*. On peut supposer que lorsque le législateur fait usage d'un terme auquel l'un de ces textes fondamentaux donne un sens bien précis, le terme doit être entendu, en principe, dans ce sens²⁰⁷. On constate effectivement que les tribunaux se réfèrent bien volontiers à ces textes pour établir le sens des termes employés dans des lois particulières. Il est évidemment possible, toutefois, que le sens donné à un terme dans le droit commun ne soit pas celui qui convienne dans le contexte d'une loi particulière donnée²⁰⁸.

1282. La formulation d'une loi connexe peut aussi être invoquée pour servir de fondement à un raisonnement *a contrario* : une rédaction différente dans des lois concernant le même sujet peut faire présumer une différence de sens. Par exemple, dans l'affaire *Carrières c. Richer*²⁰⁹, où il s'agissait des conditions fixées pour remplir les fonctions de syndic, la Cour opposa la rédaction de la *Loi de l'instruction publique* à propos des syndics (« savoir lire et écrire ») à celle du *Code municipal* à propos des conseillers municipaux (« savoir lire et écrire couramment ») pour conclure que la première loi n'exigeait pas des syndics qu'ils sachent lire et écrire avec facilité. Dans *R. c. Kussner*²¹⁰, la mention, dans une loi connexe, du fait que celle-ci liait la Couronne a servi de fondement à la conclusion que la loi examinée ne la liait pas.

1283. La présomption de cohérence et d'harmonie entre lois connexes ne s'applique pas uniquement à leur forme : elles sont aussi réputées refléter la volonté d'un législateur logique qui, à l'intérieur de l'ensemble des lois sur une même matière, est censé procéder systématiquement, c'est-à-dire sans contradiction, et donner à des problèmes semblables des solutions semblables. Dans l'affaire *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*²¹¹, par exemple, le juge Bastarache a souligné qu'il fallait aborder la *Loi sur le droit d'auteur*²¹², en autant que faire ce peut, de façon à éviter que son interprétation soit incompatible avec la *Loi sur les marques de commerce*²¹³, ces deux lois étant *in pari materia*.

1284. Une loi connexe peut être utile pour préciser le champ d'application d'un texte. Par exemple, on a jugé ²¹⁴ que la *Loi d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile* devait s'interpréter comme ne s'appliquant pas à des dommages subis en raison d'un acte criminel perpétré au moyen d'une automobile, en l'occurrence, des voies de fait. Le juge estima que, ce type de dommage étant couvert par la *Loi d'indemnisation des victimes d'actes criminels*, il ne pouvait l'être aussi en vertu de la loi déjà citée.

1285. En outre, dans l'affaire *Harvard College c. Canada (Commissaire aux Brevets)*²¹⁵, la Cour suprême du Canada devait décider de la brevetabilité de souris génétiquement modifiées, utilisées à des fins de recherche sur le cancer. Le débat portait sur le terme « invention », défini à l'article 2 de la *Loi sur les brevets*²¹⁶, afin de savoir s'il pouvait être interprété pour inclure des « formes de vie supérieures ». Dans ses motifs pour la majorité, le juge Bastarache donne de l'importance à une loi connexe, à savoir la *Loi sur la protection des obtentions végétales*²¹⁷, qui vise les formes de vie supérieures végétales, c'est-à-dire les plantes dites hybrides. L'existence même de cette loi *in pari materia*, sur les plantes génétiquement modifiées, a été vue comme un élément supplémentaire démontrant que le législateur fédéral ne considère pas que les formes de vie supérieures, tant végétales qu'animales, tombent sous le coup de la *Loi sur les brevets*²¹⁸.

1286. On présumera aussi que le même problème reçoit la même solution dans toutes les lois qui en traitent. Dans l'arrêt *Municipalité du canton de Goulbourn c. Municipalité d'Ottawa-Carleton*²¹⁹, la majorité des juges de la Cour suprême a étudié des lois connexes à la loi examinée en vue de mettre en évidence la politique suivie en Ontario en matière de régionalisation municipale et de régularisation des actifs des municipalités affectées par la régionalisation²²⁰.

1287. En conclusion, il convient de souligner la nature spéciale des rapports de complémentarité qui existent entre le *Code civil du Québec* et les lois particulières. Le Code constitue le fondement des lois particulières dans les matières dont il traite, comme le rappelle la disposition préliminaire du *Code civil du Québec*. Il peut s'agir de lois édictées par le législateur québécois ou de lois fédérales touchant ces matières (il s'agit principalement, mais non exclusivement, de matières de droit privé) et qui font appel, de façon explicite ou implicite, à des concepts, à des principes ou à des règles du droit commun²²¹. Le Code sert non seulement de réservoir conceptuel pour les lois particulières²²², mais il en constitue également le complément normatif²²³.

Sous-section 2 : Les lois fédérales et le droit privé provincial

1288. Le rapport de complémentarité entre le droit fédéral et le droit privé provincial a fait l'objet d'un intérêt renouvelé lors de l'édition du *Code civil du Québec*²²⁴. En 1997, le Programme d'harmonisation des lois fédérales avec les règles et principes applicables en droit privé provincial fut mis sur pied, donnant

lieu, en 2001, à l'édition de la *Loi n° 1 visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil de la province de Québec et modifiant certaines lois pour que chaque version linguistique tienne compte du droit civil et de la common law*²²⁵. Le Parlement modifiait ainsi la *Loi d'interprétation* fédérale en y ajoutant l'article 8.1 :

« 8.1 Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte. »²²⁶

1289. Cet article affirme, d'une part, l'égalité autorité des systèmes juridiques de droit civil et de common law et il dispose, d'autre part, que lorsque il est nécessaire de recourir à des règles ou notions de droit privé dans l'application de la législation fédérale, il faut faire appel au droit privé applicable dans les différentes provinces au moment où le texte législatif fédéral s'applique et non au moment où il a été adopté. La *Loi d'harmonisation* ajoutait également l'article 8.2 dont l'objet consiste à assurer un arrimage conceptuel entre les termes et expressions employés dans les lois fédérales et le droit privé provincial²²⁷ :

« 8.2 Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes. »

1290. Ces articles consacrent ainsi le rapport de complémentarité entre le droit fédéral et le droit privé des différentes provinces, même si leur mise en oeuvre est susceptible de porter atteinte à l'uniformité de l'application des lois fédérales d'une province à l'autre²²⁸. Par conséquent, les principes d'interprétation applicables aux lois fédérales bijuridiques diffèrent de ceux qui guident l'interprétation des autres lois bilingues *unijuridiques*. Avant d'envisager le sens commun des versions française et anglaise de la loi, l'interprète devrait appliquer les principes énoncés aux articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation* fédérale²²⁹ et faire appel, le cas échéant, aux notions, principes ou règles en vigueur en droit privé provincial.

Sous-section 3 : L'harmonisation des lois entre elles et la solution des conflits

1291. Le postulat de la rationalité du législateur mène à faire présumer l'absence de conflit entre les lois. Pourtant, l'abondance de la législation rend inévitable les conflits entre les règles énoncées dans divers textes législatifs, que ces conflits soient apparents seulement ou véritables²³⁰.

1292. Une précision d'ordre terminologique mérite d'être ici apportée. Lorsqu'il est question de conflits de lois, on fait normalement référence à un conflit entre deux normes énoncées dans deux textes différents. C'est bien d'antinomies dont il s'agit, c'est-à-dire d'incompatibilité entre des normes ou des règles, et non pas, à strictement parler, de conflits de textes ou de conflits entre des textes.

1293. Un conflit de textes n'implique pas nécessairement un conflit de règles. La rédaction bilingue conduit parfois à un manque de concordance entre les deux versions linguistiques, mais ces deux versions, par hypothèse, ne peuvent fonder qu'une seule règle et ne peuvent donc entraîner une antinomie. Le fait de souligner que le conflit se situe au plan des règles et non au plan des textes permet de mieux réaliser que l'identification du conflit suppose, comme démarche préalable, que les deux textes soient interprétés en vue de construire les règles. Le diagnostic du conflit présuppose donc une interprétation, dont l'un des objectifs sera d'éviter, si c'est possible, de construire deux règles de façon à ce qu'elles entrent en conflit.

1294. Cela dit, il est souvent plus pratique et certainement plus répandu de parler de conflits entre des textes que de faire référence à des conflits entre des règles énoncées dans deux textes différents. Nous ne nous écarterons donc pas de cette façon coutumière de désigner les antinomies, mais le lecteur est prévenu qu'il ne sera question ici que de conflits de règles, et non de simples conflits de textes.

1295. Les précédents montrent que les tribunaux sont d'une extrême réticence lorsqu'il s'agit de conclure à la contradiction entre deux textes. S'il y a véritablement conflit, il devra être réglé par une hiérarchisation des textes : l'un aura priorité sur l'autre qui devra être réputé inopérant ou, selon le vocabulaire conventionnel, « tacitement abrogé ».

1296. Or, il y a une présomption forte contre l'abrogation tacite d'un texte par un autre : elle ne doit jamais être encouragée²³¹. À l'inverse, toute interprétation qui permet d'éviter les conflits de lois doit être favorisée, car on présume qu'elle a plus de chances de refléter la volonté du législateur rationnel²³².

1297. Pour analyser le processus d'harmonisation des lois entre elles et la solution des conflits, il faut d'abord considérer la notion de conflit retenue par les tribunaux, puis voir comment les conflits peuvent être soit résorbés par une interprétation qui réconcilie les textes, soit résolus par hiérarchisation des normes incompatibles. Enfin, les problèmes particuliers posés par les conflits de règlements méritent un traitement à part.

Paragraphe 1 : La notion de conflit de règles

1298. Comme on l'a indiqué, il existe une présomption à l'encontre des conflits de lois et de l'abrogation tacite d'une loi par une autre. Comme le juge Barclay l'a exprimé dans *Duval c. Le Roi* :

« [traduction] L'abrogation implicite n'est pas considérée avec faveur. Il est raisonnable de présumer que le législateur n'a pas voulu maintenir en vigueur des dispositions vraiment contradictoires ni, par contre, prendre une mesure aussi importante que l'abrogation sans en exprimer l'intention. Il ne faut pas adopter une telle interprétation à moins qu'elle ne soit inévitable. Toute interprétation raisonnable qui permet d'éviter ce résultat a de bonnes chances d'être conforme à l'intention véritable. »²³³

1299. Vu cette présomption à l'encontre du conflit de dispositions, on devine que les tribunaux favorisent une notion étroite du conflit de lois, de manière à réduire les cas d'abrogation implicite²³⁴.

1300. Selon la jurisprudence, deux lois ne sont pas en conflit du simple fait qu'elles s'appliquent à la même matière : il faut que l'application de l'une exclue, explicitement ou implicitement, celle de l'autre.

Deux lois ne sont pas en conflit du simple fait qu'elles s'appliquent à la même matière.

1301. D'après une jurisprudence constante, on ne peut conclure au conflit entre deux lois simplement parce que l'une et l'autre occupent le même champ, traitent de la même matière, s'appliquent au même objet : il est en effet possible que les deux traitements soient entièrement conciliables.

1302. Dans *Toronto Railway Co. c. Paget*²³⁵, on alléguait un conflit entre une loi régissant une compagnie de chemin de fer et la loi générale sur les chemins de fer. La loi particulière disposait que le passager qui refuse de payer son passage était passible d'une amende. La loi générale prévoyait pour le même cas une sanction

d'expulsion du train. Il était expressément prévu dans la loi générale que la loi spéciale avait priorité en cas de conflit. La Cour suprême jugea cependant qu'il n'y avait pas de conflit entre ces deux lois, c'est-à-dire que la disposition prévoyant l'amende ne pouvait pas s'interpréter comme excluant l'application de l'autre sanction, prévue dans la loi générale, soit l'expulsion. Le juge Anglin déclara :

« Il ne suffit pas, pour écarter l'application de la loi générale, qu'elle traite du même sujet d'une manière légèrement différente. Il n'y a d'incompatibilité que dans la mesure où les dispositions ne peuvent coexister. »²³⁶

1303. Dans *City of Ottawa c. Town of Eastview*²³⁷, la Cour jugea conciliables les dispositions d'une charte municipale autorisant une corporation municipale à fixer le prix de l'eau fournie à une autre et celles de la loi municipale générale conférant à l'*Ontario Municipal Board* le pouvoir de modifier le prix ainsi fixé.

1304. Dans *R. c. Williams*²³⁸, la majorité des juges considéra qu'un règlement qui prévoyait le paiement d'une amende au cas d'exportation d'or sans permis du ministre des Finances n'était pas incompatible avec un autre règlement qui prévoyait la confiscation de tout bien exporté sans un permis accordé par une commission administrative : le paiement d'une amende pour violation du règlement A n'excluait pas la confiscation du bien exporté contrairement au règlement B.

1305. Une loi qui confère à une commission scolaire le pouvoir de déterminer l'emplacement des écoles peut se concilier avec une autre qui confère à l'autorité municipale le pouvoir général de prescrire l'usage des sols²³⁹.

1306. Une loi qui prévoit l'indemnisation d'une victime d'accident du travail n'exclut pas l'application d'une autre qui concerne le recours en responsabilité civile contre l'auteur du dommage²⁴⁰. Une loi qui reconnaît aux Indiens le droit de chasser pour leur subsistance n'est pas contraire à une autre qui prescrit que l'usage des armes à feu ne doit pas mettre en danger la vie d'autrui²⁴¹.

1307. Deux lois portant sur la même matière peuvent donc se compléter plutôt que se contredire. On présumera d'ailleurs qu'elles se complètent puisqu'on évite ainsi l'abrogation tacite de l'une d'entre elles²⁴².

Deux lois sont en conflit si l'application de l'une exclut, explicitement ou implicitement, celle de l'autre.

1308. Il y a conflit entre deux lois, et éventuellement abrogation tacite de l'une

d'elles, « [traduction] si et seulement si elles sont à ce point incompatibles ou contraires qu'elles ne puissent coexister »²⁴³.

1309. L'impossibilité de coexister peut être manifeste à la seule lecture des deux lois : c'est ce que nous appellerons le conflit explicite. Il se peut aussi qu'il apparaisse que la coexistence des textes, bien que matériellement possible, serait contraire à l'intention du législateur : c'est ce que nous appellerons le conflit implicite²⁴⁴.

1310. Le cas du conflit explicite ne présente guère de difficultés. Ont été jugées incompatibles : une loi décrétant l'insaisissabilité d'une pension et une autre la déclarant saisissable en partie²⁴⁵ ; une loi établissant à six mois la prescription d'un recours et une autre la fixant à trois mois²⁴⁶ ; une loi autorisant la prorogation de délais soit avant soit après leur expiration et une autre exigeant que la prorogation soit accordée avant l'expiration²⁴⁷ ; une loi qui permet que l'irrecevabilité d'une demande soit invoquée en tout état de cause et une autre qui exige qu'elle le soit *in limine litis*²⁴⁸ ; une loi qui impose pour une infraction une amende d'au plus 100 dollars et une autre qui impose, pour la même infraction, une amende de 1000 dollars au moins²⁴⁹ ; une loi qui dénie le droit d'appel dans des circonstances où une autre l'accorde²⁵⁰.

1311. Le conflit implicite, lui, soulève plus de controverses. Rappelons qu'il s'agit du cas où il serait matériellement possible d'appliquer deux lois, mais où il y a de bonnes raisons de croire que le faire serait contraire à l'intention du législateur.

1312. Il y a conflit implicite, par exemple, si l'application cumulative de deux lois, bien que techniquement possible, mène à des conséquences tellement déraisonnables ou absurdes qu'on puisse croire que le législateur n'a pas voulu une telle application. Ainsi, on a jugé²⁵¹ que, bien que rien ne s'opposât techniquement à ce qu'une personne soit indemnisée deux fois à l'égard d'un même dommage, il était « inconcevable » que le législateur ait entendu accorder une double indemnité : il fallait donc choisir entre les deux lois²⁵².

1313. Un autre cas de conflit implicite, plus fréquent, est celui où l'une des deux dispositions en cause peut s'interpréter comme excluant implicitement l'application de toute autre. Par exemple, une législature confère à une municipalité le pouvoir de régir une activité quelconque : fabrication du pain²⁵³, commerce de lait²⁵⁴, circulation automobile²⁵⁵. Plus tard, la législature adopte une autre loi par laquelle elle édicte des mesures relatives aux mêmes matières. Peut-on voir dans cette

nouvelle intervention du législateur la manifestation d'une volonté de retirer aux municipalités le pouvoir de légiférer à l'avenir sur les matières régies par la nouvelle loi provinciale ? Dans certaines affaires, on a jugé que l'adoption de la loi provinciale ne devait pas s'interpréter comme une abrogation complète du pouvoir municipal : celui-ci pouvait continuer à s'exercer à la condition toutefois de ne pas contredire la réglementation provinciale, c'est-à-dire que la municipalité pouvait être plus exigeante, mais non moins exigeante que la province²⁵⁶.

1314. On a, par contre, aussi décidé que l'intervention du législateur provincial dans un champ jusqu'alors attribué aux municipalités pouvait s'interpréter comme une abrogation totale de tout pouvoir municipal en la matière. Dans *Re Vancouver Incorporation Act*²⁵⁷, le juge Bird exprima l'avis que le pouvoir qu'avait la ville de Vancouver de contrôler la qualité du lait vendu dans ses limites avait été abrogé implicitement par l'adoption du *Milk Act* qui établissait des normes provinciales de qualité. La *Loi sur le lait* établissant un code exhaustif relatif à la qualité du lait, la ville ne pouvait plus appliquer ses règlements à ce sujet même s'ils étaient plus sévères que la réglementation provinciale.

1315. Toute la question sera donc de déterminer, selon les circonstances de chaque affaire, si l'édition d'une norme peut s'interpréter comme l'exclusion tacite de toute autre²⁵⁸. Pour décider cette question, le juge devra considérer l'objet général de la loi pour voir si le législateur avait ou non l'intention de poser une règle complète en elle-même, exhaustive ou exclusive. Les précédents montrent que les tribunaux n'hésiteront pas à conclure au conflit implicite au nom du caractère exhaustif d'une loi²⁵⁹, mais, parce qu'elle fait appel à l'intention tacite du législateur, c'est là une question au sujet de laquelle les arrêts font voir qu'il y a place pour de franches divergences d'opinion²⁶⁰.

Paragraphe 2 : La conciliation des règles

1316. Lorsque deux lois paraissent antinomiques, le juge doit résoudre la contradiction, harmoniser les deux textes²⁶¹. Deux techniques s'offrent alors à lui. Ou bien l'antinomie sera résorbée par l'interprétation des textes de manière à les concilier, ou bien la contradiction sera résolue en établissant la prédominance d'un texte sur l'autre. La différence entre les deux techniques paraît plutôt formelle que réelle. Par exemple, c'est la même chose de déclarer, en cas de conflit entre deux textes dont l'un est général et l'autre spécial, que le général doit s'interpréter comme ne s'appliquant pas aux cas couverts par le spécial ou que le spécial déroge

au général. Le résultat est identique et ce sont les mêmes motifs qui inspirent la démarche dans les deux cas.

1317. Puisque l'on présume que le législateur est rationnel et qu'il ne se contredit pas, la règle est qu'en face d'un conflit apparent de deux lois, l'interprète doit s'efforcer de voir si la contradiction ne peut pas être évitée par une conciliation des textes en cause :

« Lorsque l'on se trouve en présence de deux textes législatifs qui à première vue paraissent entrer en conflit l'un avec l'autre, il faut [...] essayer de les réconcilier avant de faire prévaloir le plus récent sur le plus ancien et de lui donner l'effet d'une abrogation implicite totale ou partielle de ce dernier. »²⁶²

1318. Le plus souvent, l'interprète conciliera les textes en attribuant à chaque loi un champ d'application distinct de manière à reconnaître l'effet de chacune, mais sans contradiction entre elles. Dans *Gladysz c. Gross*²⁶³, les dispositions suivantes paraissaient en conflit : celles du *Pound District Act* qui déclarait que les dommages causés par un animal errant dans un « district de fourrière » étaient à la charge du propriétaire de l'animal et celles du *Trespass Act* qui mettait les dommages à la charge du propriétaire des biens endommagés à moins que celui-ci n'ait érigé une clôture conforme aux exigences de la loi. Pour résoudre la contradiction, le tribunal attribua à chaque loi une aire d'application distincte, le *Trespass Act* étant interprété comme ne s'appliquant pas dans les districts érigés en « *pound district* ».

1319. Dans *Ville de Pointe-Claire c. Henry Morgan & Co.*²⁶⁴, le conflit se présentait entre la *Loi des véhicules automobiles* qui prohibait l'imposition d'une taxe sur les véhicules automobiles et la *Loi sur les cités et villes* qui permettait d'imposer une taxe sur les voitures dont on se sert pour faire la livraison. Le conflit fut réglé en interprétant le mot « voiture » dans la *Loi sur les cités et villes* comme ne comprenant pas les véhicules automobiles visés par la *Loi des véhicules moteurs*²⁶⁵.

1320. Dans *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*²⁶⁶, la Cour suprême a jugé conciliables les dispositions de l'*Insurance Act* de Colombie-Britannique permettant à un assureur de mettre fin à un contrat d'assurance sur simple envoi d'un préavis et les dispositions du *Human Rights Code* de cette même province qui exigent qu'on ne prive pas une personne de services habituellement offerts au public si ce n'est pour une cause raisonnable. Ce

résultat fut atteint en donnant aux dispositions de l'*Insurance Act* une portée simplement procédurale²⁶⁷.

1321. Comme il vient d'être indiqué, la conciliation n'est qu'une des méthodes employées pour résoudre les conflits. Elle est d'ailleurs relativement exceptionnelle, les tribunaux ayant plutôt coutume de reconnaître ouvertement le conflit et de le trancher en procédant à une hiérarchisation (plutôt qu'à une interprétation) des textes antinomiques.

Paragraphe 3 : La hiérarchisation des règles

1322. Le mode ordinaire de solution des conflits de loi, c'est celui qui consiste à hiérarchiser les textes contradictoires, c'est-à-dire à établir la primauté d'un texte sur l'autre. Celui qui a priorité s'appliquera au cas examiné, l'autre n'ayant aucun effet à son égard.

1323. Lorsqu'une loi nouvelle prive ainsi d'effet une loi ancienne, on a coutume de dire que l'ancienne a été « tacitement abrogée ». Nous avons déjà indiqué les raisons pour lesquelles nous sommes d'avis que le concept d'abrogation décrit mal le phénomène qui se produit lorsqu'une loi en rend une autre inopérante²⁶⁸.

1324. D'après la doctrine admise, c'est la volonté du législateur qui doit décider laquelle des deux lois en conflit a priorité. Cette volonté peut être expressément manifestée. À défaut d'expression formelle, il faudra la déduire en recourant aux règles ordinaires d'interprétation et, en particulier, à certaines maximes qui sont censées indiquer la volonté présumée du législateur en matière de solution des conflits de lois.

Sous-paragraphe 1 : La solution du conflit par le recours à la volonté expresse du législateur

1325. Conscient de la possibilité de conflits entre les lois qu'il adopte, le législateur a pu formuler expressément des règles de solution qui permettront d'établir la priorité d'une loi sur une autre.

1326. Les formules employées pour hiérarchiser diverses lois entre elles sont familières et variées²⁶⁹. On écrira que telle disposition s'applique « nonobstant » ou « malgré » toute disposition contraire si on veut établir sa primauté. À l'inverse, si la primauté d'une autre disposition veut être affirmée, on énoncera la règle « sous réserve » de cette autre disposition. On pourra même consacrer à cette

question un article entier établissant que les dispositions d'une loi « prévalent sur les dispositions inconciliables de toute autre loi ».

1327. L'application de textes de cette nature peut soulever des difficultés de deux types. La plus évidente est celle liée à l'identification du conflit : ce peut être une question fort controversée que de savoir si deux textes sont inconciliables ou bien s'ils se complètent. L'existence même d'un conflit soulève des questions d'interprétation qui doivent être réglées avant que la règle de solution du conflit ne soit appliquée.

1328. L'autre problème est celui de savoir à l'égard de quelles lois le législateur a voulu établir la prédominance ou la subordination. Est-il nécessaire, par exemple, de préciser qu'une disposition s'applique malgré les dispositions contraires de toute loi générale ou spéciale ? Pigeon a écrit²⁷⁰ que la rédaction « nonobstant toute disposition inconciliable » ne mettait pas de côté les lois spéciales. La prudence recommande peut-être cette rédaction, plus explicite, mais une telle rédaction n'est nullement nécessaire. Les lois générales étant, en vertu des règles ordinaires, écartées par les lois postérieures, il faut interpréter la formule « nonobstant toute disposition inconciliable » comme s'appliquant aux dispositions d'une loi spéciale antérieure qui, à défaut de disposition expresse, risqueraient d'avoir priorité. Le principe de l'effet utile commande d'interpréter cette disposition comme visant les lois spéciales antérieures²⁷¹.

1329. Il n'est pas douteux que les dispositions qui ont en vue la hiérarchisation des lois entre elles visent les lois antérieures : « nonobstant toute autre loi inconciliable » signifie certainement « nonobstant toute loi antérieure inconciliable ». Une telle disposition peut-elle également s'interpréter comme établissant la prédominance d'un texte même à l'égard de lois futures ?

1330. À première vue, ces dispositions n'établissent de rapport hiérarchique qu'avec les lois antérieures. Le législateur est souverain et il pourra, dans un texte postérieur, déroger à la loi ancienne sans avoir à le dire expressément ou à employer quelque formule particulière que ce soit : sa volonté devra être déduite de la loi la plus récente, selon les règles ordinaires, et il faut présumer qu'il n'entend pas faire des lois qui seraient dès leur naissance inopérantes en raison d'une clause dérogatoire contenue dans une loi antérieure²⁷².

1331. Toutefois, il peut bien arriver que la loi vise clairement à assurer sa propre préséance même à l'égard de textes postérieurs²⁷³. Une disposition de ce type

soulève cependant la délicate question de la validité constitutionnelle d'une clause par laquelle le législateur imposerait des restrictions formelles à l'expression de sa propre volonté²⁷⁴.

1332. Même si la loi a prévu la survenance d'un conflit et a expressément disposé à ce sujet, il peut surgir des difficultés. Dans l'affaire *Frankowski c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*²⁷⁵, par exemple, deux articles de la *Loi sur la citoyenneté* ²⁷⁶ entraient en conflit et, qui plus est, tous les deux comportaient la formule « malgré les autres dispositions de la présente loi », établissant leur primauté par rapport aux autres articles. Il y avait donc à la fois conflit de normes législatives et conflit d'indications expresses du législateur relativement à la hiérarchisation. À défaut d'une solution déterminante, la Cour fédérale s'est référée à l'idée d'exception tacite et a favorisé la disposition spécifique sur la disposition générale²⁷⁷.

1333. Ceci étant, les difficultés de hiérarchisation sont beaucoup plus nombreuses lorsqu'il faut s'en remettre à la volonté tacite du législateur.

Sous-paragraphe 2 : La solution du conflit par le recours à la volonté tacite du législateur

1334. À défaut de dispositions expresses sur la hiérarchisation, l'interprète est réduit à rechercher, à l'aide des règles ordinaires d'interprétation, celle des lois que le législateur a entendu faire prédominer.

1335. Pour l'assister dans cette tâche, l'interprète peut s'appuyer sur certains principes : celui de la priorité de la loi postérieure, celui de la préséance de la loi spéciale²⁷⁸. Outre que ces principes sont, comme nous le verrons, d'un maniement parfois délicat, ils n'ont aucun caractère absolu : ce ne sont que des outils qui permettent d'établir des conclusions plausibles, mais qui n'assurent pas le résultat. Les tribunaux ont tenu à garder les coudées franches dans ce domaine et, s'ils ont recours aux principes, ils refusent néanmoins de s'y laisser enfermer :

« [traduction] Dans l'interprétation des lois et des arrêtés en conseil, les tribunaux ont adopté certaines règles et maximes détaillées, mais il faut éviter de les employer d'une manière qui fait perdre de vue l'objectif fondamental, qui est de découvrir l'intention du Parlement ou du Gouverneur en conseil et de s'y conformer. »²⁷⁹

1336. Si deux lois sont véritablement en conflit et que le législateur n'a pas

expressément établi la prédominance de l'une d'elles, on peut, pour découvrir la volonté du législateur, faire appel à deux principes qui viennent du droit romain et qui sont exprimés sous forme de maximes latines : le principe de la préséance de la loi postérieure (*leges posteriores priores contrarias abrogant*) et celui de la préséance de la loi spéciale (*generalia specialibus non derogant*).

1337. Le principe de la préséance de la loi postérieure se comprend aisément. On suppose qu'au moment où il édicte une loi, le législateur connaît l'existence et le contenu des lois alors en vigueur. Si, dans la loi nouvelle, il adopte une règle inconciliable avec une règle préexistante, on conclura tout naturellement qu'il a entendu déroger à celle-ci et que sa dernière volonté doit l'emporter. Ainsi, dans l'arrêt *Pouliot c. Town of Fraserville*, le juge Brodeur a écrit :

« Ces deux dispositions sont donc contradictoires [...] et alors la dernière doit prévaloir, vu qu'elle contient la volonté du législateur telle qu'exprimée en dernier lieu. »²⁸⁰

1338. L'application de ce principe peut donner lieu à quelques difficultés. Rappelons encore une fois qu'il n'est applicable qu'au cas de lois inconciliables et en l'absence de dispositions expresses de hiérarchisation. Soulignons aussi que, pour juger de la postériorité d'une loi par rapport à une autre, il faut se reporter au jour de la sanction, qui marque le moment de l'expression de la volonté du législateur, et non à celui de l'entrée en vigueur de la loi, lorsque ce dernier est différent du jour de la sanction²⁸¹. Il faudrait également se reporter au jour de la sanction de la loi originaire et non à celui où la loi est refondue : la loi de refonte ne fait pas office de loi nouvelle²⁸². Dans le cas de deux lois sanctionnées le même jour, on a parfois décidé que l'on devait présumer postérieure celle qui porte le numéro d'ordre le plus élevé dans le recueil des lois²⁸³. Cette présomption nous apparaît, dans le contexte actuel, comme totalement arbitraire et il nous semble que l'interprète devrait chercher ailleurs des raisons de préférer l'une ou l'autre des lois en conflit.

1339. En principe donc, la loi postérieure l'emporte. Ce principe comporte une exception lorsque la loi antérieure apparaît être de nature spéciale par rapport à la loi la plus récente. Dans ce cas, la loi générale postérieure est réputée ne pas déroger à la loi spéciale antérieure : *generalia specialibus non derogant*.

1340. Le raisonnement sur lequel on fait reposer cette présomption est le plus souvent présenté ainsi :

« [traduction] Lorsque le législateur, après avoir considéré une question particulière, édicte des dispositions, on présume qu'une loi générale postérieure n'est pas destinée à remettre en cause les dispositions particulières, à moins que cette intention ne soit manifestée clairement. »²⁸⁴

1341. On peut également voir dans la priorité de la loi spéciale antérieure sur la loi générale plus récente une application du principe général de l'effet utile. En accordant préséance à la disposition spéciale, on se trouve à donner effet aux deux lois, à la loi antérieure pour les cas particuliers qu'elle a en vue et à la loi postérieure pour les autres cas. C'est en somme la solution d'économie qui est retenue.

1342. Bien que le Code civil ait, en droit privé, le caractère d'une loi fondamentale, il est bien établi qu'en principe, les dispositions du Code, une loi de portée générale, ne prévalent pas sur celles de lois particulières antérieures²⁸⁵, à moins, bien sûr, que le législateur ne l'ait prévu formellement²⁸⁶.

1343. Si la loi spéciale l'emporte en principe sur la loi générale lorsqu'elle est antérieure à celle-ci, à plus forte raison aura-t-elle préséance sur la loi générale si elle lui est postérieure, tant et si bien qu'on peut affirmer un principe général de prédominance de la loi spéciale, dont les exemples d'application jurisprudentielle sont très nombreux. On a, par exemple, jugé qu'une charte municipale déroge à la loi générale sur les municipalités²⁸⁷ ; qu'une loi applicable à certaines municipalités seulement l'emportait sur une loi applicable à l'ensemble de ces dernières²⁸⁸ ; qu'une disposition concernant l'appel sur une matière donnée déroge à un texte applicable à tous les appels²⁸⁹ ; qu'une loi qui déclare insaisissables certaines pensions particulières fait exception à des dispositions du *Code de procédure civile* concernant la saisissabilité des pensions²⁹⁰.

1344. Le principe de la primauté de la loi spéciale n'est pas applicable, faut-il le rappeler, si les lois en conflit apparent se révèlent compatibles ou si le législateur a édicté des dispositions expresses concernant la solution des conflits de lois.

1345. Il existe une situation où ces principes de hiérarchisation, dont *generalia specialibus non derogant*, ne trouvent pas application. Il s'agit de l'hypothèse où une des lois en conflit, qui peut par ailleurs être plus générale ou moins récente, consacre des droits fondamentaux. Exprimant des motifs concurrents dans l'arrêt *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*²⁹¹, le juge Lamer fut d'avis qu'une loi générale sur les droits et libertés de la personne devrait, sauf

indication contraire claire, avoir préséance sur une autre loi en conflit, et ce, même si celle-ci est spéciale. Cet *obiter* dans l'opinion minoritaire du juge Lamer a été consacré par la jurisprudence²⁹².

1346. Même si le principe de la primauté de la loi spéciale est applicable, son application est susceptible de soulever des questions très épineuses, en particulier celle de la qualification d'une disposition comme générale ou spéciale²⁹³. Par exemple, une charte municipale attribue notamment à la municipalité le pouvoir de réglementer le commerce du lait. Une loi provinciale est adoptée qui porte uniquement sur la production laitière. Si on fait l'hypothèse d'un conflit entre les deux lois, laquelle devrait l'emporter²⁹⁴ ? Laquelle est « spéciale » ? La loi provinciale, dira-t-on, puisqu'elle ne porte que sur le lait, alors que la charte municipale porte sur l'administration locale en général²⁹⁵. Certainement pas, répliquera-t-on : la charte municipale est spéciale, puisqu'elle s'applique uniquement au territoire de la ville, alors que la loi provinciale est d'application générale dans la province²⁹⁶. À la vérité, comme l'a écrit dans l'affaire *Vancouver*, le juge Smith :

« [traduction] La qualification d'une loi comme loi spéciale (par opposition à une loi générale) est une question qui dépend de l'interprétation des diverses lois à la lumière de toutes les circonstances. »²⁹⁷

1347. Aussi ne faut-il pas s'étonner de trouver des arrêts où se manifestent de profondes divergences d'opinions entre les juges quant à ce qui est spécial et ce qui est général²⁹⁸. Cela dépend, évidemment, de l'aspect du problème que l'on décide d'envisager !

1348. Comme nous l'avons signalé, les principes de préséance de la loi nouvelle ou de la loi spéciale sont tout au plus des guides, des présomptions d'intention du législateur²⁹⁹. À plusieurs reprises, les tribunaux ont affirmé qu'il fallait se garder d'un respect aveugle de principes qui ne doivent pas faire perdre de vue l'objectif premier de l'interprète : découvrir l'intention du législateur. Dans l'arrêt *R. c. Williams*, dont il a déjà été question, on trouve, dans les notes du juge Hudson, le passage suivant :

« [traduction] On invoque la maxime *generalia specialibus non derogant* comme une règle susceptible de trancher la question ; or, cette maxime n'est pas une règle de droit, mais une règle d'interprétation qui cède devant l'intention du législateur dès lors que l'intention peut raisonnablement se

déduire de l'ensemble de la législation pertinente. »³⁰⁰

1349. Dans l'affaire *R. c. Lincoln Mining Syndicate Ltd.*³⁰¹, le juge Kerwin a de nouveau manifesté son scepticisme à l'égard du secours que l'on peut trouver dans les maximes et a préféré fonder sa décision sur une étude de la finalité des dispositions en conflit en tentant de donner à chacune l'interprétation la plus susceptible de respecter la volonté du législateur³⁰².

1350. Il est donc tout à fait possible qu'une loi générale ait préséance sur une loi spéciale antérieure si cela paraît conforme à l'intention du législateur telle qu'on peut la déduire par les méthodes usuelles : historique législatif, objet des lois en conflit et ainsi de suite³⁰³. C'est ainsi, comme nous l'avons déjà vu, qu'en cas de conflit entre une charte des droits et une loi spécifique, on a jugé que la charte devait l'emporter à titre de loi fondamentale³⁰⁴.

1351. On ne peut donc que rester sceptique devant des jugements dans lesquels un difficile conflit de lois est tranché par l'application quasi automatique d'une maxime sans qu'à aucun moment le tribunal ne juge bon de faire état de l'objet de l'une ou l'autre des dispositions en conflit ou de ce qu'a pu être la volonté du législateur en les édictant et en les maintenant toutes deux en vigueur³⁰⁵.

Paragraphe 4 : Les conflits de règlements

1352. Les conflits de règlements ont été peu traités en doctrine et la jurisprudence s'est rarement intéressée à cette question : on présume généralement que les règles de solution de conflits de lois peuvent se transposer sans problème aux conflits de règlements³⁰⁶.

1353. Deux raisons nous paraissent cependant justifier que la question des conflits de règlements soit distinguée de celle des conflits de lois. Premièrement, lorsqu'il s'agit de règlements, la solution du conflit devra être recherchée non seulement dans les termes des règlements eux-mêmes, mais aussi dans ceux des lois habilitantes ; dans le cas de lois, sauf le conflit entre lois fédérales et provinciales, on n'a pas besoin de regarder ailleurs que dans les lois elles-mêmes pour déterminer la solution du conflit³⁰⁷. Deuxièmement, le conflit de lois se pose lorsque deux normes émanant d'un auteur commun sont contradictoires ; le conflit de règlements peut opposer des règles édictées par deux autorités distinctes.

1354. Lorsque deux règlements paraissent en conflit³⁰⁸, l'interprète devrait d'abord porter attention à la ou aux lois habilitantes, non pas en vue de déterminer la

validité des règlements en conflit (puisqu'ils sont en conflit, on suppose qu'ils sont tous deux valides), mais pour y déceler une règle de hiérarchisation. La ou les lois habilitantes peuvent en effet contenir des dispositions expresses concernant les conflits : le législateur a pu prévoir que les règlements édictés en vertu de la loi A seront subordonnés à ceux qui s'autorisent de la loi B³⁰⁹. Si c'est le cas, il suffit d'appliquer la règle de solution voulue par l'auteur de la ou des lois.

1355. À défaut de disposition expresse, il sera prudent de faire une étude du contenu de la ou des lois habilitantes pour voir si on peut y découvrir une règle implicite de hiérarchisation des règlements³¹⁰. Ainsi, si la loi A donne au ministre de la Voirie le pouvoir de faire les règlements de circulation routière et la loi B au ministre du Travail celui de faire les règlements concernant la circulation sur les chantiers de construction routière, on pourrait être justifié de conclure que les dispositions de la loi B ont rendu celles de la loi A inopérantes en ce qui concerne les chantiers de construction routière. Un règlement qui s'autorise d'une disposition rendue inopérante est nécessairement sans effet, ce qui fait disparaître le conflit.

1356. À défaut de pouvoir tirer des lois habilitantes des principes de solution du conflit, il faut considérer les règlements eux-mêmes. Ici une distinction fondamentale doit être faite selon que les deux règlements inconciliables émanent ou non de la même autorité.

1357. Si les deux règlements en conflit sont l'oeuvre de la même autorité, c'est la volonté de cette autorité qui doit décider lequel a préséance, sous réserve, évidemment, que la ou les lois habilitantes n'aient pas posé à ce sujet de règle précise. Le principe que nous venons d'énoncer s'applique même si les deux règlements s'autorisent de deux lois différentes : s'agissant de deux textes valides adoptés par un même auteur, c'est à la volonté de l'auteur qu'il faut s'en remettre³¹¹. Volonté formellement exprimée dans l'un ou l'autre des règlements ou volonté tacite, éventuellement dégagée selon les principes ordinaires d'interprétation : préséance du règlement le plus récent ou le plus particulier. En somme, si deux règlements en conflit sont issus d'un même auteur, les règles ordinaires d'interprétation sont applicables à la solution du conflit, sous réserve d'un principe de solution contenu implicitement ou explicitement dans la ou les lois habilitantes.

1358. Si les deux règlements contradictoires ne sont pas issus de la même autorité, le problème est tout différent puisqu'il n'est pas alors pertinent de rechercher la volonté de l'un ou l'autre des auteurs : on a affaire à un conflit de compétences et seule la volonté du législateur devrait pouvoir le résoudre. Le règlement du

Gouverneur en conseil a-t-il préséance sur celui de telle commission ? Le règlement municipal peut-il rendre inopérant un règlement provincial ? À ces questions, il sera toujours très difficile de répondre en l'absence de textes formels de solution, à moins que ne s'établissent certains principes du genre de celui que l'on trouve en droit constitutionnel, par exemple (le principe de la prépondérance des lois fédérales sur les lois provinciales).

1359. Nous faisons ici l'hypothèse que l'étude des lois habilitantes ne permet pas de résoudre le conflit : les dispositions habilitantes ne sont pas contradictoires, donc on ne peut les hiérarchiser à l'aide des principes ordinaires, en faisant, par exemple, prévaloir la loi habilitante spéciale sur la loi habilitante plus générale³¹² ou la plus récente sur la plus ancienne³¹³. Si c'était le cas, les règlements s'autorisant de la disposition habilitante inopérante seraient eux-mêmes inopérants.

1360. Toutefois, il arrive souvent que les lois habilitantes ne soient aucunement contraires. Par exemple, une loi A autorise le ministre des Transports à faire des règlements sur la circulation routière et une loi B autorise le ministre du Travail à faire les règlements sur la sécurité du travail. Les deux autorités pourraient réglementer la circulation sur un chantier de construction routière, l'une sous l'aspect de la sécurité routière, l'autre sous l'aspect de la sécurité du travail. Si ces deux règlements entrent en conflit, lequel devrait prédominer ?

1361. Les règles ordinaires d'interprétation sont peu utiles dans un cas comme celui-là, car il n'y a pas de conflit entre les lois habilitantes : comme il le fut indiqué plus haut, le problème qui se pose ici est analogue à celui que l'on trouvera en droit constitutionnel lorsque deux autorités légifèrent sur le même objet sous deux aspects : les deux lois sont valides et, si elles sont en conflit, la loi fédérale est prépondérante, en vertu de la Constitution.

1362. L'arrêt de la Cour suprême dans *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*³¹⁴ indique, croyons-nous, la méthode à suivre dans ce cas. Il faut se demander, en ayant recours à une analyse « pragmatique et fonctionnelle », à quel règlement le législateur aurait souhaité accorder la priorité. Les indices de la volonté du législateur pourraient être tirés notamment du texte des lois habilitantes, de leur historique, du niveau d'autorité auquel a été pris le règlement ainsi que du caractère général ou particulier des textes conflictuels.

1363. L'arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *Bishop-Beckwith Marsh Body c. Wolfville (Town)*³¹⁵ est, à cet égard, exemplaire. La Cour devait

décider s'il fallait donner priorité aux règlements de la municipalité de Wolfville édictés en vertu de la *Planning Act* de Nouvelle-Écosse ou aux règlements de protection des milieux humides édictés par une administration locale, le Bishop-Beckwith Marsh Body. Les textes étaient en conflit puisque la réglementation d'urbanisme autorisait des usages de certains terrains que la réglementation de protection des milieux humides prohibait.

1364. Le tribunal a abordé la question en termes de recherche de l'intention du législateur de la province quant à savoir lequel des deux régimes de régulation devait avoir la priorité. Il a conclu à la primauté du système de réglementation mis en place par le *Planning Act* en faisant appel à des arguments tirés du libellé des lois habilitantes, de leur historique et en recherchant lequel des deux systèmes de contrôle devait prévaloir, compte tenu des mécanismes prévus dans chacun pour assurer la participation du milieu à leur élaboration et pour permettre un arbitrage du gouvernement en cas de désaccord au niveau local.

190. Voir l'opinion du juge Bastarache dans *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 7.

191. Voir : *Canada 3000 Inc., Re ; Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic de)*, [2006] 1 R.C.S. 865, [EYB 2006-106326](#), par. 54 ; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, [REJB 2002-30904](#), par. 27 ; *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015, par. 61.

192. *R. c. Loxdale*, (1758) 1 Burr. 445, 447, 97 E.R. 394, 395 (Lord Mansfield). Le même principe a été énoncé en droit canadien : *Toronto Railway Co. c. The Queen*, (1896) 25 R.C.S. 24, 27 (j. Strong), arrêt infirmé par [1896] A.C. 551 ; *Smith c. National Trust Co.*, (1912) 45 R.C.S. 618, 650 (j. Duff).

193. *Municipalité de Goulbourn c. Municipalité d'Ottawa-Carleton*, [1980] 1 R.C.S. 496, [EYB 1979-147301](#).

194. *Hayes c. Mayhood*, [1959] R.C.S. 568.

195. Voir l'opinion du juge Bastarache dans *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, [REJB 2002-35973](#), par. 188.

196. Voir *infra*, p. 621 et suiv.

197. « [Traduction] Il faut lire ensemble les lois d'un même législateur, mais non les lois de législateurs différents ». *R. c. Axler*, (1917) 40 O.R. 304, 307 (j. Middleton) (Ont.S.C.). Voir aussi : *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, [EYB 1995-67967](#), par. 32 ; *Daimler Chrysler Financial Services (Debis) Canada Inc. c. Mega Pets Ltd.*, (2002) 212 D.L.R. (4th) 41, par 31 (B.C.C.A.).

198. Pour un cas de loi provinciale visiblement inspirée d'une loi fédérale : *District Registrar of the Land Titles c. Canadian Superior Oil of California Ltd.*, [1954] R.C.S. 321, 342344 (j. Kerwin). Dans l'affaire *R. c. Sigouin*, [1994] R.J.Q. 1249 (C.A.), on a interprété le pouvoir

d'imposer des peines conféré par le *Code criminel* de façon à éviter qu'il n'entre en conflit avec les principes de la loi québécoise sur l'assurance-automobile. Compté tenu de la multiplicité et de la diversité des lois provinciales, il semble difficile de présumer la volonté du législateur fédéral de respecter la forme des lois provinciales dans ses propres lois. Seules les circonstances particulières de chaque loi pourront permettre de préciser si c'est le cas.

199. *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Université de Montréal*, [1981] C.A. 166 ; *Droit de la famille – 203*, [1985] C.A. 339.

200. *Nova c. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 2 R.C.S. 437, 448 ; *British Columbia Development Corp. c. Friedmann*, [1984] 2 R.C.S. 447, 470 ; *Donovan c. McCain Foods Ltd.*, (2004) 237 D.L.R. (4th) 87, par. 37 (C.A.T.N. & L.). Voir également les arrêts cités à la note 159.

201. *Infra*, p. 640 et suiv.

202. *P.G. de la province de Québec c. Devlin*, [1974] C.S. 327.

203. *Simard c. Godin*, [1973] C.A. 642. Voir aussi : *Fishing Lake Metis Settlement c. Metis Settlements Appeal Tribunal Land Access Panel*, (2003) 15 Alta. L.R. (4th) 8 (Alta.C.A.), par. 36 ; *Vancouver Oral Centre for Deaf Children Inc. c. British Columbia (Assessor of Area No. 9 Vancouver)*, (2002) 175 B.C.A.C. 49, 8 B.C.L.R. (4th) 55 (B.C.C.A.), par. 1821 ; *Armbrust c. Ferguson*, (2001) 208 D.L.R. (4th) 250 (Sask.C.A.), par. 39 ; *Giant Grosmont Petroleum Ltd. c. Gulf Canada Resources Ltd.*, (2001) 10 W.W.R. 99, 93 Alta. L.R. (3d) 242 (Alta.C.A.), par. 21 ; *Claridge Development (Hawthorne) Ltd. c. British Columbia*, (1999) 71 B.C.L.R. (3d) 265, 28 R.P.R. (3d) 177, par. 1217 (B.C.C.A.) ; *C.B. c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 480, [EYB 1981-148623](#) ; *Régie des entreprises de construction c. Cheminées Yvon Dumais Inc.*, [1980] C.S. 422 ; *Carroll c. Cudney*, (1965) 48 D.L.R. (2d) 58 (Ont.H.C.) ; *Brunswick of Canada Ltd. c. Hunter*, (1969) 3 D.L.R. (3d) 658 (Sask.Q.B.).

204. *Bell Telephone Co. c. Municipalité de la partie ouest du canton de Farnham*, (1931) 51 B.R. 387.

205. *Miln-Bingham Printing Co. c. The King*, [1930] R.C.S. 282, 283 (j. Duff). Sur la nécessité de vérifier si la loi invoquée utilise le terme litigieux dans un contexte identique ou analogue : *British Columbia Development Corp. c. Friedmann*, [1984] 2 R.C.S. 447, 468 ; *E.H. Price Limited c. La Reine*, [1983] 2 C.F. 841, 852 (C.A.).

206. Par exemple : l'opinion du juge Laskin dans *J.W. Mills & Sons c. La Reine*, [1971] R.C.S. 63, 70. Voir aussi, à ce sujet, *infra*, p. 632 et suiv.

207. Recours au Code civil pour définir les mots « domicile » (*Poissant c. Commissaires d'écoles de St-Jacques le Mineur*, [1957] C.S. 123) ; « biens » (*Coverite Ltd. c. Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*, [1965] C.S. 140) ou « posséder à titre de propriétaire » (*Côté c. Verge*, [1964] C.S. 373). Recours au *Code criminel* pour interpréter le mot « fiduciaire » (*Gauthier c. Commercial Union Assurance Co.*, [1976] C.A. 687) ; « vol » (*McNamee c. Pancaldi*, [1968] C.S. 630 ; *Lefebvre c. Coutu et Joseph*, [1975] C.P. 205) ou « automobile » (*Marquis c. Goupil*, [1972] C.A. 207).

208. *Saint-Basile, Village Sud (corporation municipale de) c. Ciment Québec Inc.*, [1993] 2 R.C.S. 823, [EYB 1993-67878](#).

209. *Carrières c. Richer*, (1920) 57 C.S. 378 (C. Rév.).

210. *R. c. Kussner*, [1936] R.C. de l'É. 206. On verra aussi, à titre d'illustration de raisonnements *a contrario* fondés sur la rédaction de lois connexes : *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, [REJB 2001-25833](#), par. 30 ; *Diversified Mining Interests (Canada) Ltd. c. Lafontaine*, [1951] B.R. 393 ; *Bouchard c. Racine*, [1956] B.R. 217 ; *Renvoi relatif aux dépens en vertu de la Loi des convictions sommaires de Québec*, [1962] B.R. 533 ; *Beauchamp c. Cité d'Outremont*, [1970] C.A. 286 ; *Commission d'assurance-chômage c. Cour provinciale*,

[1976] C.A. 744. Voir aussi les autres arrêts cités à la note 158.

211. *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 20, [EYB 2007-122385](#), par. 83.

212. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42.

213. *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, c. T-13.

214. *Ducharme c. Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*, [1976] C.S. 172.

215. *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, [REJB 2002-35973](#).

216. *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4.

217. *Loi sur la protection des obtentions végétales*, L.C. 1990, c. 20.

218. *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, [REJB 2002-35973](#), par. 194, où le juge Bastarache écrit ceci : « Ce qui est encore plus significatif, selon moi, l'adoption de la *Loi sur la protection des obtentions végétales* démontre que d'autres mécanismes que la *Loi sur les brevets* peuvent servir à encourager des inventeurs à se livrer à des activités novatrices dans le domaine de la biotechnologie ».

219. *Municipalité de Goulbourn c. Municipalité d'Ottawa-Carleton*, [1980] 1 R.C.S. 496, [EYB 1979-147301](#).

220. On verra aussi : *Dam Investments Inc. c. Ontario (Finance)*, (2007) 33 B.L.R. (4th) 121, 226 O.A.C. 40, par. 17 ; *Descarreaux c. Jacques*, [1969] B.R. 1109 ; *Leclerc c. Borne*, [1951] C.S. 212.

221. Sur les fonctions du Code civil en tant que droit commun : Jean-Maurice BRISSON, « Le Code civil, droit commun ? », dans Pierre-André CÔTÉ (dir.), *Le nouveau Code civil – interprétation et application*, Les journées Maximilien-Caron 1992, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 292. Sur les rapports du droit civil et du droit fédéral : Jean-Maurice BRISSON et André MOREL, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité et dissociation », (1996) 75 *R. du B. can.* 297.

222. Il faut présumer que la référence à un concept du droit commun doit s'entendre comme une référence au concept défini ou utilisé au Code civil.

223. Nombre d'arrêts, de la Cour suprême notamment, illustrent le recours aux règles du Code civil pour compléter le régime juridique établi par une loi particulière. En matière de computation de délais : *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113, [EYB 1981-148606](#) ; en matière de subrogation : *Commission des accidents du travail du Québec c. Gagnon*, [1981] 2 R.C.S. 676, [EYB 1981-148595](#) ; en matière de prescription : *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Ste-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403, [EYB 1983-149694](#) et *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862 ; en matière de responsabilité civile : *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, [REJB 1996-67901](#) ; en matière de preuve : *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, [REJB 1996-29281](#).

224. Voir les travaux réunis dans : Ministère de la Justice (dir.), *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, 1997.

225. L.C. 2001, c. 4 [ci-après : « Loi d'harmonisation »]. Pour une description du programme d'harmonisation, voir les textes dans : *Harmonisation de la législation fédérale avec le droit*

civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien, Deuxième publication, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2001.

226. Sur le sens de l'expression « s'il est nécessaire de » utilisée à l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* fédérale, voir : *Canada 3000 Inc. (Re) ; Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic de)*, [2006] 1 R.C.S. 865, [EYB 2006-106326](#), au par. 80 ; Philippe DENAULT, *La recherche d'unité dans l'interprétation du droit privé fédéral : cadre juridique et fragments du discours judiciaire*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 72 (note 192) et 78 (note 209).

227. L'article 8.2 de la *Loi d'interprétation* fédérale fait référence à la technique de rédaction qui consiste à insérer un terme de common law et un terme de droit civil dans chacune des versions d'un article d'une loi. Pour une description des différentes techniques de rédaction des lois qu'entraîne le programme d'harmonisation de la législation fédérale, voir : Louise Maguire WELLINGTON, « Bijuridisme canadien : méthodologie et terminologie de l'harmonisation », dans *Harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, Deuxième publication, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2001, fascicule 4. Voir également : *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, [REJB 2002-33797](#), aux par. 66 et suiv.

228. *9041-6868 Québec inc. c. Canada (Ministre du revenu national)*, (2005) CAF 334, au par. 6 : « Il se peut, il est même probable dans la plupart des cas, qu'un contrat semblable amènerait une qualification semblable, que l'on applique les règles du droit civil ou celles de la *common law*. Mais l'exercice n'en est pas un de droit comparé et l'objectif ultime n'est pas l'obtention d'un résultat uniforme. L'exercice, au contraire, et c'est là le voeu même du Parlement canadien, est de s'assurer que la démarche du tribunal se situe à l'intérieur du système applicable et l'objectif ultime est de préserver l'intégrité de chacun des systèmes juridiques. » ; *St-Hilaire c. Canada (Procureur général)*, [2001] 4 C.F. 289, 204 D.L.R. (4th) 103 (C.A.F.), au par. 49. Pour une description de la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale sur cette question, voir : Marie-Pierre ALLARD et Chantal JACQUIER, « La valse-hésitation de la Cour d'appel fédérale dans l'application des lois fédérales au Québec », (2007-2008) 28 *Revue de planification fiscale et successorale* 19. Pour un exemple de recours au droit provincial, voir : *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 564, [EYB 2005-95484](#), au par. 64. Sur les enjeux que soulève la question de l'uniformité du droit privé fédéral, voir : Philippe DENAULT, *La recherche d'unité dans l'interprétation du droit privé fédéral : cadre juridique et fragments du discours judiciaire*, Montréal, Éditions Thémis, 2008.

229. Tel que mentionné aux art. 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation* fédérale, ces principes s'appliquent à moins qu'une « règle de droit » ne s'y oppose (en anglais « unless otherwise provided by law »). Étant donné que la *Loi d'interprétation* fédérale a de toute manière une valeur supplétive (art. 3(1)), il est difficile de cerner la portée exacte de ces exceptions. Sur cette question, voir : Aline GRENON, « The Interpretation of Bijural or Harmonized Federal Legislation: *Schreiber v. Canada* », (2005) 84 *R. du B. can.* 131, aux p. 146 et suiv. Voir également : Ruth SULLIVAN, « The Challenges of Interpreting Multilingual, Multijural Legislation », (2004) 29 *Brooklyn Journal of International Law* 985, aux p. 1022 et suiv.

230. Il ne sera pas question ici des conflits entre textes législatifs fédéraux et provinciaux, mais uniquement de conflits dans l'ordre interne fédéral ou provincial.

231. *Canadian Westinghouse Co. c. Grant*, [1927] R.C.S. 625, 630 (j. Anglin).

232. *Duval c. Le Roi*, (1938) 64 B.R. 270, 273 (j. Barclay).

233. *Id.*, 273.

234. Voir : *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 591, [EYB 2007-116734](#), par. 47 ; *Morash c. Morash*, (2004) 221 N.S.R. (2d) 115, 48 R.F.L. (5th) 312, par. 27 (N.S.C.A.).

235. *Toronto Railway Co. c. Paget*, (1909) 42 R.C.S. 488.

[236.](#) *Id.*, 499.

[237.](#) *City of Ottawa c. Town of Eastview*, [1941] R.C.S. 448.

[238.](#) *R. c. Williams*, [1944] R.C.S. 226.

[239.](#) *City of Toronto c. Trustees of the R.C. Separate Schools of Toronto*, [1926] A.C. 81.

[240.](#) *R. c. Bender*, [1947] R.C.S. 172.

[241.](#) *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137, [EYB 1975-216326](#). Voir aussi : *Board of Trustees of the School District N° 61 (Greater Victoria) c. Canadian Union of Public Employees*, (1977) 71 D.L.R. (3d) 139 (B.C.S.C.) ; *Re Greer and Ontario Police Commission*, (1980) 107 D.L.R. (3d) 624 (Ont.Div.Ct.) ; *Re Hewitson and Hughes*, (1981) 119 D.L.R. (3d) 117 (Ont.H.C.J.) ; *Ballentine c. Ballentine*, (2003) 228 D.L.R. (4th) 570, par. 3739 (Ont.C.A.).

[242.](#) Voir : *Wyndham Street Investments Inc. c. Guelph (City of)*, (2003) 223 D.L.R. (4th) 678, par. 10 (Ont.C.A.).

[243.](#) *Halsbury's Laws of England*, 3^e éd., vol. 36, p. 466. Passage approuvé par le juge Judson dans *Daniels c. White and the Queen*, [1968] R.C.S. 517, 526.

[244.](#) Le texte qui suit confirme l'existence des deux types de conflits dont il vient d'être fait état : « [traduction] La loi antérieure serait abrogée tacitement si elle était totalement incompatible avec une loi postérieure, si la combinaison des deux lois entraînait des conséquences tout à fait absurdes, ou si la loi postérieure épuisait complètement la matière [...] ». *The « India »*, (1864) Br. & L. 221, 224, 167 E.R. 345, 346 (J. Lushington).

[245.](#) *Dionne c. Biron*, [1970] C.A. 933.

[246.](#) *Melançon c. Cité de Grand'Mère*, (1931) 50 B.R. 252.

[247.](#) *Massicotte c. Boutin*, [1969] R.C.S. 818.

[248.](#) *Guy c. Ville de Hauterive*, [1974] C.S. 354.

[249.](#) *Detner c. Commission des liqueurs du Québec*, (1923) 35 B.R. 116.

[250.](#) *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, [EYB 1987-67458](#).

[251.](#) *Ducharme c. Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*, [1976] C.S. 172.

[252.](#) On verra *Paroisse de St-Vincent de Paul c. Labranche*, (1927) 65 C.S. 195, où l'intention présumée du législateur de ne pas imposer une double taxe est invoquée pour prononcer le conflit.

[253.](#) *Bourassa c. Paroisse de St-Barnabé*, (1918) 53 C.S. 198.

[254.](#) *Re Vancouver Incorporation Act*, [1946] 1 D.L.R. 638 (B.C.C.A.).

[255.](#) *R. c. Morin*, (1966) 52 D.L.R. (2d) 644 (B.C.S.C.).

[256.](#) Voir les arrêts cités aux notes 253 et 255. Voir aussi l'opinion dissidente du juge Sloan dans l'arrêt *Re Vancouver Incorporation Act*, [1946] 1 D.L.R. 638 (B.C.C.A.).

[257.](#) *Re Vancouver Incorporation Act*, [1946] 1 D.L.R. 638 (B.C.C.A.).

258. Une question identique se pose en droit constitutionnel quant à savoir si une intervention législative fédérale peut s'interpréter comme entraînant exclusion de l'intervention provinciale. On verra, à ce propos, l'opinion dissidente du juge Cartwright dans l'arrêt *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804, 820 et 821. On peut citer aussi, toujours en matière constitutionnelle, l'extrait suivant des notes du juge Dixon dans une affaire australienne *Ex Parte McLean*, (1930) 43 C.L.R. 472, 483 (Aust.H.C.):

« [traduction] L'incompatibilité ne réside pas dans la simple coexistence de deux lois susceptibles de faire l'objet d'obéissance simultanée. Elle dépend de l'intention de la législature prépondérante d'exprimer par son texte législatif, complètement, exhaustivement, ou exclusivement les règles qui régiront la conduite ou question particulière sur laquelle son attention se porte. Lorsqu'une loi fédérale révèle semblable intention, il est incompatible avec elle que la loi d'un Etat régie la même conduite ou question » (texte cité par la majorité dans *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5, 16).

259. *Bramston c. Colchester Corp.*, (1856) 6 El. & Bl. 246, 253 (Lord Campbell), 119 E.R. 856, 858 ; *Crown Bakery Ltd. c. Preferred Accident Ins. Co. of N.Y.*, [1933] 4 D.L.R. 117, 126 et 127 (j. Martin) (Sask.C.A.).

260. Voir, par exemple, l'opinion dissidente du juge Rand dans *R. c. Williams*, [1944] R.C.S. 226.

261. Voir : *Frankowski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, (2000) 192 D.L.R. (4th) 187, par 7 (C.F.).

262. *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403, 441 (j. Beetz).

263. Voir, par exemple, l'opinion dissidente du juge Rand dans *R. c. Williams*, [1944] R.C.S. 226.

264. *Ville de Pointe-Claire c. Henry Morgan & Co.*, (1938) 76 C.S. 115.

265. Dans le même sens : *Guaranteed Pure Milk Co. c. Town of St-Pierre*, (1940) 78 C.S. 265. On verra aussi, comme exemple d'interprétation conciliante : *City of Montreal c. Scotch Anthracite Coal Co.*, (1937) 75 C.S. 49 ; *Law Society of British Columbia c. Lawrie*, (1988) 18 B.C.L.R. (2d) 247 (B.C.S.C.) ; *Phan c. Lee*, (2005) 253 D.L.R. (4th) 327, par. 45 (Alta.C.A.) ; *Diamond c. Robbins*, (2006) 253 Nfld. & P.E.I.R. 16, par. 49 (C.A.T.N. & L.).

266. *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, [EYB 1982-149212](#).

267. Dans cette affaire, on a poussé à la limite les possibilités de l'interprétation conciliatrice. Le texte litigieux, à notre avis, ne pouvait pas s'interpréter autrement que comme conférant à l'assureur la faculté de résilier le contrat à son gré, ce qui n'est pas conciliable avec une règle qui pose que l'on ne peut résilier que si l'on a des motifs raisonnables de le faire. Sans doute parce qu'il n'était pas entièrement convaincu qu'il n'y avait pas conflit en l'occurrence, le juge Lamer, dans une opinion concordante, ajouta, à la page 161 : « Donc, tout en étant d'accord avec le juge Ritchie que "les deux dispositions législatives en cause peuvent coexister puisqu'il n'y a pas d'incompatibilité directe entre elles", j'ajouterais que, eût-il eu incompatibilité, le Code eût dû prévaloir ».

268. *Supra*, p. 117. Voir aussi : *Meridian Developments Ltd. c. Nu-West Group Ltd.*, [1984] 4 W.W.R. 97, 105 (Alta.C.A.) et *R. c. Greenwood*, [1992] 7 O.R. (3d) 1, 7 (Ont.C.A.).

269. On trouvera des exemples de ces formules et de leur application par les tribunaux dans les arrêts suivants : *Canada (Attorney General) c. Fleet National Bank*, (2005) 6 C.B.R. (5th) 293, 193 O.A.C. 95, par. 43 (Ont.C.A.) ; *Alberta (Worker's Compensation Board) c. Appeals Commission*, (2005) 258 D.L.R. (4th) 29, par. 32 (Alta.C.A.) ; *R. c. Machacek*, [1961] R.C.S. 163 ; *Detner c. Commission des liqueurs du Québec*, (1923) 35 B.R. 116 ; *Metal Fabricating*

and Construction Ltd. (Trustee of) c. Husky Oil Operations Ltd., (1998) 153 D.L.R. (4th) 432 (Sask.C.A.) ; *Bergeron c. Commission de transport de Montréal*, [1956] C.S. 59.

[270.](#) L.P. PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, 3^e éd., Québec, Publications du Québec, 1986, p. 88 et 89.

[271.](#) *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, 887.

[272.](#) *R. c. Broughton*, [1951] O.R. 263, 268 (j. Robertson) (Ont.C.A.) ; *Re Mitchell and Employments Standards Division Department of Labour*, (1977) 78 D.L.R. (3d) 631, 637 (j. Wilson) (Man.Q.B.). Dans un autre arrêt (*R. c. Williams*, [1944] R.C.S. 226) le juge Kerwin a émis, à la page 232, un avis contraire. Compte tenu du fait que cette opinion n'est appuyée par aucun motif et qu'elle porte sur des textes d'un caractère très spécial (des règlements édictés en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre*), nous croyons qu'elle ne doit pas être retenue comme règle générale. Une décision en sens contraire, *Pioneer Grain Co. c. Kraus*, [1981] 2 C.F. 815, 825 (C.A.), s'explique sans doute par l'interprétation particulière donnée par les tribunaux aux « clauses privatives ».

[273.](#) Par exemple : *Re Thompson and Lambton County Board of Education*, (1973) 30 D.L.R. (3d) 32, 38 (j. Van Camp) (Ont.H.C.).

[274.](#) *Ellen Street Estates Ltd. c. Minister of Health*, [1934] 1 K.B. 590.

[275.](#) *Frankowski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, (2000) 192 D.L.R. (4th) 187 (C.F.).

[276.](#) *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. 1985, c. C-29, art. 22(2) et 5(4).

[277.](#) *Frankowski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, (2000) 192 D.L.R. (4th) 187, par. 915 (C.F.).

[278.](#) Voir : *Butler c. Southam Inc.*, (2001) 197 N.S.R. (2d) 97, par. 114115 (N.S.C.A.) ; *Daly, et al c. Attorney General of Ontario*, (1999) 172 D.L.R. (4th) 241, par. 19 (Ont.C.A.).

[279.](#) Opinion exprimée au sujet de la maxime *generalia specialibus non derogant* par le juge Kerwin dans *R. c. Williams*, [1944] R.C.S. 226, 231.

[280.](#) *Pouliot c. Town of Fraserville*, (1916) 54 R.C.S. 310, 326. On verra aussi *Villeneuve c. Pageau*, [1956] B.R. 847, 850 (j. Galipeault).

[281.](#) Voir *supra*, p. 110.

[282.](#) *Winnipeg School Division N° 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 15 ; *R. c. Williams*, [1944] R.C.S. 226, 234 et 235 (j. Kerwin) ; *Villeneuve c. Pageau*, [1956] B.R. 847, 852 (j. Galipeault).

[283.](#) *British Columbia Electric Railway Co. c. Stewart*, [1913] A.C. 816.

[284.](#) Lord Hobhouse dans *Barber c. Edger*, [1898] A.C. 748, 754. Cet extrait a été cité par Lord Wright dans *City of Montreal c. Montréal Industrial Land Co.*, [1932] A.C. 700, 707. Voir aussi les notes du juge Barclay dans *Harrison Brothers Ltd. c. Cité de St-Jean*, (1937) 62 B.R. 357, 373.

[285.](#) *Lalonde c. Sun Life du Canada, Cie d'assurance-vie*, [1992] 3 R.C.S. 261, [EYB 1992-67816](#) ; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, [REJB 1994-67135](#) ; *Compagnie d'immeubles Yale Ltée c. Kirkland (Ville de)*, [1996] R.J.Q. 502 (C.Q.).

[286.](#) *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862.

287. *City of Vancouver c. Bailey*, (1895) 25 R.C.S. 62 ; *Cité de Trois-Rivières c. Hébert*, (1924) 36 B.R. 229 ; *Ville de Montréal c. Godin*, [1975] C.S. 324.

288. *Carey c. Charron*, [1966] B.R. 173.

289. *Massicotte c. Boutin*, [1969] R.C.S. 818 ; *A.G. for Alberta c. Roskiwich*, [1932] R.C.S. 570.

290. *Dionne c. Biron*, [1970] C.A. 933. Voir aussi : *Family and Children's Services of Kings County c. T.G.S.C.C.*, (1986) 70 N.S.R. (2d) 213 (N.S.C.A.) ; *Smith c. Frick*, (1984) 5 D.L.R. (4th) 574 (B.C.C.A.) ; *Osmond c. Newfoundland (Workers' Compensation Commission)*, (2001) 200 Nfld. & P.E.I.R. 202, par. 214 (C.A.T.N. & L.) ; *Alberta (Registrar, South Alberta Land Registration District) c. Clark & Associates Surveys*, (2004) 52 Alta. L.R. (4th) 234, par. 45 (Alta.C.A.) ; *Phan c. Lee*, (2005) 253 D.L.R. (4th) 327, par. 45 (Alta.C.A.).

291. *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, 157158.

292. Voir, notamment : *Human Rights Commission c. Workplace Health, Safety and Compensation Commission*, (2005) 259 D.L.R. (4th) 654, par. 15 (C.A.T.N. & L.) ; *Cadillac Fairview Corp. c. Saskatchewan (Human Rights Commission)*, (1999) 173 D.L.R. (4th) 609 (Sask.C.A.) ; *Druken c. Canada*, [1989] 2 C.F. 24 (C.A.F.) ; *Winnipeg School Division N° 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, [EYB 1985-150133](#).

293. Voir, notamment : *Re Fantasy Construction Ltd. (Bankrupt)*, (2007) 89 Alta. L.R. (4th) 93, par. 61 (C.A.).

294. C'est l'un des problèmes qui se posaient dans l'arrêt *Re Vancouver Incorporation Act*, [1946] 1 D.L.R. 638 (B.C.C.A.).

295. Ce fut l'avis des juges Smith (*id.*, 643) et Bird (*id.*, 652).

296. C'était la prétention des commerçants de lait dans l'affaire *Re Vancouver Incorporation Act*, [1946] 1 D.L.R. 638, 642 (B.C.C.A.).

297. *Id.*, 643.

298. *Greenshields c. La Reine*, [1958] R.C.S. 216 ; *R. c. Lincoln Mining Syndicate Ltd.*, [1959] R.C.S. 736 ; *Donaldson c. The Queen*, (1977) 14 O.R. 684 (Ont.H.C.J.). Dans la dernière affaire, une loi fixait la règle de prescription applicable en cas d'accident de la route et une autre celle qui régit les recours contre les fonctionnaires publics. Dans l'hypothèse d'un accident routier causé par un véhicule conduit par un fonctionnaire public, quelle loi devait-on appliquer ? Le point de vue que le juge décide de favoriser dans l'appréciation du caractère général ou spécial est évidemment déterminant : *R. c. Canadian Broadcasting Corp.*, (1992) 72 C.C.C. (3d) 545 (Ont.Div.Ct.).

299. *Proprietary Industries Inc. c. Workum*, (2006) 271 D.L.R. (4th) 24, par. 17 (Alta.C.A.).

300. *R. c. Williams*, [1944] R.C.S. 226, 239.

301. *R. c. Lincoln Mining Syndicate Ltd.*, 1959] R.C.S. 736.

302. Dans le même sens, voir l'arrêt du Conseil privé dans *City of Montreal c. Montreal Industrial Land Co.*, [1932] A.C. 700.

303. *R. c. Williams*, [1944] R.C.S. 226 ; *City of Montreal c. Montreal Industrial Land Co.*, [1932] A.C. 700 ; *Collège des pharmaciens de la province de Québec c. Besner*, [1960] C.S. 720 ; *Reid Newfoundland Co. c. The Queen in the Right of Newfoundland*, (1983) 140 D.L.R. (3d) 553 (Nfld.C.A.). Voir aussi les arrêts cités dans William F. CRAIES, *On Statute Law*, 7

éd. par S.G.G. Edgar, Londres, Sweet & Maxwell, 1971, p. 381 et 382. Voir également : Lucien LEBLANC et Richard TREMBLAY, « Interprétation des lois – Commentaire », (1982) 42 *R. du B.* 680 et la réponse de Raymond NEPVEU, « Interprétation des lois », (1983) 43 *R. du B.* 107.

304. Voir les arrêts cités aux notes 291-292.

305. On trouvera dans l'arrêt *Dionne c. Biron*, [1970] C.A. 933, un cas patent d'application mécanique de la maxime *generalia specialibus non derogant*. La conclusion du tribunal est bien discutable. Son raisonnement (exprimé en deux courts paragraphes) n'est guère convaincant : la disposition qualifiée de spéciale par le tribunal aurait tout aussi bien pu être considérée comme générale.

306. Voir : *Consumer Advocate c. Newfoundland Power Inc.*, (2006) 255 Nfld. & P.E.I.R. 234, par. 17 (C.A.T.N. & L.) ; *Abbott c. Canada (1^{re} inst.)*, (2001) 203 F.T.R. 191, par. 39 (C.F.). On verra aussi, sur les conflits entre des règlements et d'autres textes législatifs : René DUSSAULT et Louis BORGÉAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., t. 1, Québec, Presses de l'Université Laval, 1984, p. 519-529.

307. Sauf évidemment le cas des conflits entre lois fédérales et provinciales, dont il n'est pas ici question. Nous ne traiterons pas, non plus, du conflit entre une loi et un règlement. À ce sujet, on pourra consulter : Pierre BLACHE, « Du pouvoir de changer la loi par acte réglementaire statutaire », (1977) 12 *R.J.T.* 371.

308. La notion de conflit retenue pour les conflits de lois me paraît pouvoir s'appliquer également aux conflits de règlements.

309. C'était le cas dans l'arrêt *Ménagère Coop c. Comité paritaire du commerce de gros et de détail de Rimouski*, [1962] C.S. 164.

310. À titre d'illustration d'une démarche de ce genre : *Union Gas Ltd. c. Township of Dawn*, (1977) 76 D.L.R. (3d) 613 (Ont.H.C.) et *Bishop-Beckwith Marsh Body c. Wolfville (Town)*, (1996) 135 D.L.R. (4th) 456 (N.S.C.A.).

311. Par exemple : *R. c. Williams*, [1944] R.C.S. 226.

312. Comme le tribunal l'a fait dans *Union Gas Ltd. c. Township of Dawn*, (1977) 76 D.L.R. (3d) 613 (Ont.H.C.). Voir aussi : *R. c. Barnaby*, (1986) 68 N.B.R. (2d) 71 (N.B.Q.B.).

313. Comme le propose Pierre BLACHE, dans « Pouvoir réglementaire ou fonctions législatives de l'Administration », dans Raoul BARBE (dir.), *Droit administratif canadien et québécois*, Ottawa, Editions de l'Université d'Ottawa, 1969, p. 49, à la page 62.

314. *British Columbia Telephone Co. c. Show Cable Systems (B.C.) Ltd.*, (1995) 2 R.C.S. 739. Cette affaire est applicable par analogie seulement, puisqu'elle soulevait un conflit de décisions de portée individuelle entre deux organismes administratifs de régulation. Les principes mis de l'avant par la Cour devraient, à notre avis, s'appliquer sans difficultés à la question du conflit des mesures de portée générale.

315. *Bishop-Beckwith Marsh Body c. Wolfville (Town)*, (1996) 135 D.L.R. (4th) 456 (N.S.C.A.).

ESSENTIALS OF
CANADIAN LAW

STATUTORY
INTERPRETATION

THIRD EDITION

RUTH SULLIVAN



whether a judge of the Court of Queen's Bench for Saskatchewan was a member of the Law Society of Saskatchewan within the meaning of *The Legal Profession Act*. As part of its analysis, the court looked through the *Judges Act* and the *Rules of the Law Society of Saskatchewan*, picking out any provisions that had some bearing on this question. Although none of the provisions expressly addressed the point, all were consistent with the assumption that judges were not members, and some were inconsistent with the assumption that they were. Since statutes are presumed to operate together harmoniously and to reflect a consistent view of the subject dealt with, it was appropriate to conclude that judges were not members under *The Legal Profession Act*.

C. STATUTE BOOK AS A WHOLE

The statute book is comprised of the entire body of legislation that has been enacted by a legislature and has not expired or been repealed. It includes legislation that has been enacted but has not yet come into force. The electronic consolidations maintained by Canadian jurisdictions give a good indication of the scope of the statute book, although they are not necessarily complete.

Courts rely on two fundamental assumptions when they look to the statute book as a whole. The first is that the provisions of the statute book form a coherent and harmonious body of law. Therefore, interpretations that avoid conflict or interference with the operation of another legislative scheme are preferred. In *Auer v Lionstone Holdings Inc.*²¹ for example, the appellant argued that the broad powers conferred on insurers by the *Insurance Act* to negotiate and settle claims resulting from a collision included an implied authority to waive an evidentiary privilege conferred on drivers by subsection 11(3) of the *Traffic Safety Act* without the driver's consent. In rejecting this argument, the court began by identifying the purpose of the privilege, which was to ensure that drivers give frank statements to the police concerning the cause of accidents. This purpose would be undermined if the insurer's power to negotiate and settle included an implied authority to waive the privilege. The court then noted that an insurer's efforts to achieve a settlement did not require the privilege to be waived. Finally, it observed that "to the extent possible, different statutes are to be interpreted in a harmonious fashion."

The presumptions of coherence and consistency apply not only to Acts dealing with the same subject but also, albeit with lesser force,

21 2005 ABCA 78.

**SULLIVAN
ON THE
CONSTRUCTION OF STATUTES**

Sixth Edition

by

Ruth Sullivan



LexisNexis®

CHAPTER 11

Coherence, Overlap and Conflict Resolution

§11.1 This chapter looks at coherence, both as a legal norm and a practical necessity, and it examines the methods used in statutory interpretation to achieve it. The chapter begins with the concept of overlap, then moves to the determination of when a conflict exists and the rules and techniques relied on by courts to resolve conflicts. It ends with a brief look at another aspect of coherence, namely the coherence between different sources of law – entrenched constitutional law, legislation, common law and international law.

THE PRESUMPTION OF COHERENCE

§11.2 *Governing principle.* It is presumed that the provisions of legislation are meant to work together, both logically and teleologically, as parts of a functioning whole. The parts are presumed to fit together logically to form a rational, internally consistent framework; and because the framework has a purpose, the parts are also presumed to work together dynamically, each contributing something toward accomplishing the intended goal.¹

§11.3 The presumption of coherence is also expressed as a presumption against internal conflict. It is presumed that the body of legislation enacted by a legislature does not contain contradictions or inconsistencies, that each provision is capable of operating without coming into conflict with any other. As La Forest J. wrote in *Friends of Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*:

... there is a presumption that the legislature did not intend to make or empower the making of contradictory enactments.²

In *Willick v. Willick*, Sopinka J. wrote:

With respect to the application of the contextual approach, ... the objective is to interpret statutory provisions to harmonize the components of legislation inasmuch as is possible, in order to minimize internal inconsistency....³

¹ *R. v. L.T.H.*, [2008] S.C.J. No. 50, 2008 SCC 49, [2008] 2 S.C.R. 739, at para. 47 (S.C.C.).

² [1992] S.C.J. No. 1, [1992] 1 S.C.R. 3, at 38 (S.C.C.). See also *Diamond Estate v. Robbins*, [2006] N.J. No. 3, at paras. 49-50 (Nfld. C.A.); *Murphy v. Welsh*, [1993] S.C.J. No. 83, [1993] 2 S.C.R. 1069, at 1079 (S.C.C.), *per* Major J.

In the Court of Appeal of Alberta

Citation: Bellatrix Exploration Ltd (Re), 2021 ABCA 85

Date: 20210305
Docket: 2101-0011-AC
Registry: Calgary

**In the Matter of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36,
as amended**

- and -

In the Matter of the Compromise or Arrangement of Bellatrix Exploration Ltd.

Between:

BP Canada Energy Group ULC

Applicant

- and -

National Bank of Canada

Respondent

- and -

Bellatrix Exploration Ltd.

Respondent

**Reasons for Decision of
The Honourable Mr. Justice Jack Watson**

Application for Permission to Appeal

**Reasons for Decision of
The Honourable Mr. Justice Jack Watson**

I. Introduction

[1] The applicant, BP Canada Energy Group ULC, (“BPC”) seeks leave to appeal to this Court from a decision of Romaine J whereby she rejected various submissions of BPC concerning the disposition of proceedings as to Bellatrix Exploration Ltd. (“Bellatrix”) under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, RSC 1985, c C-36 (“CCAA”): 2020 ABQB 809, [2020] AJ No 1453 (QL) (“Reasons”).

[2] BPC’s application before me is governed by s 13 of the *CCAA* which reads as follows:

Leave to appeal

13 Except in Yukon, any person dissatisfied with an order or a decision made under this Act may appeal from the order or decision on obtaining leave of the judge appealed from or of the court or a judge of the court to which the appeal lies and on such terms as to security and in other respects as the judge or court directs

Permission d’en appeler

13 Sauf au Yukon, toute personne mécontente d’une ordonnance ou décision rendue en application de la présente loi peut en appeler après avoir obtenu la permission du juge dont la décision fait l’objet d’un appel ou après avoir obtenu la permission du tribunal ou d’un juge du tribunal auquel l’appel est porté et aux conditions que prescrit ce juge ou tribunal concernant le cautionnement et à d’autres égards

[3] The test for grant of leave to appeal under s 13 of the *CCAA* was encapsulated in *Re: Blue Range Resource Corporation*, 1999 ABCA 255 at paras 2-5, 244 AR 103 as being a burden to show “serious and arguable grounds that are of real and significant interest to the parties” coupled with this Court’s finding that “significance to the practice”, “precedential value” and “whether the appeal will unduly hinder the progress of the action” are also factors which fit into the determination under the broad language of s 13 of the *CCAA*: see also *Liberty Oil & Gas Ltd., Re*, 2003 ABCA 158 paras 15-16, 44 CBR (4th) 96.

[4] The *CCAA* is part of an integrated legislative scheme which includes the expeditious but just reorganization or winding down of companies which have fallen onto hard times. The role of the first instance judge is crucial: compare *9354-9186 Quebec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10 paras 38-52, 67-68, 444 DLR (4th) 373. There, Wagner CJC wrote:

39 The CCAA is one of three principal insolvency statutes in Canada. The others are the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”), which covers insolvencies of both individuals and companies, and the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11 (“WURA”), which covers insolvencies of financial institutions and certain other corporations, such as insurance companies (WURA, s. 6(1)). While both the CCAA and the BIA enable reorganizations of insolvent companies, access to the CCAA is restricted to debtor companies facing total claims in excess of \$5 million (CCAA, s. 3(1)).

40 Together, Canada’s insolvency statutes pursue an array of overarching remedial objectives that reflect the wide ranging and potentially “catastrophic” impacts insolvency can have (*Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, at para. 1). These objectives include: providing for timely, efficient and impartial resolution of a debtor’s insolvency; preserving and maximizing the value of a debtor’s assets; ensuring fair and equitable treatment of the claims against a debtor; protecting the public interest; and, in the context of a commercial insolvency, balancing the costs and benefits of restructuring or liquidating the company (J. P. Sarra, “*The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law*”, in J. P. Sarra and B. Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016* (2017), 9, at pp. 9-10; J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* 2nd ed. (2013), at pp. 4-5 and 14; Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors Arrangement Act* (2003), at pp. 9-10; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2nd ed. 2015), at pp. 4-5).

[5] By the terms of the common law criteria developed for the statutory test, leave to appeal is assessed in the round. As stated by Wagner CJC in *Callidus Capital*, that corresponds to the role played by the first instance judges:

47 One of the principal means through which the CCAA achieves its objectives is by carving out a unique supervisory role for judges (see Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at pp. 18-19). From beginning to end, each CCAA proceeding is overseen by a single supervising judge. The supervising judge acquires extensive knowledge and insight into the stakeholder dynamics and the business realities of the proceedings from their ongoing dealings with the parties.

48 The CCAA capitalizes on this positional advantage by supplying supervising judges with broad discretion to make a variety of orders that respond to the circumstances of each case and “meet contemporary business and social needs” (*Century Services*, at para. 58) in “real-time” (para. 58, citing R. B. Jones, “*The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law*”, in J. P.

Sarra, ed., Annual Review of Insolvency Law 2005 (2006), 481, at p. 484). The anchor of this discretionary authority is s. 11, which empowers a judge “to make any order that [the judge] considers appropriate in the circumstances”. This section has been described as “the engine” driving the statutory scheme (*Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (Ont. C.A.), at para. 36).

49 The discretionary authority conferred by the CCAA, while broad in nature, is not boundless. This authority must be exercised in furtherance of the remedial objectives of the CCAA, which we have explained above (see *Century Services*, at para. 59). Additionally, the court must keep in mind three “baseline considerations” (at para. 70), which the applicant bears the burden of demonstrating: (1) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (2) that the applicant has been acting in good faith and (3) with due diligence (para. 69).”

[6] Within such a (necessarily) discretionary zone of judicial action, the grant of leave to appeal is not automatic howsoever imaginatively the supporting argument is formulated. Rather, leave seems inappropriate for matters of essentially academic interest even if the answer might be of some interest to the practice; CCAA proceedings are no place for the endless mullings of Lord Chancellor Eldon. Nor does it appear likely to be beneficial to anyone to grant leave to appeal from case-specific decisions where the applicable standard of review is likely to sweep aside any future appeal.

[7] Nor is leave to be granted merely because success by the applicant might be profitable *to the applicant* in reconfiguring the distribution of losses (often the hard reality of CCAA proceedings) and the applicant has an interesting point: compare and *Cantore v Nemaska Lithium Inc.*, 2020 QCCA 1333, [2020] QJ No 7849 (QL) under motion to SCC at [2020] SCCA No 436 (QL) and *Shenker v Nemaska Lithium Inc.*, 2020 QCCA 1488, [2020] QJ No 9974 (QL) under motion to SCC at [2021] SCCA No 9 (QL). In *Shenker*, Marcotte JA addressed what was a novel but developing trend towards ‘reverse vesting orders’ which she said, at para 36, did “appear to qualify as being significant to the practice of insolvency”. But she concluded that the arguments for Cantore were a “bargaining tool” and she was not persuaded that his motion was not “purely strategic”. As to both Cantore and Shenker, she observed that:

42 This makes the leave to appeal a risky proposition that could turn into the potential “catastrophe” that the CCAA judge referred to in his reasons, one in which all stakeholders, including creditors, employees, suppliers, the Cree community and the local economies stand to lose. In such event, the rights being debated even if important may become theoretical.

43 As far as Shenker is concerned, while the issues that he proposes to raise with respect to overreaching third party releases are not devoid of merit, granting leave is likely to seriously prejudice creditors, with limited gains to be had on the part of shareholders whose rights remain entirely subordinated to those of the creditors. If

the manner of constituting the releases makes them invalid or unopposable, then Shenker, and any other party with a claim against directors, may still have a recourse.

[8] In other words, the ‘real world’ context is something to consider and the criteria are not assessed in isolation from each other. On the other hand, a matter might be significant to the practice if there is an important matter of interpretation that genuinely and arguably arises in the context, especially if it is a matter that has been problematic or disputed within the practice for some time and needs clarification and such clarification can be provided promptly without damage to the ongoing CCAA proceedings and to the parties. That said, if the significance of the issue raised arises merely because an applicant has developed a creative interpretive theory as a flyer, the other circumstances of the matter would be engaged to justify a finding that the practice significance criterion was met.

[9] The line of cases on leave to appeal also point out that deference is owed to the impugned decision unless the judge “acted unreasonably, erred in principle, or made a manifest error” as set out by Strekaf JA in *BMO Nesbitt Burns Inc. v. Bellatrix Exploration Ltd*, 2020 ABCA 264 at paras 7-8, 81 CBR (6th) 161:

7 The test for leave to appeal in CCAA proceedings requires “serious and arguable grounds that are of real and significant interest to the parties”, which can be assessed by considering the following four factors (*Liberty Oil & Gas Ltd., Re*, 2003 ABCA 158 (Alta. C.A.) at paras 15-16):

- (1) Whether the point on appeal is of significance to the practice;
- (2) Whether the point raised is of significance to the action itself;
- (3) Whether the appeal is prima facie meritorious or, on the other hand, whether it is frivolous; and
- (4) Whether the appeal will unduly hinder the progress of the action.

8 “An appellate court should exercise its power sparingly, when asked to intervene in issues which arise in CCAA proceedings”: *Blue Range Resource Corp., Re*, 1999 ABCA 255 (Alta. C.A.) at para 3. Decisions of a supervising chambers judge are accorded considerable deference and will be interfered with only if the judge acted unreasonably, erred in principle, or made a manifest error: *Royal Bank v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178 (Alta. C.A.) at para 3. The applicant must point to an error on a question of law, or a palpable and overriding error in findings of fact or in the exercise of discretion: *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABCA 149 (Alta. C.A. [In Chambers]) at paras 28-29.

In an analogical sense, one might therefore characterize this language about the test for leave as amounting to what Courts in the United States of America refer to as the “law of the case” respecting leave to appeal. The parties have accepted the criteria explained by Strekaf JA although they seem to construe their scope differently.

[10] On the subject of deference, there was a brief debate in the oral submissions before me as to whether Romaine J’s decision might be entitled to some lower level of deference because the case management judge had been Jones J and thus, so the argument went, he had greater familiarity with the matter. (Jones J had expressly determined that he was not ‘seized’ with this matter.) Generally, though not inevitably, courts should resist *gradations* of deference because it tends to be an unwieldy element of analysis: compare *Canada v Vavilov*, 2019 SCC 65 at paras 27-31. 441 DLR (4th) 1. In this case, I note that Romaine J has immense experience in matters of this kind: note paras 40 and 47 of *Callidus Capital*, above.

[11] True, even experts can be wrong and there is equally no concept of ‘hyper-deference’ for text book authors: *Wilson v DePuy International Ltd*, 2019 BCCA 440 at para 38, 31 BCLR (6th) 215, leave denied [2020] SCCA No 36 (QL) (SCC No 39044). Further still, extricable questions of law are reviewed for correctness regardless of expertise: compare (as to class action gatekeeping deference) *AIC Limited v Fischer*, 2013 SCC 69 at para 65, [2013] 3 SCR 949. Moreover, here there were agreed facts. Nonetheless, where reasonableness is the review standard, Romaine J’s expertise is a factor.

[12] Also applicable to this motion is s 14.5(1)(f) of the *Alberta Rules of Court*, AR 124/2010 as amended, which allows for appeals to the Court where permission to appeal is granted on “any decision where permission to appeal is required by an enactment”. There is no material difference between “leave” to appeal and “permission” to appeal in this context. The word “permission” is a modern expression lately adopted in the *Alberta Rules* and in provincial legislation as the nomenclature for the gatekeeping functions to be performed by single judges of this Court.

II. Synopsis

[13] The following synopsis does not rehearse all the facts. Instead, I choose to focus on what I think to be the principal points.

[14] At the heart of the matter in this motion are BPC’s contentions arising from the terms of a contract involving it and Bellatrix for the supply of natural gas (the “GasEDI Agreement”). The parties appear to have originally entered into this agreement as of March 1, 2010. There were two transaction confirmations as of December 12, 2017. There was a pricing formula based on posted index prices at specific or designated downstream pricing hubs in the US and Ontario, on a month to month basis.

[15] On October 2, 2019, Bellatrix was granted protection under the CCAA. As part of the CCAA proceedings, Bellatrix sought on November 25, 2019 to disclaim the GasEDI Agreement under s 32(1) of the CCAA. On November 26, 2019 Bellatrix stopped delivering gas to BPC. BPC and Bellatrix were unable to agree on a substitute arrangement after that. Section 32(1) which provides for “Disclaimer or resiliation of agreements” in the English language official version and for “Résiliation de contrats” in the French official language version.

[16] These official language versions are to be read such as to identify and apply their shared meaning: *R v Mac*, 2002 SCC 24, [2002] 1 SCR 856; *Schreiber v Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62 at paras 55-56, [2002] 3 SCR 269; *R v Daoust*, 2004 SCC 6 at para 26, [2004] 1 SCR 217; *Re: Canada 3000 Inc.*, 2006 SCC 24 at para 49, [2006] 1 SCR 865; *Merck Frosst Canada Ltd v Canada (Health)*, 2012 SCC 3 at para 203 per Cromwell J, [2012] 1 SCR 23; *R v Quesnelle*, 2014 SCC 46 at paras 52-53, [2014] 2 SCR 390; *R v M(TJ)*, 2021 SCC 6 at para 16, [2021] SCJ No 6 (QL).

[17] The shared meaning principle is applied to accord with s 16 of the *Constitution Act, 1982*, s 133 of the *Constitution Act, 1867*, and the *Official Languages Act*, RSC 1985, c 31. This principle is applicable to the interpretation of s 32 of the CCAA. The mainly relevant provisions of s 32 of the CCAA read as follows:

Disclaimer or resiliation of agreements

32 (1) Subject to subsections (2) and (3), a debtor company may — on notice given in the prescribed form and manner to the other parties to the agreement and the monitor — disclaim or resiliate any agreement to which the company is a party on the day on which proceedings commence under this Act. The company may not give notice unless the monitor approves the proposed disclaimer or resiliation

Court may prohibit disclaimer or resiliation

(2) Within 15 days after the day on which the company gives notice under subsection (1), a party to the agreement may, on notice to the other parties to the agreement and the

Résiliation de contrats

32 (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), la compagnie débitrice peut — sur préavis donné en la forme et de la manière réglementaires aux autres parties au contrat et au contrôleur et après avoir obtenu l’acquiescement de celui-ci relativement au projet de résiliation — résilier tout contrat auquel elle est partie à la date à laquelle une procédure a été intentée sous le régime de la présente loi.

Contestation

(2) Dans les quinze jours suivant la date à laquelle la compagnie donne le préavis mentionné au paragraphe (1), toute partie au contrat peut, sur préavis aux autres parties au contrat et au contrôleur, demander au tribunal

monitor, apply to a court for an order that the agreement is not to be disclaimed or resiliated.

[...]

Loss related to disclaimer or resiliation

(7) If an agreement is disclaimed or resiliated, a party to the agreement who suffers a loss in relation to the disclaimer or resiliation is considered to have a provable claim.

[...]

Exceptions

(9) This section does not apply in respect of

- (a) an eligible financial contract;
- (b) a collective agreement;
- (c) a financing agreement if the company is the borrower; or
- (d) a lease of real property or of an immovable if the company is the lessor

d'ordonner que le contrat ne soit pas résilié.

[...]

Pertes découlant de la résiliation

(7) En cas de résiliation du contrat, toute partie à celui-ci qui subit des pertes découlant de la résiliation est réputée avoir une réclamation prouvable.

[...]

Exceptions

(9) Le présent article ne s'applique pas aux contrats suivants :

- a) les contrats financiers admissibles;
- b) les conventions collectives;
- c) les accords de financement au titre desquels la compagnie est l'emprunteur;
- d) les baux d'immeubles ou de biens réels au titre desquels la compagnie est le locateur.

[18] Reference to the French language official version is appropriate generally for federal legislation. But, in this case, such reference is particularly driven by the suggestion made by BPC in oral argument that the word “resiliate” included the concept of “breach” and that, accordingly, the operative effect of s 32(9) was to exclude the ability of an insolvent party to breach or repudiate an agreement in the nature of an “eligible financial contract” (“EFC”) under that subsection of the CCAA. This argument was hinted at in BPC’s Memorandum at para 10, referring to Bellatrix’s position that “a company in CCAA is permitted to simply breach executory contracts with impunity even when they cannot be *disclaimed or resiliated* under the governing legislation”. The hint there was that disclaimer and resiliation were significantly different phenomena. Nonetheless, this argument has no bottom. Nothing in the shared meaning of the provisions seems to connote that Parliament was referring in s 32(9) to anything other than the form of disclaimer exemption enacted by design for specific purposes.

[19] The main point for BPC was that on receipt of notice of the disclaimer in late 2019, BPC was entitled to reject it on the basis that the disclaimer was invalid under s 32(9)(a) of the CCAA. BPC took the position that the GasEDI Agreement was an EFC and s 32(1) therefore did not apply to it. As noted below, BPC carries forward from that position with a number of domino effects.

[20] BPC went on to contend that Bellatrix was therefore obliged to continue *to execute* on the GasEDI Agreement. BPC rejected the suggestion that Bellatrix could just desist, for lack of capacity, from carrying out the GasEDI Agreement outside s 32 of the CCAA, rendering BPC an unsecured creditor for whatever BPC could prove to be its claim. Along this line, BPC effectively suggested that Bellatrix had a continuing obligation to supply gas at the relevant price under the GasEDI Agreement. Further dominoes discussed below concern alleged further rights claimed by BPC in the CCAA process.

[21] Put one way, that delivery price was ‘uncommercial’ from Bellatrix’s perspective. It appears that Bellatrix and the Monitor estimated a saving of approximately \$14,500,000 for desisting the GasEDI Agreement and re-organizing Bellatrix’s failing business activities. It was with that in mind that Bellatrix, with the Monitor’s approval, issued the notice of disclaimer of the GasEDI Agreement. Using Bellatrix’s estimate, BPC contended that its anticipated calculable *gain* from the continuation of the GasEDI Agreement would be calculable as being arguably the same amount as the Bellatrix Monitor anticipated to be the effective calculable *loss* to Bellatrix (and hence its creditors) arising from continuation of the GasEDI Agreement to its conclusion on its terms.

[22] Based on its interpretation of the GasEDI Agreement and of the meaning of an EFC under s 32(9)(a) of the CCAA, BPC applied for an order from Jones J to declare the GasEDI Agreement was an “eligible financial contract” such that it could not be disclaimed.

[23] Indeed, Jones J found that the GasEDI Agreement was an EFC under s 32 of the CCAA and, as a result, the type of statutory disclaimer provided for under s 32(1) was not applicable under the circumstances: see *Re: Bellatrix Exploration Ltd*, 2020, 77 CBR (6th) 230, [2020] AJ No 329 (QL). Leave to appeal that decision to this Court was granted at 2020 ABCA 178. A panel of this Court heard that appeal and that judgment is presently on reserve.

[24] It is important to note that although BPC sought a decision from Jones J that the effect of the EFC finding was that Bellatrix was obliged to continue to execute under the GasEDI Agreement, Jones J specifically did *not* make such a ruling: see Reasons at para 15; Formal Order of Jones J reproduced at p 230 of BPC’s Memorandum. Moreover, Jones J said he was “not seized with this matter” and BPC could apply “for such further advice or direction as may be required with respect to any remainder of relief” as sought by BPC. That appears to have been the doorway to the hearing before Romaine J.

[25] BPC further argued that the failure of Bellatrix to execute the terms of the GasEDI Agreement constituted a post-filing (ie after CCAA protection commenced) obligation of Bellatrix

and that BPC was therefore entitled to compensation out of funds that the Monitor acquired by the ultimate sale of all of the Bellatrix assets as part of the CCAA process to Spartan Delta Corporation as approved on May 8, 2020: see Reasons at paras 24-25.

[26] BPC contended, in effect, that – rather as if BPC was a creditor who agreed to advance to the debtor *after* CCAA protection has commenced in order to keep the debtor in operation and to enhance the value of the debtor’s assets or perhaps even save the debtor – BPC was entitled to recovery of its profit from the GasEDI Agreement even in priority to secured creditors of Bellatrix, let alone the unsecured creditors of Bellatrix.

[27] It must be noted as well that as of the date of Romaine J’s Reasons, BPC had paid into trust the sum of US\$1,583,859.38 for what it owed Bellatrix before CCAA protection “subject to any valid rights of set-off”: Reasons at para 12.

[28] BPC submitted that if it was not found to be a priority claim by the foregoing logic, the disclaimer provision of s 32(9)(a) of the CCAA would become meaningless. BPC contended that if CCAA debtors were allowed to breach EFCs at will, the result would be the same as if there were a court-approved disclaimer by the insolvent party. BPC said this would reduce the solvent counterparty BPC to a provable but unsecured claim unless otherwise provided under the contract. Put another way, BPC reasoned that the prohibition on disclaimer of EFCs under s 32(9)(a) of the CCAA would be nugatory in such situations, which would be the same as if the EFC were properly disclaimed.

[29] BPC raises the additional issue which concerns the money that BPC owed to Bellatrix for supplies of gas under the GasEDI Agreement prior to commencement of the CCAA protection. BPC argues, using similar reasoning to the above, that it, BPC, is entitled to set off this debt against the debt owed to BPC by Bellatrix under the GasEDI Agreement because it could not be disclaimed and it was a post-protection form of debt which continued to build up after CCAA protection commenced. Set off rights, says BPC, are preserved to creditors under s 21 of the CCAA:

Law of set-off or compensation to apply

21 The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be

Compensation

21 Les règles de compensation s’appliquent à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances, comme si elle était demanderesse ou défenderesse, selon le cas

[30] Set-off rights are also pointed to in relation to solvent counterparties to an EFC under s 34(8) of the CCAA. It provides:

Permitted actions

(8) The following actions are permitted in respect of an eligible financial contract that is entered into before proceedings under this Act are commenced in respect of the company and is terminated on or after that day, but only in accordance with the provisions of that contract:

(a) the netting or setting off or compensation of obligations between the company and the other parties to the eligible financial contract; and

(b) any dealing with financial collateral including

(i) the sale or foreclosure or, in the Province of Quebec, the surrender of financial collateral, and

(ii) the setting off or compensation of financial collateral or the application of the proceeds or value of financial collateral

Opérations permises

(8) Si le contrat financier admissible conclu avant qu'une procédure soit intentée sous le régime de la présente loi à l'égard de la compagnie est résilié à la date d'introduction de la procédure ou par la suite, il est permis d'effectuer les opérations ci-après en conformité avec le contrat:

a) la compensation des obligations entre la compagnie et les autres parties au contrat;

b) toute opération à l'égard de la garantie financière afférente, notamment:

(i) la vente, la demande en forclusion ou, dans la province de Québec, la demande en délaissement,

(ii) la compensation, ou l'affectation de son produit ou de sa valeur

[31] In the end, the crucial points for BPC turn largely on BPC's interpretation of s 32 of the CCAA and what BPC says are its special contractual rights as against Bellatrix and its special priority status respecting assets of Bellatrix derived from those special rights. Without entirely conceding the point, BPC was in a position of acknowledging that if this Court decided the GasEDI Agreement was not an EFC on the other appeal, the threshold for this motion would disappear. Counsel for Bellatrix suggested that were that to happen, BPC just lapses into an unsecured creditor status for whatever claim BPC could prove, and set-off said to arise from the alleged increasing debt to BPC would not apply. At this stage it is appropriate to further elaborate on the positions of the parties respecting these issues.

III. Grounds of the Motion

[32] At para 22 of its Memorandum under the title “The point on appeal is of significance to the practice”, BPC argued that there were two “discrete questions of law” as follows:

(a) is a CCAA debtor obligated to perform executory contracts that cannot be lawfully disclaimed or resiliated?

(b) does the CCAA’s express preservation of rights of set-off permit the solvent party to an undisclaimed executory contract to avail itself of contractual and other set-off rights.

[33] Further under the same title, at paras 23 and 24 of its Memorandum, BPC said that it was agreeing with Bellatrix that there was not yet sufficient judicial guidance as to what constitutes an EFC. That issue is in reserve before the other panel and thus cannot be addressed by me. BPC goes on to say under this title that “in the absence of strict compliance with the statutory requirements for a valid disclaimer, the relevant executory contract will remain ‘in full force and effect’,” citing *Re: League Assets Corp*, 2016 BCSC 2262 at para 61, 42 CBR (6th) 217. In the Analysis part of my reasons I do not find *League Assets Corp* to be authority for the proposition asserted.

[34] In sum, this part of BPC’s argument is whether “a company in CCAA may simply breach its undisclaimed *executory contracts*”. As so expressed in the italicized part, that proposed ground of appeal is much more general than the specific issue whether a debtor company can disclaim an EFC.

[35] Next, under the title “The point on appeal is significant to the proceeding”, BPC accepts that Bellatrix’s assets have been liquidated. BPC asserts, at para 26 of its Memorandum, that it “stands to gain approximately \$14.5 million from funds currently held by the Monitor” whereas the Agent of the Lienholders argues those moneys should go to the Lienholders.

[36] Next, under the title “The Appeal is *prima facie* meritorious”, BPC again argues at para 27 that the issue is “whether in law a party (having obtained this Court’s protection under the CCAA) is required to perform obligations *under executory contracts* that cannot be lawfully disclaimed under section 32 of the CCAA, and whether a party to an industry-standard agreement can rely on contractually protected rights of set-off.” To repeat, the first part of this argument is considerably larger than the point whether the exception to disclaimer under s 32(9)(a) of the CCAA applies. The second part as to “*contractually protected* rights of set-off” is also noteworthy in how the argument further unfolds in the BPC Memorandum.

[37] Further under this title as to *prima facie* merit, BPC seems to revive some of the content of the six grounds (paras 14(a) to (f)) set out in its Application for Permission to Appeal. At para 29 of its written submission, BPC seems to elaborate from the two grounds set out in para 32 above, and seems to expand to four grounds as follows:

29 Moreover, the issues raised by BP on this appeal are *prima facie* meritorious. The Chambers Judge, in her decision, made at least four *manifest* errors of law, in that she:

(a) gave effect to an interpretation of the disclaimer provisions of the CCAA in which the power of companies to disclaim executory contracts is not only unlimited, but entirely unnecessary as any contract not capable of being disclaimed may simply be breached (rendering the restrictions on disclaimer of EFCs meaningless);

(b) incorrectly classified the BP claim as a pre-filing unsecured claim, notwithstanding that the disputed Notice of Disclaimer and concurrent Bellatrix breach occurred after the filing date (suggesting CCAA s. 32(7) can somehow apply to an undisclaimed contract, or an EFC);

(c) misinterpreted the plain terms of the GasEDI Agreement, which gave BP a right of setoff and the ability to withhold the December Payment and apply those funds to the damages resulting from the Bellatrix breaches (a right expressly preserved under the CCAA); and

(d) concluded BP was not entitled to legal set-off, without considering the test for legal setoff at all.

[38] As to the reading of s 32, BPC's Memorandum essentially argues that the effect of the Romaine J's Reasons is that "the entirety of s. 32 of the CCAA is unnecessary" (Memorandum at para 35) and, more specifically, that it renders s 32(9) a "practical nullity" (Memorandum at para 32), renders s 32(7) a "true nullity" (Memorandum at para 33), and that s 32(4) "fares no better" (Memorandum at para 34).

[39] I will address these points in the Analysis part of these reasons below. First, I turn to Romaine J's reasons.

IV. Reasons of Romaine J

[40] There was an agreed statement of facts before Romaine J. Once again, I elect to focus only on specific elements of the case as were set out in her Reasons.

[41] Romaine J noted the practical situation as to the sale to Spartan and the assumption by Spartan of "all of Bellatrix's liabilities in respect of its wells, environmental obligations, pre-filing cure costs in respect of assumed contracts and certain other assumed liabilities": Reasons at para 25. Romaine J described the situation of the First Lien Lenders and said:

27 On May 22, 2020, the Court granted a Stay Extension and Distribution Order authorizing Bellatrix to distribute \$47.5 million, a portion of the net proceeds from the Spartan sale, to the Agent of the First Lien Lenders in partial satisfaction of their secured claim. Bellatrix held back certain funds from distribution, including funds for disputed claims such as the BP claim.

28 Bellatrix remains indebted to the First Lien Lenders in excess of \$44.5 million. Bellatrix may not be able to pay the secured claim of the First Lien lenders in full given the results of the sale process. In the circumstances, a claims process has not been initiated in these CCAA proceedings.

29 The First Lien Lenders seek a declaration that they have a first priority interest in all the property of Bellatrix, including funds held back in relation to the BP claim, a declaration that amounts owing to BP, if any, are an unsecured claim, and an order directing the Monitor to make a further distribution to the Agent in the amount of approximately \$28.9 million. Bellatrix supports this position and submits that the Agent for the First Lien Holders is entitled to distribution of the sale proceeds and the December payment of approximately \$1.6 million held in trust by the Monitor in priority to BP.

30 In a cross application, BP seeks judgement for damages in an amount equivalent to US\$14.2 million, an order lifting the stay in the CCAA proceedings to permit BP to enforce the judgement, and an order directing the Monitor to pay BP the approximately US\$1.6 million December payment from the held-back funds, an order directing Bellatrix to pay the remainder of the claimed damages out of the sale of proceeds of its assets, or, in the alternate, granting BP a charge over the property of Bellatrix in the amount of the claimed damages with priority over the secured creditors and *pari passu* with the Interim Lenders Charge, or in the further alternative, an order declaring that any funds held by the Monitor and Bellatrix up to the amount of the claimed damages are held in trust for BP.”

[42] Romaine J also addressed the circumstances respecting the seeming decision of BPC not to seek any remedy compelling Bellatrix to perform the GasEDI Agreement during the period leading up to the sale of the assets of Bellatrix to Spartan, and that BPC, instead, chose to build up and pursue a claim for damages “with priority over the secured creditors and *pari passu* with the Interim Lenders Charge, or in the further alternative, an order declaring that any funds held by the Monitor and Bellatrix up to the amount of the claimed damages are held in trust for BP”: Reasons at paras 15-30. BPC seems to take exception to this aspect of her analysis, but it seems relevant to me and not incorrect.

[43] By way of interpreting the protection offered to a non-defaulting counterparty to an EFC under s 32(9)(a) of the CCAA, Romaine J referred, at para 37, to the Insolvency Institute of Canada *Report of the Task Force on Derivatives* dated September 26, 2013, which explained that the two

main purposes of this EFC exception were “(i) to protect non-defaulting counterparties from the risk of increasing exposure to the insolvent counterparty under the EFC and (ii) to reduce systemic risk in Canadian and global financial markets”.

[44] Assuming, *arguendo*, that the “law of the case” at this point is that which was determined by Jones J -- namely that the GasEDI Agreement was an EFC -- the analysis of Romaine J remains. Romaine J was fully aware of the position argued for BPC that to allow Bellatrix to repudiate or breach the GasEDI Agreement outside of s 32 of the CCAA would defeat the purpose of s 32(9)(a) of the CCAA. She noted that under s 32(4) of the CCAA, the judge was to consider a number of factors in deciding whether or not to permit the disclaimer. She rejected BPC’s position thus:

41 BP submits that, unless it is granted the relief it seeks, the practical effect of Bellatrix’s conduct would be to render the disclaimer rules of the CCAA meaningless. It notes that a valid disclaimer under section 32(7) of the CCAA results in a “provable claim”, unsecured unless otherwise provided for in the disclaimed contract. However, if CCAA debtors are allowed to breach executory contracts at will, the result is identical: the solvent party has a provable claim, unsecured unless otherwise provided for under the contract. BP submits that, if that is true, section 32(7) of the CCAA is without a purpose, as there is no practical difference between contracts that can and cannot be lawfully disclaimed. Either way, if the debtor chooses to breach the contract, the solvent counterparty is left with the same remedy -- which in many cases, is no remedy at all.

42 Therefore, BP submits that the “clear implication” of the statutory disclaimer provisions of the CCAA is that a company is required to perform its obligations under executory contracts as of the filing date, unless and until those contracts can be validly disclaimed under section 32.

43 As noted previously, the exception from EFCs included in the disclaimer provisions of the Act do not expressly provide that an EFC must be performed. Such a mandatory requirement would thwart the objectives of the CCAA, since compelling a CCAA debtor to perform an EFC that it cannot afford to perform would in many cases affect its ability to attempt to restructure.

44 The disclaimer provisions, while initiated by the debtor, provide the solvent party to a disclaimable contract an opportunity to object to the disclaimer and a process for doing so. Section 32(4) of the Act sets out factors that the court must consider in deciding the issue.

45 While the solvent party to a contract that the debtor merely stops performing may not have available to it the same statutory process, it may apply to the court for an order compelling performance as BP initially purported to do. The court supervising the CCAA proceedings in its consideration of such an application

would likely take into account factors similar to those set out in section 32(4), including whether compelling performance would interfere with the prospect of a viable arrangement, and whether refusing such an order would cause significant financial hardship to a party to the contract.

46 While the considerations may be similar, a disclaimer proceeding is initiated by the debtor, provides for a statutory process and mandates a termination date for the disclaimer. As noted by Morawetz, J. in *Re Target Canada Co*, 2015 CarswellOnt 3274, the disclaimer is beneficial to creditors generally because it enables the debtor to move forward with a liquidation plan without further delay. In contrast, the unilateral non-performance of a contract gives rise to uncertainty for both the debtor and the counterparty as to the status of the contract, including whether or not the solvent counterparty at its election will accept the termination of the contract as repudiated, and the date of its termination.

47 The disclaimer provisions are thus not rendered meaningless by the existence of a less formal option, but provide an opportunity for orderly termination and certainty to the parties to the disclaimed contract. Implying an obligation to perform an uneconomic contract that may affect the ability of the CCAA debtor to attempt to restructure would require more direct statutory language.

[45] Romaine J went on to determine that, also assuming the GasEDI Agreement was an EFC, BPC had not terminated the GasEDI Agreement and was not seeking a set off in order to “reduce exposure to risk”. It appears that she read s 34(8) of the CCAA as providing for permissible actions by EFC *creditors* as exceptions to the limitations arising under s 34(1) of the CCAA. BPC’s position is that s 34(8)(a) is not pertinent to this situation but s 21 of the CCAA is. I am not persuaded that BPC is correct on this if BPC is right that the GasEDI Agreement was an EFC. Parliament chose to enact set-off terms for EFCs. At some stage a first instance judge facing a set-off argument would presumably address the section.

[46] On the other hand, BPC explains its set-off position in these terms:

39 BP was thus entitled to assert a right of set-off in respect of the December Payment, a right which was confirmed by the GasEDI Agreement, which provided for the payment of stipulated damages to a non-defaulting party, the right to suspend payments owing to the defaulting party, and the right to apply those withheld funds to the amount owing by the defaulting party in each subsequent period of default. At the time of the December Payment, the default of Bellatrix had been ongoing for at least 30 days; under the GasEDI Agreement, the default of Bellatrix resulted in a liquidated claim for monetary damages, due and owing at the time of the December Payment, which BP had the right to set off against any amount otherwise owing.

[47] In my view, BPC’s position on this pre-supposes that the GasEDI Agreement could not be disclaimed because it is the alleged continuation of Bellatrix’s obligations to BPC that gives rise to a claim by BPC to set off against the existing claim of Bellatrix for gas supplied prior to CCAA protection. In other words, as I note in paras 29-31 of my reasons above, BPC’s claim of set-off arising after the beginning of the CCAA protection is also contingent on the finding that the GasEDI Agreement was an EFC. It is also contingent on proof of damages to BPC arising from the failure of Bellatrix to continue to deliver gas. Despite that, BPC argues that set-off is still available to it on “legal” grounds to recover the roughly \$1,600,000 in trust.

[48] Returning to Romaine J’s decision, it cannot be said that she was entirely oblivious to the concepts related in s 21 of the CCAA even if she did not directly mention the section by number. BPC argues that she failed to consider “legal” set off in addition to “contractual” set-off. In light of her discussion of equitable set-off at paras 55 to 63 of her Reasons, I am not persuaded that she missed the point. I return to the subject of set-off later in the Analysis.

[49] Romaine J went on to discuss other arguments before her as to lifting the CCAA stay and to what was said to be unjust enrichment of Bellatrix, wrongful conduct and bad faith of Bellatrix. None of these points were argued before me so I say nothing about them except as to one aspect. I have difficulty discerning what sort of bad faith would be said to arise merely because an insolvent debtor corporation seeks the protection of the CCAA when unable to pay out all its creditors in full. It eludes me what difference it makes from the perspective of bad faith that the contract that the debtor is unable to complete happens to be an executory contract. The parties opposing BPC contend that these assertions by BPC are essentially tendentious, and in service of the ultimate theory of resolving a priority dispute in favor of BPC.

[50] Nor do I find fingerprints of bad faith in the record of these proceedings. In quite a different context, the Supreme Court of Canada in *Wastech Services Ltd v Greater Vancouver Sewerage and Drainage District*, 2021 SCC 7, [2021] SCJ No 7 (QL) recently identified some markers of bad faith in execution of a contract. To the extent those markers might be transferable to the present context of disclaiming a contract I do not see any of those markers here.

V. Analysis

[51] As do the parties, I will follow the criteria developed under s 13 of the CCAA, albeit not in the traditional order. To set the stage for this, I would draw again from *Callidus Capital* dealing further with the purposes of the CCAA at paras 41-46, notably as to what are called “liquidating CCAAs”:

41 Among these objectives, the CCAA generally prioritizes “avoiding the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company” (Century Services, at para. 70). As a result, the typical CCAA case has historically involved

an attempt to facilitate the reorganization and survival of the pre-filing debtor company in an operational state -- that is, as a going concern. Where such a reorganization was not possible, the alternative course of action was seen as a liquidation through either a receivership or under the BIA regime. This is precisely the outcome that was sought in *Century Services* (see para. 14).

42 That said, the CCAA is fundamentally insolvency legislation, and thus it also “has the simultaneous objectives of maximizing creditor recovery, preservation of going-concern value where possible, preservation of jobs and communities affected by the firm’s financial distress ... and enhancement of the credit system generally” (Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at p. 14; see also *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1, at para. 103). In pursuit of those objectives, CCAA proceedings have evolved to permit outcomes that do not result in the emergence of the pre-filing debtor company in a restructured state, but rather involve some form of liquidation of the debtor’s assets under the auspices of the Act itself (Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, at pp. 19-21). Such scenarios are referred to as “liquidating CCAAs”, and they are now commonplace in the CCAA landscape (see *Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, at para. 70).

43 Liquidating CCAAs take diverse forms and may involve, among other things: the sale of the debtor company as a going concern; an “en bloc” sale of assets that are capable of being operationalized by a buyer; a partial liquidation or downsizing of business operations; or a piecemeal sale of assets (B. Kaplan, “*Liquidating CCAAs: Discretion Gone Awry?*”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law* (2008), 79, at pp. 87-89). The ultimate commercial outcomes facilitated by liquidating CCAAs are similarly diverse. Some may result in the continued operation of the business of the debtor under a different going concern entity (e.g., the liquidations in *Indalex* and *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), while others may result in a sale of assets and inventory with no such entity emerging (e.g., the proceedings in *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323, at paras. 7 and 31). Others still, like the case at bar, may involve a going concern sale of most of the assets of the debtor, leaving residual assets to be dealt with by the debtor and its stakeholders.

44 CCAA courts first began approving these forms of liquidation pursuant to the broad discretion conferred by the Act. The emergence of this practice was not without criticism, largely on the basis that it appeared to be inconsistent with the CCAA being a “restructuring statute” (see, e.g., *Uti Energy Corp. v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, at paras. 15-16, aff’g 1999 ABQB 379, 11

C.B.R. (4th) 204, at paras. 40-43; A. Nocilla, “*The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada*” (2014), 56 Can. Bus. L.J. 73, at pp. 88-92).

45 However, since s. 36 of the CCAA came into force in 2009, courts have been using it to effect liquidating CCAAs. Section 36 empowers courts to authorize the sale or disposition of a debtor company’s assets outside the ordinary course of business.³ Significantly, when the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce recommended the adoption of s. 36, it observed that liquidation is not necessarily inconsistent with the remedial objectives of the CCAA, and that it may be a means to “raise capital [to facilitate a restructuring], eliminate further loss for creditors or focus on the solvent operations of the business” (p. 147). Other commentators have observed that liquidation can be a “vehicle to restructure a business” by allowing the business to survive, albeit under a different corporate form or ownership (Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at p. 169; see also K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4th ed. 2019), at p. 311). Indeed, in *Indalex*, the company sold its assets under the CCAA in order to preserve the jobs of its employees, despite being unable to survive as their employer (see para. 51).

46 Ultimately, the relative weight that the different objectives of the CCAA take on in a particular case may vary based on the factual circumstances, the stage of the proceedings, or the proposed solutions that are presented to the court for approval. Here, a parallel may be drawn with the BIA context. In *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150, at para. 67, this Court explained that, as a general matter, the BIA serves two purposes: (1) the bankrupt’s financial rehabilitation and (2) the equitable distribution of the bankrupt’s assets among creditors. However, in circumstances where a debtor corporation will never emerge from bankruptcy, only the latter purpose is relevant (see para. 67). Similarly, under the CCAA, when a reorganization of the pre-filing debtor company is not a possibility, a liquidation that preserves going-concern value and the ongoing business operations of the pre-filing company may become the predominant remedial focus. Moreover, where a reorganization or liquidation is complete and the court is dealing with residual assets, the objective of maximizing creditor recovery from those assets may take centre stage. As we will explain, the architecture of the CCAA leaves the case-specific assessment and balancing of these remedial objectives to the supervising judge.”

Those comments resonate here, at least for me.

Arguable Merit

[52] It is appropriate to deal firstly with arguable merit under s 13 of the CCAA. To begin with, I reject the interstitial submission for BPC that there was an error on the part of Romaine J in concluding that the claim of BPC was a claim that arose after CCAA protection came into effect.

[53] As Paperny JA said in *Repsol Canada Energy Partnership v Delphi Energy Corp*, 2020 ABCA 364 at paras 18-20, 2020 CarswellAlta 1855:

18 As was noted by Romaine J at para 25 of *SemCanada*, a “claim” for the purpose of the CCAA includes any “indebtedness, liability or obligation that would be provable under the Bankruptcy and Insolvency Act, RSC 1985, c B-3”. Section 121(1) of the BIA defines “provable claims” as “all debts and liabilities, present and future, to which the bankrupt is subject ... or to which the bankrupt may become subject... by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt...”; s 121(2) of the BIA makes clear that this includes contingent or unliquidated claims: *SemCanada* at paras 25-26.

19 The Supreme Court of Canada has confirmed that a claim may be provable in bankruptcy even if it is a contingent claim: see *AbitibiBowater Inc., Re*, 2012 SCC 67 (S.C.C.) at para 28; *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5 (S.C.C.) at para 36. “A ‘contingent claim is ‘a claim which may or may not ever ripen into a debt, according as some future event does or does not happen’”: *Orphan Well Association*, citing *Peters v. Remington*, 2004 ABCA 5 (Alta. C.A.) at para 23.

20 More recently, the Quebec Court of Appeal commented that “post-debts are only those incurred after and also resulting from an obligation originating after Determination”, and that “an obligation can be contingent, unliquidated, or not exigible as at the day of Determination, but existing and able to give rise to a claim if a court decision ‘deems it provable’”: *Arrangement relatif à Métaux Kitco inc.*, 2017 QCCA 268 (C.A. Que.) at para 77-78 [unofficial English translation].

[54] Patently, BPC has been arguing that its claims arise from the operation of the GasEDI Agreement. It seems to me that Paperny JA’s reasoning in *Repsol* is impeccable on this point: compare also *PricewaterhouseCoopers Inc. v Perpetual Energy Inc.*, 2021 ABCA 16 at para 87, [2021] AJ No 84 (QL).

[55] National Bank also makes a further argument that post-CCAA protection debts may still have no effect on priority: compare *Arrangement relatif à Gestion Éric Savard inc*, 2019 QCCA 1434 at paras 19-21, 2019 CarswellQue 7641. There is something to be said for that argument but I can leave the resolution of that point for another day. The element of the BPC submission that

their claim is a post-CCAA protection claim, whether analogous to a post-protection lender or otherwise, is not arguable under the applicable leave test.

[56] Even if there were some sort of notional accumulating indebtedness such as might arise from interest on a pre-CCAA protection indebtedness, that would not, *ipso jure*, be the same thing as the priming charges as to which a CCAA judge might grant advance priority: compare ***Canada v Canada North Group***, reserved (December 1, 2020) [2019] SCCA No 366 (QL) (SCC No 38871) from 2019 ABCA 314, 437 DLR (4th) 122.

[57] Next, I see no merit in the additional imbricated point for BPC that either the GasEDI Agreement or s 32 of the CCAA creates some sort of security instrument. I do not find substance in the challenge to Romaine J's interpretation that the GasEDI Agreement did not contain a security instrument to enforce delivery of gas. She gave her reading of the GasEDI Agreement in this respect mention at paras 5 and 98 of her Reasons: "The GasEDI Agreement does not provide BP with a security interest in respect of Bellatrix's obligations under the contract." I cannot see any vulnerability in that conclusion in light of the record.

[58] BPC suggests that correctness applies to the interpretation of the GasEDI Agreement on the basis it is a standard form agreement: see eg ***Ledcor Construction Ltd. v Northbridge Indemnity Insurance Co.***, 2016 SCC 37 at paras 4, 21-24, [2016] 2 SCR 23. There is certainly something to be said for this view, but largely because contractual interpretation of standard terms should have a steadiness upon which an edifice of commerce can safely sit. As Lord Steyn wrote in ***Jindal Iron and Steel Co Ltd & Ors v. Islamic Solidarity Shipping Company Jordan Inc*** [2004] UKHL 49 at para 16, [2005] 1 All ER 175, referring to an observation of Lord Mansfield made in 1774:

In all mercantile transactions the great object should be certainty: and therefore, it is of more consequence that a rule should be certain, than whether the rule is established one way or the other. Because speculators in trade then know what ground to go upon.

To be precise, Lord Steyn's homage to the great Mansfield was in part to uphold the idea of *stare decisis*, which itself should not be an artificial obstacle to societal evolution. But the wider point of predictability remains.

[59] Contractual interpretation law does not add strength to BPC's argument. Architectures of law have been established as to security interests in various statutes, both federal and provincial, and with considerable precision as to what constitutes a security interest and what is relevant to assessing priorities as between securities. It strikes me that BPC's position would undermine predictability as it amounts to an argument that a creditor might acquire, *mirabile dictu*, a security interest surpassing all others arising from its reading of s 32 of the CCAA and the content of the GasEDI Agreement. This approach would make a judicial interpretation a contributor to

inconsistency, an undesirable thing: see *Ledcor* at para 39; see also the concurring reasons of Brown J in *Wastech* at paras 117-122.

[60] More specifically to this case, I consider it noteworthy that Bellatrix suggests that there were other EFC creditors of Bellatrix, and that they had elected to provide for specific security remedies in their cases. Bellatrix said it would be at least ironic if BPC ended up with a better level of security than their EFC creditors who acted on their securities and accepted disclaimers from Bellatrix. Needless to say, as noted for the National Bank, other creditors had also chosen to establish security rights from the outset. The submissions of BPC about s 32(9)(a) having established a security interest for BPC is unsupportable on this record.

[61] As noted above, BPC's submissions as to s 32(9) of the CCAA go past whether the disclaimer by Bellatrix was ineffective under the section due to the GasEDI Agreement being an EFC. BPC would have me grant leave to argue to a panel of this Court that the ineligibility of Bellatrix and its Monitor to make an effective disclaimer under the CCAA means that Bellatrix was obliged to *continue to be bound* by the terms of the GasEDI Agreement. On this premise, even if Bellatrix was in no position to deliver gas under the GasEDI Agreement, the gain or profit that BPC would have acquired by Bellatrix continuing to deliver under the GasEDI Agreement would notionally continue to grow and to grow in a form of a constructive trust over the assets of Bellatrix collected by the Monitor.

[62] BPC cites no authority for this extraordinary (and multifaceted) proposition which is fundamentally based on legal fictions. The case of *Re: League Assets Corp* cited by BPC is quite distinguishable and does not go anywhere near that far.

[63] Section 32 of the CCAA should be read in light of the objectives, context, intent and policies of Parliament (which objectives, context, intent and policies are described in *Callidus Capital*): see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, [1998] 1 SCR 27 at para 21, saying that the “words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: see also *Canada Trustco Mortgage Co. v Canada*, 2005 SCC 54 para 10, [2005] 2 SCR 601, cited in *Callidus Capital* at para 60 and in *Orphan Well Association v Grant Thornton Ltd*, 2019 SCC 5 at para 88, [2019] 1 SCR 150.

[64] Section 32 should also be read consistently with the applicable canons of interpretation, including that the provision is part of a larger scheme across several pieces of legislation, and accordingly it should be read in harmony with the scheme and not so as to render any other parts of the scheme ineffective. This canon of interpretation also dates back to Lord Mansfield in *R v Loxdale* (1758) 1 Burr 445 at p 447 where he said:

Where there are different statutes *in pari materia* though made at different times, or even expired, and not referring to each other, they shall be taken and construed together, as one system, and explanatory of each other.

This was lately cited by the UKSC in *T W Logistics Ltd v Essex County Council and another*, [2021] UKSC 4 at para 75; see likewise *Food and Drug Administration et al. v. Brown & Williamson Tobacco Corp. et al.*, 529 U.S. 120 (2000) where O'Connor J pointed to the need to see a statutory system as “as a symmetrical and coherent regulatory scheme”.

[65] Similarly, Antonin Scalia and Bryan Garner wrote in *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts* (2012) at p. 180:

The imperative of harmony among provisions is more categorical than most canons of construction because it is invariably true that intelligent drafters do not contradict themselves ... Hence there can be no justification for needlessly rendering provisions in conflict if they can be interpreted harmoniously”.

See also *Geophysical Service Inc v EnCana Corporation*, 2017 ABCA 125 at para 38, [2017] 9 WWR 55, leave denied [2017] SCCA No 260 (QL) (SCC No 37634).

[66] Rather than serving the objectives of the CCAA, BPC’s thesis would undermine the operation of the statute. A court should not look with eagle eyes for technicalities that would frustrate key parts of legislation: see eg *Rollingson Racing Stable Ltd v Horse Racing Alberta*, 2020 ABCA 419 at para 30, [2020] AJ No 1272 (QL), under motion to SCC [2021] SCCA No 21 (QL) (SCC No 39546). A party in the position of BPC would virtually possess a veto over the liquidation of the company including a position tantamount to an ability to refuse to consent to its sale except on terms satisfactory to that party. In my view, BPC’s interpretation would create an absurdity such as was rejected in *Keatley Surveying Ltd v Teranet Inc*, 2019 SCC 43 at para 96, 437 DLR (4th) 567 where Côté and Brown JJ wrote, citing *Rizzo* at para 27, that “the legislature does not intend to produce absurd consequences”, and “that an interpretation is “absurd” if it “defeat[s] the purpose of a statute or render[s] some aspect of it pointless or futile.”

[67] BPC paints a tenebrous portrait of the future of s 32(9)(a) of the CCAA if the reading of Romaine J is affirmed. I agree with her that the BPC concern is over-stated. The proposed ground of appeal that Romaine J erred in her interpretation of s 32 of the CCAA is not arguable in this case. The motion for grant of leave in this case stumbles at the first hurdle.

[68] As to the further ground of appeal related to set-off, this argument hinges on the interpretation of s 32 in my view. In my view, the GasEDI Agreement ceased to be operative after the CCAA protection came into effect. The debt of BPC to Bellatrix existed before that happened. No gradual accumulation of ‘claims’ by BPC by its notional theory of continuation of the GasEDI Agreement occurred and no such thing can cancel any of that debt out.

[69] The set-off argument has other problems.

[70] To begin with, I agree with National Bank that the record did not provide Romaine J with evidence of moneys owing to BPC by Bellatrix at the time of the December payment due in respect

of which it could exercise any contractual or equitable right of set-off. As exemplified by the decision of *Re: Androscoggin Energy LLC* (2005), 8 CBR (5th) 1 (Ont SCJ), the right to set-off must be grounded in the specific agreement or the rules of equity. The fact that the CCAA recognizes the application of the law of set-off does not mean it enacts an entitlement to set-off unmoored to the legal foundation for such.

[71] Apart from the rationalization by BPC of what it said to be its increasing claim against Bellatrix based on a mark to market price differential – at paras 39-40 of the its Memorandum – Romaine J does not appear to have been provided with an *evidential* case for damages to BPC that could be set off against the money BPC paid into trust.

[72] Romaine J did not err, as urged by BPC, in concluding that if the GasEDI Agreement was an EFC then the relevant provision as to set-off was s 34(8) of the CCAA. As a result of the language in s 34(8) of the CCAA, it would fall to BPC to show a liquidated claim – compare *Citibank Canada v Confederation Life Insurance* (1996), 42 CBR (3d) 288 at para 37.

[73] Similarly, the terms of s 34(8) of the CCAA would require termination of the EFC. Parliament is taken to know the common law. That would include the disallowance of simultaneous approbation and reprobation of the same contract. Nor, in my respectful opinion did Romaine J err in her analysis as to equitable set-off.

[74] Moreover, the invocation by BPC of the dollar figure which was estimated by the Monitor as an actuating factor in the disclaimer is not proof of a *gain* in fact by Bellatrix let alone a *loss* in the corresponding amount by BPC. Assuming that BPC might have a calculable loss of profit arising from the premature demise of the GasEDI Agreement, BPC would still have to make out the quantification of such a claim. And it would do so as an unsecured creditor.

[75] Furthermore, the argument that the residue of moneys held by the Monitor after the disposition of Bellatrix's assets and liabilities would contain any moneys arising from the cessation of the GasEDI Agreement is largely speculative. It does not rise to a question of law alone for the purposes of leave to appeal. For another thing, the sale of the Bellatrix assets to Spartan was unquestionably the result of negotiations, and the alleged 'gain' by Bellatrix of what it saved from backing out of the GasEDI Agreement may not even exist. Leave to appeal should not be granted to explore legal issues in an evidential void. This proposed ground of appeal also fails at the first stage.

Significance to the Action / Parties

[76] On balance, the delay caused as to the distribution of what's left of the Bellatrix moneys including, potentially, to employees of Bellatrix (as explained by counsel for Bellatrix) makes the outcome of greater significance to them than the doomed claim and set-off claim of BPC. Even assuming the secured creditors get all the remainder, their claims are established.

Significance to the Practice / Hinder the Action

[77] As noted at the outset, a material legal question of significance to the practice can arise in cases with otherwise relatively modest ramifications for the parties and where the point is one of those thorny issues which tends to be evasive of review. That is not this case. The grounds proposed are novel because they lack merit. That factor favors dismissal of the motion.

[78] As already mentioned, the resolution of Bellatrix's assets has occurred, but the distribution of what is left has not. There are eligible claimants waiting on the distribution. Counsel for Bellatrix spoke movingly about the wish of Bellatrix not to have disappointed so many people. Asking them to wait further as the corpus of the funds is gradually reduced by costs and economic factors is still a hindering of the process. That factor also favors dismissal of the motion.

VI. Conclusion

[79] **The motion by BPC for leave to appeal is dismissed.**

Application heard on February 17, 2021

Reasons filed at Calgary, Alberta
this 5th day of March, 2021

Watson J.A.

Appearances:

H.A. Gorman, Q.C./G. Benediktsson
for the Applicant

K.J. Bourassa/J.W. Reid
for the Respondent National Bank of Canada

R.J. Chadwick/C. Descours
for the Respondent Bellatrix Exploration Ltd.

J.G.A Kruger, Q.C.
for PricewaterhouseCoopers Inc. in its capacity as the Court appointed Monitor of
Bellatrix Exploration Ltd.

In the Court of Appeal of Alberta

Citation: Repsol Canada Energy Partnership v Delphi Energy Corp, 2020 ABCA 364

Date: 20201015

Docket: 2001-0193-AC

Registry: Calgary

**In the Matter of the *Companies' Creditors Arrangement Act*,
RSC 1985, c C-36, as amended**

**And in the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of
Delphi Energy Corp. and Delphi Energy (Alberta) Limited**

Between:

**Repsol Canada Energy Partnership and
Repsol Oil & Gas Canada Inc.**

Applicants

- and -

**Delphi Energy Corp. and Delphi Energy
(Alberta) Limited**

Respondents

- and -

PricewaterhouseCoopers Inc. and Luminus Management LLC

Interested Parties

**Reasons for Decision of
The Honourable Madam Justice Marina Paperny**

Application for Leave to Appeal

**Reasons for Decision of
The Honourable Madam Justice Marina Paperny**

[1] The applicants, Repsol Canada Energy Partnership and Repsol Oil & Gas Inc. (collectively, Repsol), seek leave to appeal certain provisions of a Sanction Order granted by the supervising judge under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, RSC 1985, c C-36 (CCAA).

[2] The Sanction Order relates to a plan of compromise and arrangement under the CCAA (the Plan) of the respondents, Delphi Energy (Alberta) Limited and Delphi Energy Partnership (collectively, Delphi). The background of the Plan is more thoroughly dealt with in the companion decision of *Trican Well Service Ltd v Delphi Energy Corp*, 2020 ABCA 363, and is briefly summarized below.

[3] Delphi and Repsol are both oil and gas producers and hold certain petroleum and natural gas rights jointly. Delphi is the operator pursuant to the Joint Operating Agreement, which is governed by the CAPL operating procedure. Between December 2019 and March 2020, Delphi undertook independent operations to drill three wells on the joint lands, with respect to which Repsol elected not to participate.

[4] The combination of the collapse of oil prices and the COVID-19 pandemic led to Delphi's financial wherewithal becoming seriously imperiled. As a result, on April 14, 2020, Delphi filed for and received an order for protection pursuant to the CCAA (the Filing Date). Shortly thereafter, numerous builders' liens were filed against the joint lands respecting work on Delphi's independent operations completed before the Filing Date.

[5] The Plan provides for a compromise and release of all "Affected Claims" as against Delphi, and was approved by the requisite majorities on September 9, 2020. On September 10, the day before the hearing to sanction the Plan, Repsol served materials opposing paragraph 33(i) of the Sanction Order, arguing it "improperly impacts the post-filing rights of Repsol's Unaffected Claims" under the Plan. The issue was whether Repsol's potential indemnity claim against Delphi arising from the builders' liens, and under the Joint Operating Agreement and CAPL operating procedures, is a pre-filing claim for purposes of the CCAA. If the potential indemnity claim is a pre-filing claim as defined in s.19 of the CCAA, then it is an "Affected Claim" under the Plan.

[6] The supervising judge determined the indemnity claim against Delphi arising from the builders' liens was a pre-filing claim and therefore an Affected Claim.

[7] Repsol seeks leave to appeal the Sanction Order. It submits that the paragraph of the Sanction Order that extinguishes the claims of joint interest owners arising from the builders' lien claims renders useless the indemnity provisions in the CAPL operating procedures. At the very

least, the decision of the supervising judge creates uncertainty for the ability of joint interest owners to rely on the provisions in their Joint Operating Agreement.

[8] The test for leave to appeal is well known. It requires “serious and arguable grounds that are of real and significant interest to the parties”, which can be assessed by considering four factors (see *Liberty Oil & Gas Ltd (Re)*, 2003 ABCA 158 at paras 15-16, 44 CBR (4th) 96; *Bellatrix Exploration Ltd v BP Canada Energy Group ULC*, 2020 ABCA 178 at para 16):

1. whether the point on appeal is of significance to the practice;
2. whether the point raised is of significance to the action itself;
3. whether the appeal is *prima facie* meritorious or, on the other hand, whether it is frivolous; and
4. whether an appeal will unduly hinder the progress of the action.

[9] In considering whether to grant leave to appeal, appellate courts must appreciate that decisions of a supervising judge are accorded considerable deference and will be interfered with only if the judge acted unreasonably, erred in principle, or made a manifest error: *Uti Energy Corp v Fracmaster Ltd*, 1999 ABCA 178 at para 3, 244 AR 93; *9354-9186 Québec inc v Callidus Capital Corp*, 2020 SCC 10 at para 53.

[10] The first aspect of the test for leave requires consideration of whether the issue is of importance to the practice, or in this case the industry, which here includes insolvency practitioners and those in the oil and gas business. The question raised on this appeal is important, but, as is discussed further below, whether it warrants an appeal to this court depends on the extent to which there is no binding or guiding precedent on the point at issue.

[11] The second factor concerns whether the point is significant to the action. In a CCAA context, the answer to this question is generally “yes”, as issues raised on appeal often will have important consequences to the CCAA plan in question and to all stakeholders involved. In this case, whether the claim to indemnity is a pre- or post-filing claim impacts the entirety of the Plan.

[12] The third inquiry, whether the appeal is *prima facie* meritorious, is in this case directly related to the first factor. The third factor involves consideration of whether there appears to be an error in principle of law, or a palpable and overriding error of fact, or an improper exercise of discretion, for example by taking into consideration irrelevant factors or failing to consider relevant factors: *Liberty Oil & Gas* at para 19. The key point in this case is whether the issue is one of settled or unsettled law.

[13] Repsol submits that the determination of when its claim for indemnity arises ought to be guided by the terms of the indemnity agreement, and not by when a claim arises under the *Builders’ Lien Act*, RSA 2000, c B-7. Repsol relies on *Dean v Kociniak*, 2001 ABQB 412 and *Condominium Plan No 95121180 v Prairie Land Corporation*, 2008 ABQB 269, decisions from the Court of Queen’s Bench that deal with when a contractual claim for contribution and indemnity arises for purposes of the *Limitations Act*, RSA 2000, c L-12.

[14] **With respect, I cannot agree.** Section 19(1) of the CCAA defines pre-filing claims as:

19 (1) Subject to subsection (2), the only claims that may be dealt with by a compromise or arrangement in respect of a debtor company are

(a) claims *that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company is subject* on the earlier of

(i) the day on which proceedings commenced under this Act, and

(ii) if the company filed a notice of intention under section 50.4 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* or commenced proceedings under this Act with the consent of inspectors referred to in section 116 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, the date of the initial bankruptcy event within the meaning of section 2 of that Act; and

(b) claims that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company may become subject before the compromise or arrangement is sanctioned by reason of any obligation incurred by the company before the earlier of the days referred to in subparagraphs (a)(i) and (ii).

[emphasis added]

[15] **Delphi submits, and I agree, that the section provides that any claim that relates to a debt or liability to which a company may become subject by reason of an obligation incurred by the company prior to the CCAA filing date is a pre-filing claim, regardless of when the damage was suffered or the claim itself arose. The section is clear and is directed at facilitating a plan of arrangement.**

[16] **In determining whether something is a pre-filing claim under the CCAA, regard must be had to the wording of the CCAA itself. Analysis of the issue in the context of the *Limitations Act* of a particular jurisdiction, while interesting, cannot provide guidance if it is directly in contradiction to what the CCAA provides. The specific provisions of s 19 were designed to capture claims that are broader than crystallized causes of action. Those claims include present and future liabilities to ensure that all stakeholders understand the contingent or unliquidated claims that might arise so they can determine their position on the plan and, in particular, whether the plan is fair and reasonable having regard to all the circumstances. Not the least of those circumstances is the viability of the company post-arrangement.**

[17] **This purposive interpretation** accords with the analysis of Romaine J in *Re: SemCanada Crude Company (Celtic Exploration Ltd. #2)*, 2012 ABQB 489, leave to appeal denied 2012 ABCA 313, where she held at para 24:

This interpretation of Section 19(1) ignores the words “that relate to liabilities, present or future” that modify the term “claims”. It is clear that SemCAMS was

subject to the possibility of liability under the IGPA before the CCAA proceedings commenced. The claims for suspension damages are claims that relate to the IGPA and to the suspension of the IGPA that occurred as a result of the CCAA proceedings. Section 19(1) does not limit the claims that may be dealt with by a Plan under the CCAA to presently existing liabilities. This is made clear by the addition of the word “future” in both Section 19(1)(a) and Section 19(1)(b).

[18] As was noted by Romaine J at para 25 of *SemCanada*, a “claim” for the purpose of the CCAA includes any “indebtedness, liability or obligation that would be provable under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, RSC 1985, c B-3”. Section 121(1) of the BIA defines “provable claims” as “all debts and liabilities, present and future, to which the bankrupt is subject... , or to which the bankrupt may become subject... by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt...”; s 121(2) of the BIA makes clear that this includes contingent or unliquidated claims: *SemCanada* at paras 25-26.

[19] The Supreme Court of Canada has confirmed that a claim may be provable in bankruptcy even if it is a contingent claim: see *AbitibiBowater Inc., Re*, 2012 SCC 67 at para 28; *Orphan Well Association v Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5 at para 36. “A ‘contingent claim is ‘a claim which may or may not ever ripen into a debt, according as some future event does or does not happen’”: *Orphan Well Association*, citing *Peters v Remington*, 2004 ABCA 5 at para 23.

[20] More recently, the Quebec Court of Appeal commented that “post-debts are only those incurred after and also resulting from an obligation originating after Determination”, and that “an obligation can be contingent, unliquidated, or not exigible as at the day of Determination, but existing and able to give rise to a claim if a court decision ‘deems it provable’”: *Arrangement relatif à Kitco Metals Inc*, 2017 QCCA 268 at para 77-78 [unofficial English translation].

[21] In light of the plain language of s 19, and the authorities interpreting that provision and conducting a similar analysis under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, I am not satisfied that the issue raised is sufficiently meritorious to warrant an appeal. Accordingly, the application for leave to appeal is dismissed.

Application heard on October 7, 2020

Reasons filed at Calgary, Alberta
this 15th day of October, 2020

Paperny J.A.

Appearances:

J.W. Reid
for the Applicants

R.S. Van de Mosseler
T. Sandler
for the Respondents

J.G.A. Kruger, Q.C.
for PricewaterhouseCoopers Inc.

J.L. Oliver
J.W. Hocher
J.J. Bellissimo
for Luminus Management LLC

Dossier : 2005-394(GST)G

ENTRE :

VILLE DE RICHMOND,

appelante,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

Appel entendu le 6 mars 2007, à Sherbrooke (Québec)
Devant : L'honorable juge Alain Tardif

Comparutions :

Avocate de l'appelante : M^e Isabelle Boisvert

Avocat de l'intimée : M^e Michel Morel

JUGEMENT MODIFIÉ

L'appel de la nouvelle cotisation établie relativement à la taxe sur les produits et services en vertu de la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*, dont l'avis est daté du 21 avril 2004, pour la période du 1^{er} octobre 2002 au 31 décembre 2002 et portant le numéro 9130311, est rejeté en partie, **puisque la juste valeur marchande de l'immeuble a été établie par consentement entre les parties à 850 000 \$.** Conséquemment une nouvelle cotisation devra être établie en tenant pour acquis que la valeur de l'immeuble a été établie à 850 000 \$, le tout avec dépens en faveur de l'intimée, selon les motifs du jugement ci-joints.

Signé à Ottawa, Canada, ce 4^e jour de septembre 2007.

« Alain Tardif »

Juge Tardif

Référence : 2007CCI336
Date : 20070904
Dossier : 2005-394(GST)G

ENTRE :

VILLE DE RICHMOND,

appelante,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

MOTIFS DU JUGEMENT MODIFIÉ

Le juge Tardif

[1] Il s'agit d'un appel d'une cotisation relativement à la taxe sur les produits et services (« TPS ») portant le numéro 9130311, en date du 21 avril 2004, établie en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, (la « Loi »), pour la période du 1^{er} octobre 2002 au 31 décembre 2002.

Question en litige

[2] La question en litige consiste essentiellement à déterminer si l'annulation de l'échange d'immeubles intervenue entre les parties le 12 novembre 2004 est opposable à l'intimée, auquel cas aucun montant de TPS ne serait payable par l'appelante.

[3] Les articles pertinents de la *Loi sur la taxe d'accise* sont les articles 123, 165, 169, 199, 209, 221, 228 et 259.

Les faits

[4] Pour établir et ratifier la cotisation dont il est fait appel, l'intimée a tenu pour acquis certaines hypothèses de fait énumérées au paragraphe 11 de la Réponse à l'avis d'appel, lesquelles se lisent comme suit :

- a) les faits ci-avant admis;
- b) au cours de la période du 1^{er} octobre 2002 au 31 décembre 2002 (la « période »), l'appelante était un inscrit aux fins de l'application de la TPS;
- c) au cours de la période, l'appelante, en sa qualité de municipalité, était un organisme de services publics;
- d) le 18 novembre 2002, l'appelante était propriétaire d'un immeuble sis au 375, 7^e Avenue à Richmond;
- e) à la même date, l'appelante était la locataire d'un immeuble appartenant au Comité de Promotion Industrielle de la Ville de Richmond (« CPIR »), lequel était situé au 790 et 800, rue Hayes à Richmond;
- f) l'appelante utilisait l'immeuble sis au 790 et 800, rue Hayes à des fins municipales et, plus particulièrement, pour ses services de voirie et d'incendie;
- g) par contrat notarié en date du 19 novembre 2002, la Ville et le CPIR se sont échangés les immeubles ci-avant mentionnés;
- h) ainsi, en vertu de l'acte d'échange intervenu le 19 novembre 2002, l'appelante est devenue propriétaire de l'immeuble sis au 790 et 800, rue Hayes à Richmond et le CPIR de celui-ci sis au 375, 7^e Avenue à Richmond;
- i) suivant l'acte d'échange notarié ci-avant mentionné, la valeur de l'immeuble sis au 375 7^e Avenue à Richmond était de **850 000 \$**;
- j) en produisant sa déclaration TPS pour le trimestre se terminant le 31 décembre 2002, l'appelante a omis de déclarer et de payer la TPS afférente à cette transaction;
- k) en conséquence de l'échange intervenu, la TPS exigible était payable sur la valeur de la contrepartie, soit l'immeuble sis au 375, 7^e Avenue;

[5] L'appelante, la Ville de Richmond, a été cotisée, l'avis de cotisation émis le 21 avril 2004 en vertu de la *Loi* couvre la période du 1^{er} octobre 2002 au 31 décembre 2002.

[6] Le fondement de la cotisation est un acte d'échange d'immeubles intervenu le 19 novembre 2002 entre l'appelante et le Comité de Promotion Industrielle de la Ville de Richmond (ci-après « CPIR »), un organisme à but non lucratif.

[7] Avant l'échange, l'appelante était propriétaire d'un immeuble ayant déjà été utilisé dans le cadre des activités de la compagnie H. H. Brown Canada ltée. Cet immeuble, situé au 375, 7^e avenue à Richmond, est devenu vacant. L'appelante et CPIR se sont donc entendues sur le fait que CPIR allait gérer l'immeuble pour combler les nécessités économiques de la Ville.

[8] L'appelante, quant à elle, est devenue, pour des raisons non reliées à la gestion de l'immeuble 375, 7^e avenue, locataire d'un immeuble qui appartenait à CPIR; l'immeuble, situé aux 790 et 800, rue Hayes à Richmond, a été utilisé pour loger des services municipaux.

[9] Comme il existait un croisement des immeubles, CPIR a proposé à l'appelante de s'échanger la propriété de leur immeuble respectif. L'appelante a accepté la proposition.

[10] Les parties ont donc conclu un acte d'échange, signé devant le notaire, Denis Tanguay. Aux termes de l'acte d'échange, l'appelante est devenue propriétaire du 790 et 800 rue Hayes et le CPIR, celui situé au 375, 7^e avenue à Richmond.

[11] L'appelante n'a déclaré ni payé la TPS en application de la *Loi* car elle croyait en toute bonne foi qu'aucune TPS n'était payable.

[12] Suite à la vérification du ministre du Revenu national (le « ministre ») pour la période du 1^{er} octobre au 31 décembre 2002, il fut déterminé que la transaction était taxable. L'appelante et CPIR ont alors conclu un acte d'annulation le 12 novembre 2004, pour motif de vice de consentement, afin de remettre les parties dans l'état où elles étaient avant l'échange et espérant ainsi annuler rétroactivement les effets fiscaux de l'échange.

[13] Au soutien de l'appel, l'appelante a fait témoigner messieurs Martin Lafleur et Guylain Beaudoin, tous deux avocats occupant un poste de cadre supérieur pour chacune des parties intervenantes au contrat à l'origine de la cotisation, en date du 19 novembre 2002, document n° 4 au 2^e contrat intervenu le 12 novembre 2004, intitulé « Annulation d'échange – document no 5 ».

[14] Dans un premier temps, messieurs Lafleur et Beaudoin ont tenté d'expliquer et justifier par diverses interprétations les faits et circonstances de l'annulation, en insistant sur le fait que le consentement à la transaction taxée avait été vicié par de l'information incomplète ou même par ignorance; ils ont cependant fini par admettre et reconnaître que la seule explication ou le seul et unique pourquoi de l'acte d'annulation était l'émission de la cotisation qu'ils n'avaient pas prévue au moment du contrat d'échange.

[15] Après avoir évalué le dossier sous l'angle du pourcentage de l'occupation à des fins municipales, la municipalité a constaté qu'il s'agissait là d'une avenue non avantageuse, les parties ont alors convenu que la seule alternative était l'annulation.

[16] Les parties ont dès lors mandaté le même notaire pour rédiger « l'acte d'annulation » du contrat intervenu le 19 novembre 2002.

[17] Le paragraphe n° 6 du contrat d'Annulation d'échange – document no 5 » stipule ce qui suit :

- 6- Les parties considèrent qu'il y a eu, entre autre, erreur sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation ainsi que sur divers éléments essentiels déterminants du consentement de chaque partie, comprenant entre autre une erreur sur la destination de chacun des immeuble et sur la valeur de chacun de ceux-ci ainsi que sur l'absence de soulte, laquelle absence est erronée, dans les circonstances.

[18] Malgré le verbiage entourant le pourquoi de l'annulation, il n'y a aucun doute puisque de part et d'autres, les personnes en autorité, soit messieurs Lafleur et Beaudoin, tous deux avocats l'ont admis, d'une manière qui ne prête à aucune équivoque ou interprétation, l'objet fondamental du contrat d'annulation était d'éviter le paiement de la cotisation dont il est appel.

[19] D'ailleurs, cela ressort très clairement de deux extraits de leur témoignage respectif.

Contre-interrogatoire de Martin Lafleur par M^c Michel Morel aux pages 26 et 27, 29 et 32 :

- Q. Oui, mais Monsieur Lafleur, vous êtes d'accord avec moi que la seule raison pour laquelle l'échange a été annulé c'est à cause de l'incidence fiscale au niveau de la TPS et de la TVQ, c'est bien exact?
- R. Qu'il y avait une conséquence à la transaction, c'est sûr, définitivement.
- Q. Oui, mais la seule raison, je reviens encore à cette question. La seule raison pour laquelle la transaction a été annulée c'est à cause des conséquences fiscales au niveau de la TPS et de la TVQ?
- R. Bien c'est sûr que oui, si on est devant vous oui, définitivement.
- [...]
- Q. Oui, Monsieur Lafleur, je vais vous suggérer qu'il n'y avait pas d'erreur sur la destination des immeubles, parce que ce que la ville voulait... la ville voulait utiliser, à des fins municipales, l'immeuble qu'elle louait déjà du CPIR. Vous êtes d'accord avec moi?
- R. Oui.
- [...]
- Q. Non, je vous parle au moment... Il faut se situer, Monsieur Lafleur, si vous permettez, en 2002, lorsque vous faites l'acte d'échange, les parties savaient exactement quelle était la nature du contrat qui intervenait entre elles, vous êtes d'accord avec moi?
- R. Le contrat d'échange, oui.
- Q. C'est ça. La seule chose qui vous a donné à repenser à cet échange-là, c'est lorsque vous avez reçu les cotisations en TPS et en TVQ en 2004, à peu près. C'est bien exact?
- R. C'est sûr que moi, lorsque la municipalité m'a appelé, puis elle m'a dit : Ce qu'on avait convenu n'arrive pas. J'ai dit : Écoute, si ce qu'on avait convenu n'arrive pas, si ce qu'on s'était entendu n'arrive pas, ça veut donc dire que ce qui était la base même de notre consentement au moment de ce qu'on voulait faire, on va se remettre dans notre état initial. C'est ce qu'on a eu comme réaction immédiate. D'ailleurs, lorsque je pense... quand on m'a appelé, le Ministère, j'ai invoqué immédiatement cette solution-là. J'ai dit : Écoutez, si la conséquence de ce qu'on a fait est ça, on va exactement se mettre à l'endroit où on était. Parce qu'au moment de notre transaction, c'était pas ce qu'on avait en tête.

[...]

Contre-interrogatoire de Martin Lafleur par M^e Michel Morel aux pages 41 à 43 :

R. Celle-ci, je vais en prendre connaissance. Oui.

Q. Alors, on voit comme motifs d'opposition, c'est écrit ceci :
Nous nous opposons puisque nous allons demander l'annulation Nous allons demander, donc on se situe à ce moment-là au dix-sept (17) mai 2004, l'annulation n'a pas encore eu lieu.

Nous nous opposons puisque nous allons demander l'annulation du contrat de transfert entre le CPIR et la ville, ce qui va remettre les parties dans l'état où elles étaient avant la transaction. Ce qui, par le fait même, annulera la cotisation TPS et la cotisation TVQ.

Point. Vous êtes d'accord avec moi que les motifs allégués dans l'avis d'opposition ne reflètent en rien la stipulation contenue au paragraphe 6 du contrat de 2004. Vous êtes d'accord avec moi?

R. C'est littéralement pas la même chose.

Q. C'est littéralement pas la même chose, c'est bien exact. Maintenant, voulez-vous prendre connaissance de l'avis d'appel. Je vais vous référer aux paragraphes 10 et 11 de l'avis d'appel. Paragraphe 10 :

L'appelante n'a déclaré ni payé la TPS en application de la Loi suite à cet échange car elle croyait en toute bonne foi qu'aucune TPS n'était payable étant donné l'absence de soulte lors de l'échange.

Paragraphe 11 :

Le vice de consentement de l'appelante résultant de l'erreur sur le paiement de la TPS au moment de la conclusion de l'échange a été découvert lors de la vérification précédant l'émission de la cotisation précitée.

Êtes-vous d'accord avec moi, Monsieur Lafleur, que le seul motif de vice de consentement qui est allégué dans l'avis d'appel concerne l'impact au niveau de la TPS?

R. Ça semble être le cas.

Q. Ça semble être le cas. Donc, tous les éléments qu'on retrouve au paragraphe 6 du contrat de 2004, ne sont nullement reflétés dans l'avis d'appel non plus?

R. Bien, on a reflété les éléments relativement à la TPS et la TVQ. C'est sûr qu'on est dans une Cour relative à cet aspect-là, oui.

[...]

Contre-interrogatoire de Guylain Beaudoin par M^e Michel Morel aux pages 65 et 67 à 69 :

Q. Elle en était également très satisfaite en 2004, c'est bien exact, jusqu'à l'annulation. Elle a commencé à être moins satisfaite du bâtiment lorsque la vérificatrice du Revenu Québec s'est présentée dans l'immeuble, êtes-vous d'accord avec moi?

R. vrai dire, Monsieur le Juge, si vous me permettez, lorsque la vérificatrice s'est présentée, c'était pas sur la qualité du bâtiment... ce n'est pas la qualité du bâtiment, c'est pas un vice caché, c'est pas un défaut du bâtiment, c'est véritablement sur la conséquence, sur le fait qu'on avait un débours immense qui venait vicier notre contrat. C'est vraiment là-dessus qu'il y a une dissatisfaction.

[...]

Q. Justement, Monsieur Beaudoin, on vient d'apprendre... on sait que vous êtes avocat, on vient d'apprendre que monsieur Lafleur est avocat, vous êtes avec un notaire, maître Tanguay, en 2004, avant de signer ce contrat-là et donc vous êtes des parties très informées et vous rédigez la clause 6.

R. Je n'ai pas rédigé la clause 6.

Q. Quand je dis vous... écoutez, vous représentez la ville qui est une partie intervenante au contrat, n'est-ce pas?

R. Effectivement et comme partie, lorsqu'on a rencontré le notaire, on a été très clair avec lui, qu'on considérait qu'étant donné qu'il y avait un débours, il y avait eu des conditions sine qua non du contrat qui était vicié, il a suggéré ce paragraphe-là qui lui semblait être un paragraphe qui pelletait très large, c'est vrai, mais qui n'était pas un paragraphe de maquillage.

Q. Vous avez employé l'expression tout à l'heure, trop fort casse pas, en référant à la clause 6, c'est bien exact?

R. Oui, c'est ça.

Q. Vous êtes d'accord avec moi que dans votre avis d'opposition, le seul grief que vous adressez à la cotisation, c'est-à-dire à la cotisation qui découle de

l'annulation, concerne l'annulation de la TPS et de la TVQ. Vous l'avez lu votre avis d'opposition, Monsieur Beaudoin.

R. Tout à fait, pour nous, dans notre tête, Monsieur le Juge, c'était l'application du droit 101, clause essentielle au contrat.

Q. Le dix-sept (17) mai 2004, lorsque vous signez cet avis d'opposition-là, Monsieur Beaudoin, la ville est toujours propriétaire de l'immeuble de la rue Hayes?

R. Oui.

Q. La ville est toujours très satisfaite de l'immeuble?

R. Il y a pas de défaut de structure, bien que ce soit un bâtiment surdimensionné.

Q. Pas de problème de destination de l'immeuble, Monsieur Beaudoin?

R. Par rapport à la destination de l'immeuble, je crois que ce que le notaire voulait dire c'est que c'était au niveau de la règle du cinquante pour cent (50 %) d'occupation.

Q. Vous êtes d'accord avec moi que ça peut vouloir dire plein de choses, comme ça peut ne peut vouloir rien dire également?

R. De là l'importance de nos témoignages, effectivement, Maître.

Q. Vous êtes d'accord avec moi, Monsieur Beaudoin, que dans l'avis d'appel, le seul motif d'annulation qui est allégué au soutien de l'appel de la ville concerne la cotisation de TPS que vous avez reçue?

R. Effectivement, qui constitue un débours extrêmement important.

[...]

[20] En peu de mots, les prétentions des parties peuvent se résumer comme suit :

Prétentions de l'appelante :

[21] L'appelante soumet qu'il y a eu vice de consentement découlant de l'ignorance des dispositions applicables de la Loi sur la taxe d'accise, au moment de la conclusion de l'échange.

[22] Elle soutient que l'élément fondamental à l'origine de son consentement était l'absence d'obligation financière de quelque nature que ce soit découlant de l'échange.

[23] D'ailleurs, elle indique que si elle avait su, au moment de l'échange, qu'un montant de TPS était payable sur la valeur de la contrepartie, malgré l'absence de soule, elle n'aurait pas conclu l'acte d'échange.

[24] L'appelante soutient finalement que l'annulation de l'échange et ses effets sont opposables à l'intimée.

Prétentions de l'intimée :

[25] Pour sa part, l'intimée soutient que l'annulation de l'acte d'échange d'immeubles intervenu le 12 novembre 2004 est valide entre les parties mais inopposable à l'intimée.

[26] L'intimée soutient que l'appelante devait déclarer et remettre au ministre la TPS cotisée.

[27] L'intimée prétend finalement que l'annulation de l'acte d'échange n'est qu'une tentative pour éviter le paiement de la TPS exigible.

Analyse

1. *L'application du droit civil*

[28] Avant d'analyser la validité et l'effet de l'annulation de l'acte d'échange, il importe de réitérer que les transactions intervenues entre les parties sont assujetties au droit civil du Québec.

[29] L'appelante se réfère à l'article 8.1 de la *Loi de l'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, qui se lit comme suit :

Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.

[Je souligne.]

[30] Aux termes de cette réalité, les dispositions pertinentes pour déterminer l'effet et la validité de l'annulation du contrat sont celles du *Code Civil du Québec*, L.Q., 1991, c. 64 (ci-après « *CCQ* ») et non les doctrines de common law.

[31] Plus précisément, les doctrines de common law qui nous renseignent sur les concepts de rectification ne sont pas applicables au Québec, sauf dans la mesure où la jurisprudence québécoise s'est prononcée sur celles-ci.

[32] Selon un article explicatif des auteurs de la doctrine fiscale :

The general rule that tax is imposed according to the legal relationships or transactions established by the parties. The corollary is that a legal relationship or transaction will not be recognized for tax purposes if that relationship or transaction has not been validly established under the rules of the general law. Hogg, Magee and Li, *Principles of Canadian Income Tax Law*, 18.8 - Rectification.

[Je souligne.]

[33] Le droit fiscal est un droit accessoire. Dans *Lageux & Frères inc.*, [1974] 2 C.F. 97 page 106, le juge indiquait :

« Le droit fiscal [...] est un droit accessoire qui n'existe qu'au niveau des effets découlant des contrats. Une fois la nature des contrats déterminée par le droit civil, la *Loi de l'impôt sur le revenu* intervient, mais seulement alors, pour imposer, des conséquences fiscales à ces contrats. Sans contrat, sans droit et sans obligation, il ne peut y avoir d'incidence fiscale. L'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est soumise à un diagnostic civil soit en droit commun. »

[34] Dans l'affaire *Dale c. Canada* [1997] A.C.F. no 476 au paragraphe 13, la Cour énonçait :

In determine whether a legal transaction will be recognized for tax purposes one must turn to the law as found in the jurisdiction in which the transaction is consummated. Often that determination will be made without the aid of guiding precedents which are on point and, hence, the effectiveness of a transaction may depend solely on the proper application of general common law or equitable principles. In some instances it will be necessary for the Tax Court to interpret the statutory law of the province. As for the Minister he must accept the legal results which flow from the proper application of the common law and equitable principles, as well as the interpretation of legislative provisions.

[Je souligne.]

[35] D'ailleurs ce principe a été énoncé dans l'affaire *Wilson v. The Queen* [1983] 2 S.C.R. 594 :

[T]his decision establishes: the general rule that an order of a superior court cannot be attacked collaterally unless it is lawfully set aside.

[36] Pour conclure sur cet aspect du dossier, la validité des deux contrats intervenus entre l'appelante et CPIR devra s'apprécier à partir des exigences énoncées dans le *CCQ*. (*Code civil du Québec*)

2. La validité de l'acte d'échange et de l'acte d'annulation selon le droit civil du Québec

[37] Au Québec, selon le droit civil, la doctrine équitable de rectification n'est pas applicable. En common law, la rectification est associée au concept d'erreur. Dans la common law, il y a trois sortes d'erreurs : erreur commune, erreur mutuelle et erreur unilatérale. Toutes les trois sont rectifiables en certaines circonstances.¹ Ce qui nous importe de rappeler ici est que « lorsque l'erreur porte sur le consentement, les règles de la rectification ne peuvent intervenir. »²

[38] Ceci est d'autant plus pertinent étant donné que l'appelante plaide justement que l'acte d'échange est nul en se basant sur le principe du consentement vicié.

[39] Au Québec, l'erreur est définie par rapport au consentement.³ Il existe deux formes d'erreurs : l'erreur matérielle et l'erreur de consentement. La première ne vicie pas le consentement et peut être corrigée dans certaines circonstances, tandis que la deuxième soit, l'erreur de consentement, rend nul le contrat, soit de nullité absolue, soit la nullité relative (*CCQ* 1416-1419).⁴

[40] En l'espèce, au soutien de sa demande d'annulation de l'acte d'échange, l'appelante plaide que le contrat est nul puisqu'il y aurait eu erreur de consentement de la part de la Ville, écartant ainsi la question de l'erreur matérielle ou de forme.

[41] À la page 116 des notes sténographiques, l'appelante soumet :

¹ Zahinda, Chikwa, *La doctrine de rectification de contrats et son application en droit fiscal : étude comparée des principes de common law, droit civil et droit corporatif*, Planification fiscale et successorale, Association de planification fiscale et financière (APFF) revue, Vol. 27, no 1, 2006, p. 24.

² *Ibid.*, p. 26.

³ *Ibid.*, p. 45.

⁴ *Ibid.*, pages 45, 84 et -85.

Il y a quelque chose qui nous permet, en droit civil, de réparer une erreur purement matérielle. Mais pour ce qui est des erreurs qui vicient le consentement, donc, le contrat est invalide, dans le cas de ces erreurs-là, ce n'est pas la rectification ou la demande de correction de document, c'est l'annulation qui s'applique.

[Je souligne.]

[42] En d'autres mots, l'appelante, pour annuler l'acte d'échange, doit démontrer qu'il y a eu une erreur de consentement de sa part. Plutôt que de retenir cette option, ayant de toute façon, le consentement de CPIR, elle a plutôt choisi de conclure un deuxième contrat, soit le contrat d'annulation de l'acte d'échange, de sorte qu'elle ne fut pas obligée d'aller revendiquer cette nullité devant les tribunaux. En droit civil, les auteurs qualifient cette nullité de nullité « amiable » ou « conventionnelle. »⁵

[43] L'appelante soutient que le fait d'avoir conclu le deuxième contrat devant un notaire contraint la Cour de reconnaître les transactions conclues entre elle et CPIR.⁶

[44] L'appelante cite l'auteur *Zahinda* pour prétendre qu'il « n[est] pas nécessaire d'obtenir une ordonnance du tribunal pour obtenir la correction d'un document qui ne reflète pas correctement les intentions des parties. »⁷ Il m'apparaît cependant important de rappeler que les corrections auxquelles il est fait référence dans cet article visent les erreurs matérielles et non de consentement; cet argument n'est pas applicable dans au présent dossier.

⁵ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 2^e éd., Paris, Defrénois, 2005, p. 330.

⁶ Notes sténographiques, le 6 mars 2007, pages 118-120.

⁷ *Supra* note 5, pages 50 et 57.

[45] À partir du même article, l'intimée soutient que la seule nullité d'une transaction pouvant être opposée à Revenu Québec est celle prononcée ou obtenue d'un tribunal. Le juge Archambault de notre Cour s'exprime comme suit dans l'affaire *Ledoux v. R.*, 98 D.T.C. 1034 (Fr.) (confirmée en appel 2000 D.T.C. 6116 (Fr.), demande d'autorisation d'en appelée à la Cour Suprême refusée [263 N.R. 395]) :

37. Avant de déterminer si cette prétention est bien fondée, il est utile de rappeler l'approche qui doit me guider dans cette tâche. Lorsque des contribuables ont mis en place des opérations dont le but principal est d'obtenir des avantages fiscaux, les tribunaux doivent, avec plus d'assiduité, s'assurer que ces opérations correspondent à l'intention véritable qu'avaient les contribuables et aussi qu'elles constituent des opérations juridiquement valides et complètes. Les tribunaux ont élaboré plusieurs outils judiciaires pour les aider dans cette tâche, notamment la doctrine du trompe-l'oeil, la doctrine de l'opération inefficace et la doctrine de la nature réelle d'une opération. Dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. v. R.*, [1984] 1 S.C.R. 536 (S.C.C.), 545, le juge Estey propose la définition suivante du trompe-l'oeil :

[...] une opération assortie d'un élément de tromperie de manière à créer une illusion destinée à cacher au percepteur le contribuable ou la nature réelle de l'opération, ou un faux-semblant par lequel le contribuable crée une apparence différente de la réalité qu'elle sert à masquer.

L'application du deuxième outil est relativement simple. Il s'agit d'examiner minutieusement si l'opération à laquelle un contribuable a eu recours, par exemple un contrat, constitue une opération valide au point de vue tant des conditions de forme que des conditions de fond. Le juge Urie a très bien décrit l'application de cet outil dans *Atinco Paper Products Ltd. v. R.* (1978), 78 D.T.C. 6387 (Fed. C.A.), 6395 :

It is trite law to say that every taxpayer is entitled to so arrange his affairs as to minimize his tax liability. No one has ever suggested that this is contrary to public policy. It is equally true that this Court is not the watch-dog of the Minister of National Revenue. Nonetheless, it is the duty of the Court to carefully scrutinize everything that a taxpayer has done to ensure that everything which appears to have been done, in fact, has been done in accordance with applicable law. It is not sufficient to employ devices to achieve a desired result without ensuring that those devices are not simply cosmetically correct, that is correct in form, but, in fact, are in all respects legally correct, real transactions. If this Court, or any other Court, were to fail to carry out its elementary duty to examine with care all aspects of the transactions in issue, it would not only be derelict in carrying out its judicial duties, but in its duty to the public at large.

[Je souligne.]

On retrouve dans l'affaire *Stuart* une illustration de cette tâche des tribunaux; là, le contribuable a satisfait au critère. Par contre, dans l'affaire *Atinco*, les contribuables n'ont pas eu autant de succès.

38. Le troisième outil, soit la doctrine de la nature réelle des opérations, a suscité et continue à susciter des problèmes d'application. Selon cette doctrine, dans l'appréciation d'une opération, les tribunaux doivent tenir compte de la réalité commerciale et économique de cette opération. Le juge en chef Dickson dit dans l'arrêt *Bronfman Trust v. R.*, [1987] 1 S.C.R. 32 (S.C.C.), 53 :

Si, en appréciant les opérations des contribuables, on a présent à l'esprit les réalités commerciales et économiques plutôt que quelque critère juridique formel, cela aidera peut-être à éviter que l'assujettissement à l'impôt dépende, ce qui serait injuste, de l'habileté avec lequel le contribuable peut se servir d'une série d'événements pour créer une illusion de conformité avec les conditions apparentes d'admissibilité à une déduction d'impôt.

39. Certains croient, et je partage ce point de vue, que cette approche ne peut autoriser les tribunaux à faire abstraction des effets juridiques d'une opération. Dans la décision *Continental Bank of Canada v. R.* (1994), 94 D.T.C. 1858 (T.C.C.), 1869, le juge Bowman a nuancé ainsi la portée de cette doctrine⁵

So far as the broader question of substance versus form is concerned, we should at least be clear on what we are talking about when we use the elusive expression "substance over form". Cartwright, J. (as he then was) said in *Dominion Taxicab Assn. v. Minister of National Revenue*, 54 D.T.C. 1020 at p.1021 :

It is well settled that in considering whether a particular transaction brings a party within the terms of the *Income Tax Acts* [*sic*] its substance rather than its form is to be regarded.

His Lordship did not elaborate but in light of other authorities I do not think that his words can be taken to mean that the legal effect of a transaction is irrelevant or that one is entitled to treat substance as synonymous with economic effect. The true meaning of the expression is, I believe, found in the judgment of Christie, A.C.J.T.C.C. in *Purdy v. Minister of National Revenue*, 85 D.T.C. 254 at p. 256, where he said :

It must be borne in mind that in deciding questions pertaining to liability for income tax the manner in which parties to transactions choose to label them does not necessarily govern. What must be done is to determine what on the evidence is the substance or true character of the transaction and render judgment accordingly.

[Je souligne.]

[46] Ainsi, l'appelante doit établir qu'il y a eu vice de consentement de sa part. En effet, elle a l'obligation de prouver l'erreur de consentement a été déterminante et qu'elle l'a empêchée de conclure l'acte d'échange et d'y consentir de façon libre et éclairée.⁸

[47] Les faits établis par la preuve soulèvent trois scénarios possibles :

- 1) il y a eu une erreur qui ne vicie pas le consentement de l'appelante quand elle a conclu l'acte d'échange;
- 2) il y a eu une erreur sur un élément essentiel fondement du consentement, mais l'erreur étant inexcusable, elle ne permet pas l'annulation du contrat d'une manière rétroactive;
- 3) le consentement a été vicié et ce qui rend nul l'acte d'échange rétroactivement.

[48] L'article 1400 du *CCQ* explique quand l'erreur vicie le consentement :

1400. L'erreur vicie le consentement des parties ou de l'une d'elles lorsqu'elle porte sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation ou, encore, sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement.

L'erreur inexcusable ne constitue pas un vice de consentement.

[Je souligne.]

[49] Les auteurs Beaudouin et Jobin écrivent :

L'erreur est « une croyance qui n'est pas conforme à la vérité », « un défaut de concordance entre la volonté interne et la volonté déclaré » qui ternit la parfaite intégrité du consentement à l'acte juridique. L'admission de l'erreur comme cause de nullité du contrat est cependant soumise à certaines restrictions, de manière à protéger de la stabilité de l'ordre contractuel. Toute erreur ne donne pas droit à l'annulation de la convention, mais seulement celles d'un certain type, qui ont eu une influence déterminante sur le consentement.⁹

⁸ *Supra* note 3. *CCQ* 1398 : Le consentement doit être donné par une personne qui, au temps où elle le manifeste, de façon expresse ou tacite, est apte à s'obliger. *CCQ* 1399 : Le consentement doit être libre et éclairé. Il peut être vicié par l'erreur, la crainte ou la lésion.

⁹ Jean-Louis Beaudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 6^e éd., Cowanville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 277.

[50] Le contrat d'annulation de l'acte d'échange énumère, à la clause 6, les motifs de l'annulation ainsi décrits :

Les parties considèrent qu'il y a eu, entre autre erreur sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation ainsi que sur divers éléments essentiels déterminants du consentement de chaque partie, comprenant entre autre une erreur sur la destination de chacun des immeuble et sur la valeur de chacun de ceux-ci ainsi que sur l'absence de soulte, laquelle absence est erronée, dans les circonstance.¹⁰

[51] L'intimée a vigoureusement contesté les prétentions de l'appelante notamment quant à : l'erreur sur :

- 1) la nature du contrat¹¹;
- 2) l'objet de la prestation;
- 3) la destination de chacun des immeubles¹²;
- 4) la valeur de chacun des immeubles.¹³

[52] Dans les faits, le seul élément à l'origine de l'erreur alléguée essentielle et déterminante a été l'absence de soulte.¹⁴ D'ailleurs les extraits des témoignages de Messieurs Lafleur et Beaudoin, au numéro 19 de ce jugement, font la démonstration de cette conclusion d'une manière très convaincante.

[53] L'appelante plaide qu'un des éléments essentiels ou déterminants du consentement était le fait qu'il n'y avait aucun déboursé de quelque nature que ce soit après l'échange des immeubles.¹⁵

[54] Si une telle erreur a effectivement vicié son consentement, elle peut, en principe, demander la nullité du l'acte d'échange, selon l'article 1407 du *CCQ* :

1407. Celui dont le consentement est vicié a le droit de demander la nullité du contrat; en cas d'erreur provoquée par le dol, de crainte ou de lésion, il peut demander, outre la nullité, des dommages-intérêts ou encore, s'il préfère que le

¹⁰ Pièce A-5 : Annulation d'échange, à la clause 6.

¹¹ *Supra* note 10 *Notes sténographiques*, pages 31-32 et 39. La nature de l'acte d'échange était un échange d'immeuble.

¹² *Ibid*, pages 28-30, 46-47, et 68.

¹³ *Ibid.*, p. 30.

¹⁴ *Ibid.*, pages 34 et 39. *Contra* p. 31.

¹⁵ *Ibid.*, pages 36 et 96.

contrat soit maintenu, demander une réduction de son obligation équivalente aux dommages-intérêts qu'il eût été justifié de réclamer.

[Je souligne]

[55] Pour obtenir la nullité du premier contrat, soit l'acte d'échange, l'appelante doit démontrer que l'erreur, qui doit être un fait juridique,¹⁶ existe selon les dispositions du CCQ; de plus, elle doit démontrer l'opposabilité de la nullité de l'acte d'échange à l'endroit des tiers, y compris le Ministre.

[56] De son côté, l'intimée plaide qu'en vertu de la doctrine et de la jurisprudence auxquelles réfère l'appelante, l'erreur n'était pas une erreur sur un élément essentiel du consentement, mais plutôt une erreur à caractère essentiellement économique n'entraînant pas la nullité de l'acte d'échange. Elle réfère à l'arrêt *Anna Del Peschio-Carpanzanon c. 3660524 Canada inc. et Global Creations inc. et le sous-ministre du revenu du Québec* [2005] J.Q. no 1747 :

33. Bien que l'erreur puisse être une cause de nullité des contrats, ce ne sont pas toutes les erreurs qui donneront ouverture à une demande en résolution du contrat. Le principe de la stabilité des contrats demeure essentiel et primordial en droit civil québécois.

34. Ce n'est que lorsque des circonstances particulières et précises seront mises en preuve, lorsque l'erreur aura été prouvée sur l'élément essentiel ayant amené les parties à contracter que le contrat pourra être annulé ou résolu, mais pas avant.

35. Il est important également, relativement à l'erreur, de souligner que l'erreur ne sera jamais une cause de nullité lorsqu'elle est inexcusable ou lorsqu'elle porte sur l'économie du contrat voire lorsqu'elle n'est qu'une simple erreur de forme.

36. Les auteurs précités Baudouin et Jobin dans leur *Traité « Les obligations »* précisent que :

211 - Erreur économique - Puisqu'en principe un contrat ne peut être annulé ou révisé pour lésion (art. 1405 C.c.) et qu'il faut interpréter le Code civil de façon cohérente, une certaine restriction doit être apportée à l'erreur. L'erreur économique, ou erreur sur la valeur de l'objet d'une prestation, généralement n'est pas considérée comme un motif de nullité [Voir Note 5 ci-dessous]. (...).

¹⁶ *Supra* note 14, p. 291.

Note 5 : Par ex. *Racicot c. Bertrand*, [1976] C.A. 441, inf. par [1979] 1 R.C.S. 441; *J.-L. Baudouin*, 1 Supreme Court L.R. 249; Québec (*Communauté urbaine de*) *c. Constructions Simard-Beaudry* (1977) Inc., [1985] C.S. 983, conf. Par J.E. 87-974 (C.A.); *Beaurivage et Méthot Inc. c. Corporation de l'Hôpital du St-Sacrement*, [1986] R.J.Q. 1729 (C.A.); *Cayer c. Martel*, J.E. 95-2071 (C.A.); *Réalizations Solidel Inc. c. Havre du village international Inc.*, J.E. 95-1229 (C.S.) *Pineau, Existence et limites de la discrétion judiciaire*, supra note 112, p. 5-6; *Pineau, Burman et Gaudet, Obligations*, no 74, p. 119-120; *Tancelin, Obligations*, n° 178, p. 87.

37. Relativement à l'erreur économique, la Cour d'appel a rappelé en 1995 que :

La seconde est, comme l'enseigne la doctrine classique et la jurisprudence, que l'erreur simple sur la valeur ou erreur économique (sauf évidemment les cas de lésion) ne donne pas, en principe, ouverture à un recours en annulation.

Une erreur déterminante du consentement n'est pas, en effet, pour autant une erreur sur la considération principale de l'engagement. (...).

(...). On peut, en effet, à mon avis, imaginer des hypothèses où les impératifs économiques du contrat projeté sont au centre même de la décision de contracter et donc s'élèvent au rang de considération principale et de condition même de l'engagement. Encore faut-il, alors, que ce motif déterminant soit clairement extériorisé. (...). [Voir Note 6 ci-dessous].

Note 6 : *Cayer et al c. Martel*, (C.A.) Montréal, 500-09-001620-905, 7 novembre 1995, j. Rothman, Baudouin et Deschamps.

38. Le comptable Rabinovitch a bien expliqué à la Cour que le but de la création de la nouvelle compagnie 3660524 Canada Inc. est le roulement fiscal. Par le transfert des actions de CGI ou Global Creations Inc. dans 3660524 Canada Inc., c'est pour éviter de payer l'impôt sur les revenus importants de la compagnie que cette dernière est mise en place.

39. Il est vrai que ce roulement des actions ne devait entraîner aucune autre conséquence fiscale et qu'il n'y avait aucun avantage pour les actionnaires à perdre cette vacance de taxes ou Tax holiday.

40. Il est néanmoins en preuve que l'objectif principal de la création de cette compagnie est le roulement fiscal.

41. À cet effet, la Cour d'appel a également écrit en 1996 :

J'estime qu'on ne peut dénaturer la forme de la relation contractuelle existante afin d'ajuster après coup ses prétentions aux contraintes fiscales. C'est en toute connaissance de cause que l'appelante a procédé par voie de cession de contrat de vente alors qu'elle aurait très bien pu agir par le biais d'un contrat de prêt. L'appelante doit alors subir les conséquences rattachées à la forme contractuelle choisie. Le juge Le Dain, alors juge à la Cour fédérale d'appel, écrivait :

The incidence of taxation depends on the manner in which a taxpayer arranges his affairs. Just as he may arrange them to attract as little taxation as possible, so he may unfortunately arrange them in such a manner as to attract more than is necessary" [Voir Note 7 ci-dessous].

Note 7 : *Banque Nationale Inc. (Crédit-bail) c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, (C.A.) Montréal, 500-09-000351-932, 15 septembre 1997, j. Beaugard, Nuss et Forget, p. 6 par. 30.

42. La présente affaire se distingue de celle soulevée par la requérante dans l'affaire *B.E.A Holdings Inc. c. Traftsys Inc.* [Voir Note 8 ci-dessous] alors que B.E.A., une compagnie américaine, achète la compagnie Traftsys Inc. du Canada. En ce faisant, la Loi fédérale prévoit que le nouveau conseil d'administration de la compagnie Traftsys doit quand même être composé d'une majorité de canadiens. B.E.A. élabore alors une stratégie par laquelle une compagnie québécoise sera créée et grâce à laquelle toutes les actions détenues par B.E.A. dans Traftsys Inc. lui seront transférées. Par la suite, les deux compagnies Traftsys Inc. et Traftsys Communications Inc. pourront être fusionnées.

Note 8 : *B.E.A. Holdings Inc. c. Traftsys Inc. et Traftsys Communications Inc./Les Communications Traftsys Inc.*, (C.A.) Montréal, 500-09-013408-034, 12 février 2004, j. Delisle, Chamberland et Morissette; (C.S.) Montréal, 500-05-074753-029, 16 avril 2003, j. Dufresne.

43. La Cour supérieure saisie de la demande d'annulation de cette transaction au motif d'erreur de bonne foi, rejette la réclamation.

44. Portant cette décision en appel, la Cour d'appel renversait cette décision dans un arrêt très succinct et écrivait :

[1] Il ressort clairement de la preuve que l'élément essentiel qui a déterminé le consentement de l'appelante à participer à la vente du 19 novembre 2001 était que celle-ci n'entraîne pour elle aucune

conséquence fiscale.

[2] S'agissant essentiellement pour l'appelante de résoudre un problème de gouvernance, elle ne cherchait qu'une restructuration pour lui permettre d'atteindre cette fin.

[3] En fonction des circonstances bien particulières de l'espèce, l'erreur de l'appelante n'était pas inexcusable et elle portait sur un élément essentiel du consentement."

45. Il appert à la lecture de cette dernière décision que l'erreur économique peut être une cause d'annulation de contrat lorsque l'erreur économique est l'élément essentiel de la transaction. L'absence de conséquences fiscales était le motif déterminant pour la création de la compagnie québécoise.

46. Or, en l'instance, comme nous l'avons vu auparavant, la conséquence fiscale reliée à la création de la nouvelle compagnie est celle du roulement, reportant à plus tard un impôt payable.

47. Même s'il ne reçoit pas entièrement application, il est intéressant de se référer à une décision de la Cour d'appel de l'Ontario saisie d'une question similaire à la présente en matière fiscale. La Cour d'appel écrivait :

The second reason why I would not exercise equitable discretion in the appellants' favour in this case is because it would seem to me that to do so would run contrary to a well-established rule in tax cases that the courts do not look with favour upon attempts to rewrite history in order to obtain more favourable tax treatment. In this case, Ms. Ho took title in the name of 002 rather than in the name of 225 because there was an income tax advantage for her if she did so. She did not know that by doing so she would suffer a very significant land transfer tax disadvantage. The cases seem to hold consistently that tax liability is based upon what happened not upon what, in retrospect, the taxpayer wished had happened.

The fundamental principle is stated by McKinlay J. in *Re Assaly and Minister of Revenue* (1986), 56 O.R. (2d) 30 at pp. 40 :

... the law is quite clear that when a taxpayer orders his affairs in a manner that attracts a tax in one amount, he cannot subsequently claim that he should be taxed as if he had ordered his affairs in a different manner, which would have attracted less tax

[57] Monsieur Lafleur, le directeur de CPIR, a expliqué et décrit les raisons qui avaient conduit à l'échange, comme suit :

À titre de directeur du Comité de Promotion Industrielle, je gérais des bâtiments et je gérais un bâtiment que je louais à la municipalité comme garage municipal et d'autre part, la municipalité me demandait de gérer un bâtiment qui lui appartenait, à des fins industrielles. [...]

Alors, à un moment donné, à toutes les années, la municipalité procède de façon à se donner des grandes orientations, ce qu'on appelle un Lac-à-l'épaule.¹⁷

[...]

Qui est un document [Lac-à-l'épaule] dans lequel chacun des secteurs va déterminer, que ce soit au niveau des loisirs, au niveau économique ou au niveau, si on veut, social, communautaire, va demander à la municipalité, proposer des choses, lui demander des grandes orientations. Au niveau économique, suite à la situation que je vous expliquais, à un moment donné j'ai proposé au conseil de la ville, j'ai dit : Écoutez, vous occupez un bâtiment que moi j'ai bâti à des fins commerciales...et qui est encore à des fins commerciales parce qu'il me payait un loyer, puis moi je payais la TPS et la TVQ sur ce loyer-là. [...] je leur disais : Regardez, ce bâtiments-là vous appartient, celui-là m'appartient, pourquoi on ferait pas un échange. Laissez-moi votre bâtiment à des fins industrielles, puis moi, bien, vous l'occupez comme un garage, on va se l'échanger...Regardez, change pour change, on va se donner les bâtiments comme ça, c'est des bâtiments d'égale valeur, puis chacun va être dans sa mission. La ville, elle ne voulait plus gérer des bâtiments à des fins industrielles, mais elle était obligée de le faire parce que c'était un bâtiment qui avait été bâti en 1956.¹⁸

[Je souligne.]

[58] La prépondérance de la preuve a clairement établi que le consentement de l'appelante n'a pas été vicié par une erreur énumérée à l'article 1400 CCQ.

[59] Monsieur Lafleur a expliqué que l'acte d'échange avait été conclu pour « faciliter la tâche de tout le monde ». Ainsi, l'acte d'échange est intervenu pour des motifs d'ordre pratique et rationnel, la gestion des immeubles concernés par l'échange devenant plus facile et surtout plus logique. Ce sont là des faits à caractère plutôt économique qui ne rendent pas nul l'acte d'échange en 2002.

[60] Par contre, dans l'affaire *B.E.A. Holdings Inc. c. Trafsys Inc.*¹⁹, la Cour a déclaré que l'erreur économique peut être une cause d'annulation de contrat

¹⁷ *Supra* note 10 *Notes sténographiques*. à la p. 12.

¹⁸ *IBID.* à la page 13-14.

¹⁹ J.E. 2003-1102 (C.S.) infirmé sur un autre point par [2004] J.Q. (Quicklaw) n° 646. (C.A.).

lorsque l'erreur économique est l'élément essentiel de la transaction. Je devrai donc au terme de cette décision évaluer si l'erreur prétendue par l'appelante était essentielle à son consentement.

L'erreur essentielle mais inexcusable

[61] L'appelante prétend que l'erreur n'est pas une erreur économique, mais plutôt une erreur essentielle ayant vicié son consentement. Les deux témoins de l'appelante ont beaucoup insisté, voire répété à plusieurs reprises de différentes façons que si les parties avaient su que la transaction était taxable, elle n'aurait jamais eu lieu. Cette appréciation ressort d'ailleurs très clairement des extraits de leur témoignage respectif.

[62] Les explications décrites à la clause 6 du contrat d'annulation ne sont guère convaincantes. Il m'est apparu assez évident que le notaire a essentiellement mis son imagination à contribution pour formuler le contenu de cette clause. La preuve ne prête à aucune confusion ou même interprétation. Les parties ont essentiellement convenu d'annuler la transaction dans le but d'éviter la cotisation.

[63] Cette même preuve permet cependant de soulever la question suivante. Croyant que la transaction n'était pas assujettie aux dispositions de la *Loi* pour le paiement de la taxe sur les produits et services, la transaction peut-elle être annulée pour le motif qu'il y a eu vice de consentement découlant de l'ignorance des conséquences fiscales?

[64] D'entrée de jeu, il m'apparaît important de rappeler que l'ignorance de la *Loi* peut difficilement constituer un motif d'annulation d'un contrat d'autant plus que tous les intervenants avaient ou devaient avoir les connaissances, notamment au niveau du notaire responsable de la rédaction du contrat.

[65] D'autre part, l'annulation a pour effet de replacer les parties contractantes dans le même état qu'elles étaient avant l'acte juridique faisant l'objet de l'annulation. Par contre, il est tout aussi manifeste et évident qu'une telle annulation est sans effet quant aux droits des tiers dont l'intimée.

[66] La preuve de l'appelante a été constituée des témoignages de messieurs Lafleur et Beaudoin. Tous deux détenteurs d'une formation juridique, ils ont expliqué le cheminement du dossier en leur qualité d'acteurs très actifs.

[67] Monsieur Lafleur a témoigné :

R. ...Il y a quelqu'un qui m'a appelé. Je lui ai donné les explications qui reflètent ce que je vous dis ce matin. Suite à ça, il y a eu des avis de cotisation et autres et on est devant vous maintenant.

Q. Votre réaction, suite aux avis de cotisation ?

R. Moi, quand on est arrivé avec ça, j'ai dit : Écoutez, j'ai dit c'était clair que nous, lorsqu'on a fait la transaction, l'élément sine qua non de tout ce dossier-là...surtout qu'on est dans le cadre d'une municipalité où je peux vous le dire, en termes de budget, il est sûr et certain que nous la base sine qua non de l'échange, c'est qu'il y ait aucun impact, c'est-à-dire qu'il y ait aucune sortie d'argent de part et d'autre au moment de la transaction ou quoi que ce soit, parce que c'était vraiment ce qu'on appelle une transaction de complaisance. C'était fait pour nous faciliter la tâche à tout le monde, c'est-à-dire au lieu d'avoir quelque chose que tu gères puis qui n'est pas vraiment dans ton domaine et inversement, l'autre bâtiment qui était utilisé à des fins plu, si on veut, de service communautaire, bien il appartenait à celui qui donnait ces services-là.²⁰

[68] Monsieur Lafleur a aussi indiqué qu'un des éléments essentiels qui a déterminé le consentement des deux parties était le fait qu'il n'y aurait pas d'impact financier à assumer, c'est-à-dire aucune sortie d'argent au moment de la transaction. Ce qui suit est un extrait des notes sténographiques très révélateur sur les intentions des cocontractants :

[E]n autant que ce soit change pour change, qu'il n'y ait pas d'impact, que ça coûte rien à la municipalité, que ça a toujours été la base même de l'essence de notre transaction, ça toujours été en autant que ça n'ait pas d'impact pour nos citoyens, pour tout le monde, nous autres on est bien correct.²¹

[...]

[L]orsqu'on a fait la transaction, l'élément sine qua non de tout ce dossier-là surtout qu'on est dans le cadre d'une municipalité où je peux vous le dire, en termes de budget, il est sûr et certain que nous la base sine qua non de l'échange, c'est qu'il y ait aucun impact, c'est-à-dire qu'il y ait aucune sorti d'argent de part et d'autre au moment de la transaction ou quoi que ce soit, parce que c'était vraiment ce qu'on appelle une transaction de complaisance.²²

[...]

²⁰ *Supra* note 10 *Notes sténographiques*, pages 18-19.

²¹ *Ibid.*, pages 15-16.

²² *Ibid.*, p. 18.

R. C'est évident qu'on n'aurait même pas envisagé de le faire....c'est clair que c'était change pour change.²³

[69] Le directeur de la Ville de Richmond, monsieur Guylain Beaudoin explique :

R. ...[I]l était clair dans la tête de tout le monde, qu'il y avait un effet zéro, mais qu'il y avait un débours zéro également à ce niveau-là. Donc, c'était vraiment un échange de complaisance à ce niveau-là. On a fait la transaction en date de novembre 2002. L'acte de transaction, comme maître Morel l'a apporté tout à l'heure, fait référence à une soulte zéro. Lorsqu'on est passé devant le notaire, c'est sûr que j'ai pas passé la signature en même temps que maître Martel, cependant on avait reçu les documents; on avait rencontré le notaire au préalable aussi pour lui expliquer le contexte de la transaction. Ce qui avait été expliqué au niveau de la TPS, TVQ, c'était : Écoutez, vous avez une soulte zéro, il y a vraiment aucun débours, il y a un effet zéro.²⁴

[70] Selon les deux témoins de l'appelante, le consentement a été vicié puisqu'il y eut erreur concernant un élément essentiel du contrat. La véracité de cette prétention ne semble pas être remise en question quoi que la preuve que cette erreur soit plutôt d'une nature économique qu'un élément essentiel du consentement. De toute évidence, il est raisonnable de croire que les cocontractants n'auraient pas transigé s'ils avaient su qu'il s'ensuivrait une cotisation, la Ville n'en ayant financièrement pas les moyens.

[71] En tenant pour acquis que l'appelante a relevé le fardeau de la preuve qui lui incombait quant à la réalité d'une erreur, je dois maintenant décider s'il s'agissait d'une erreur inexcusable comme le prévoit l'alinéa 1400(2) *CCQ*.

[72] Selon Beaudoin et Jobin, le droit québécois s'est inspiré du droit français en excluant l'annulation dans l'hypothèse de l'erreur inexcusable. Cette règle comporte la notion de la stabilité de l'ordre contractuel²⁵ et l'idée que chacun doit se renseigner avant de contracter ou transiger est une règle bien établie; la question de la responsabilité personnelle ou professionnelle des intervenants n'étant pas la compétence de ce tribunal, je ne m'attarderai pas sur cet aspect.

²³ *Ibid.*, p. 21.

²⁴ *Ibid.*, pages 51-52.

²⁵ *Supra* note 14, p. 277.

[73] Ces auteurs sont d'avis que c'est l'obligation du cocontractant de démontrer l'erreur inexcusable.²⁶ Dans le présent dossier, le cocontractant à l'acte d'échange, CPIR, n'ont seulement il ne s'est pas objecté à l'existence de l'erreur de consentement, il l'a reconnu étant donné qu'elle a un intérêt dans le succès de l'appel de la Ville, puisque CPIR a consenti à l'annulation du contrat devant le notaire.

[74] Cette particularité quant à l'admission par les deux parties de l'existence de l'erreur soulève un problème sur la question de savoir de qui a l'obligation de prouver que l'erreur est inexcusable. En principe, cette responsabilité incombe au cocontractant qui s'oppose à ce que le contrat soit annulé.²⁷ Mais dans le présent cas, le cocontractant a consenti à l'annulation de l'acte d'échange.

[75] En l'espèce, en supposant que l'appelante a démontré que l'erreur respecte le critère énoncé à l'alinéa 1400(1) CCQ, Il incombe alors à l'intimée de démontrer que l'erreur est inexcusable

[76] Qu'en est-il au niveau de la preuve à cet effet? Je crois que l'extrait ci-après répond à cette importante question :

Q. Je vous réfère au dernier paragraphe à la page 8.

R. Oui.

Q. Où on mentionne, entre autre : *En conséquence, s'il y a lieu, la responsabilité du paiement de la taxes sure les produits et les services et la taxe de vente du Québec est supporté par chaque parties ayant reçu l'immeuble en échange.*

R. Oui, puis comme je le soulignais tantôt, c'est que nous, dans l'élément distinctif de la transaction qui faisait que notre consentement était donné à cette transaction-là, c'est qu'il y en avait pas d'impact....

R. Évidemment, lorsque vous avez signé cette transaction-là, l'acte légal avait été vu par vos aviseurs légaux, c'est bien exact?

R. Nous, on n'a pas d'aviseurs légaux, mais moi j'ai pris connaissance, oui.

Q. Vous en aviez pris connaissance. De toute façon il y avait un notaire instrumentant dans cet acte- là, c'était maître Tanguay, Denis Tanguay, c'est bien exact ?

R. Oui.

²⁶ *Ibid.*, p. 292.

²⁷ *Ibid.*, p. 292.

Q. J'imagine que le contrat a été passé en revue par maître Tanguay et les parties en présence avant que l'échange ne soit signé ?

R. Oui, effectivement.

Q. Si je comprends bien, la seule raison pour laquelle vous avez procédé deux ans plus tard à l'annulation de cet échange-là, était dû au fait que la Municipalité de la Ville de Richmond devait payer un montant de TPS et de TVQ

R. La conséquence, mais la base même était à l'effet que lorsqu'on m'a amené ça, c'est qu'on m'a dit : Écoutez, quand on a fait la transaction avec vous le CPIR, vous nous aviez dit...vous nous avez informé qu'il n'y aurait pas de déboursé comme tel relatif à ça, puis c'était la base. Ils m'ont dit, si on avait su, on n'aurait jamais donné notre consentement à ça ou quoi que ce soit. J'ai dit écoutez, c'est pour ça que nous on a concouru à ça.

Q. Oui, mais M. Lafleur, vous êtes d'accord avec moi que laquelle la transaction a été annulée c'est à cause de l'incidence fiscale au niveau de la TPS et de la TVQ, c'est bien exact ?

R. Qu'il y ait une conséquence à la transaction, c'est sûr, définitivement.

Q. Oui, mai la seule raison, je reviens encore à cette question. La seule raison pour laquelle la transaction a été annulée c'est à cause des conséquences fiscales au niveau de la TPS et de la TVQ ?

R. Bien c'est sûr que oui, si on est devant vous oui, définitivement.²⁸

[...]

Q. Donc, ça avait été expliqué par maître Tanguay au moment...

R. Maître Tanguay, oui.²⁹

[...]

Q. Juste quelques petites questions de précision. Maître Morel a soulevé tout à l'heure, au niveau de l'acte d'échange, qu'il y avait une clause de taxe à l'intérieur. Est-ce qu'au moment où vous avez signé ou à un quelconque moment antérieur, maître Tanguay vous a donné des conseils à ce niveau-là ou vous a mentionné qu'il n'avait pas de taxe. Qu'est ce qui a été dit par maître Tanguay lors de la signature de ce document-là ?

R. En ce qui nous concerne nous, il n'y a pas eu de référence sur les impacts à notre organisme, parce que nous, toutes nos transactions, on les fait devant maître

²⁸ *Supra* note 10 *Notes* sténographiques, pages 24-27.

²⁹ *Ibid.*, p. 52.

Tanguay, puis il n'y a pas d'impact à ce niveau-là. C'est toujours...chaque partie est responsable...

Q. Mais, est-ce que ça a été soulevé au moment de la transaction ou quoi que ce soit ?

R. Non, non.

Q. Est-ce que vous étiez présent l'un et l'autre au moment de la signature de cet acte-là. Parce que si on regarde les dates au niveau de l'acte d'échange...je sais pas si c'est vous qui l'avez. Non, vous avez l'acte d'annulation. Au niveau de l'acte d'échange, si vous regardez, juste nous préciser, au niveau de la signature, comment ça s'est produit. Est-ce que toutes les parties étaient en présence au moment de la signature ?

R. Moi, je ne peux pas vous répondre parce que je ne suis pas signataire. Le signataire c'est le président de l'organisme. [...]

R. Je n'étais pas présent, c'est Michel Ménard qui était présent, qui était le président de l'organisme pour signer, moi je ne suis pas habilité à signer des contrats de vente, c'est le président qui est habilité. Moi, on m'avait fait parvenir un projet auparavant, ce que j'ai pris connaissance et que j'ai retourné à mon président en lui disant que lui pouvait signer, qu'il n'avait pas de problème.³⁰

[...]

Q. Monsieur Lafleur, je présume que vous connaissez bien maître Beaudoin ?

R. Oui.³¹

[...]

Q. Justement, Monsieur Beaudouin, on vient d'apprendre...on sait que vous êtes avocat, on vient d'apprendre que monsieur Lafleur (directeur de la CPIR) est avocat, vous êtes avec un notaire maître Tanguay, en 2004, avant de signer ce contrat à et donc vous êtes des parties très informées et vous rédigez la clause 6 (contrat d'annulation)

R. Je n'ai pas rédigé la clause 6.³²

[77] La prépondérance de la preuve est à l'effet que l'erreur de consentement plaidée par l'appelante est inexcusable, et cela, notamment à cause de la qualité des

³⁰ *Ibid.*, pages 43-45.

³¹ *Ibid.*, p. 41.

³² *Ibid.*, p. 67.

intervenants. Messieurs Beaudouin et Lafleur étant tous les deux des avocats. À la lumière de cette preuve plus que convaincante, je conclus que l'erreur de consentement plaidée par l'appelante est inexcusable.

[78] Les parties sont des personnes ayant manifestement les compétences pour avoir au moins le réflexe de s'interroger et de vérifier de ce qu'il en était au niveau des dispositions de la loi applicable.

[79] Dans le cadre de toutes transactions, les conséquences fiscales doivent être prises en compte par les parties. Les parties avaient l'obligation de s'informer avant de passer un contrat devant le notaire.

[80] L'échange devint nul en 2004 seulement, c'est-à-dire au moment où le deuxième contrat d'annulation a pris effet. Cette annulation a effet entre les cocontractants et se concrétise envers les tiers, mais seulement en 2004 l'annulation n'ayant aucun effet rétroactif quant aux tiers. La cotisation est donc valable.

[81] Pour les motifs ci-dessus, je rejeterais l'appel parce que l'erreur inexcusable ne permet pas à l'appelante de revendiquer le droit à la nullité du contrat.³³ Donc, l'effet du contrat d'annulation conclu en 2004 n'est pas rétroactif. Même si je n'étais pas arrivé à la conclusion qu'il s'agissait d'une erreur inexcusable, je devrais conclure au rejet de l'appel pour un autre motif. En effet, je devrais alors prendre en considération les dispositions suivantes.

Consentement vicié et nullité valable de l'acte d'échange

[82] L'article 1416 du *CCQ* prévoit ce qui suit :

1416. Tout contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité.

[83] L'effet de la nullité de l'acte d'échange est prévu à l'article 1422 du *CCQ* :

1422 : Le contrat frappé de nullité est réputé n'avoir jamais existé.

³³ Exemple de causes où le tribunal n'a pas accordé l'annulation du contrat pour erreur inexcusable : *Société québécoise d'assainissement des eaux c. B. Fréjeau & Fils inc.* J.E. 2000-809 (C.A.), *Construction D.R.C. Rousseau inc. c. Enchères de Chez nous inc.* [1997] R.D.I 261 (C.S.), *Royal Bank of Canada c. 2969408 Canada inc. C.S. Montréal*, 500-17-010040-015, 16 mai 2002, j; *Carole Hallée. Bonin c. Picard* [2004] R.R.A. 910 (C.S.).

Chacune des parties est, dans ce cas, tenue de restituer à l'autre les prestations qu'elle a reçues

1440. Le contrat n'a d'effet qu'entre les parties contractantes; il n'en a point quant aux tiers, excepté dans les cas prévus par la loi.

[84] L'acte d'échange étant frappé de nullité, il est réputé n'avoir jamais existé. L'annulation a des effets différents que la résolution, la résiliation ou la révocation. En fait, il n'y a pas de correction de forme.

[85] Le tribunal reprend une partie du plan d'argumentation de l'intimée quant aux distinctions à faire entre la résolution, la résiliation et la révocation, et cela, pour mieux comprendre le concept d'annulation.

La résolution permet d'anéantir rétroactivement un acte en cas de défaut d'une partie dans l'exécution du contrat (ex : résolution de la vente pour non paiement du prix) alors que la nullité ne peut être demandée qu'en raison d'un défaut dans la formation du contrat.

La résiliation permet d'anéantir pour le futur seulement un contrat à exécution successive (ex. résiliation d'un bail).

Contrairement à l'annulation, la révocation permet à une partie de mettre un terme unilatéralement à un acte juridique (ex. révocation d'un mandat ou d'un testament). La révocation n'entraîne pas nécessairement une remise en état des parties comme l'annulation.

[86] Ainsi, il est maintenant requis de se demander ce à quoi consiste exactement le contrat d'annulation?

[87] En vertu de l'article 1422 du *CCQ*, un contrat annulé est réputé n'avoir jamais existé. Donc, chacune des parties est tenue de restituer à l'autre les prestations qu'elle a reçues. Il y a un effet rétroactif faisant en sorte de remettre les parties dans la même position de départ comme si elles n'avaient jamais conclu le contrat.

[88] Plutôt que de s'adresser à un tribunal pour demander l'annulation avec effet rétroactif les parties se sont entendues pour que l'acte d'échange soit annulé devant un notaire. Conséquemment, les effets de cette annulation conventionnelle ne s'appliquent qu'à eux, comme le prévoit l'article 1440 *CCQ*.

[89] Qu'en est-il quant aux tiers dont notamment l'intimée?

[90] L'intimée plaide que l'effet rétroactif édicté à l'article 1442 du CCQ s'applique aux parties à l'instance et les règles de la restitution des prestations, contenues aux articles 1699 à 1707 CCQ, vont alors entrer en jeu.³⁴ À l'appui de ses prétentions, elle reprend le contenu de 1707 du CCQ, qui dit :

1707. Les actes d'aliénation à titre onéreux faits par celui qui a l'obligation de restituer, s'ils ont été accomplis au profit d'un tiers de bonne foi, sont opposables à celui à qui est due la restitution. Ceux à titre gratuit sont inopposables, sous réserve des règles relatives à la prescription.

Les autres actes accomplis au profit d'un tiers de bonne foi sont opposables à celui à qui est due la restitution.

[91] L'intimée soutient, à juste titre, que la « nullité amiable » ou conventionnelle n'est pas opposable aux tiers intéressés.³⁵ Elle cite aussi l'arrêt *Placements Gentica inc. c. Le sous-ministre du Revenu du Québec*, [1998] R.D.R.Q » 281 (C.A.) comme appui que le deuxième contrat, annulant le premier contrat, n'avait pas un effet rétroactif pour les fins fiscales sous la *Loi concernant l'impôt sur la vente en détail*.

[92] Par ailleurs, l'intimée cite l'auteur Vincent Karim :

« Quoi qu'il en soit, les parties peuvent s'entendre pour déclarer nul leurs contrat. [...] Cependant, les parties ne peuvent convenir de la nullité de leur contrat et ainsi conclure une entente au détriment de l'intérêt d'un tiers ayant acquis un droit de suite à la conclusion de ce contrat; ce dernier peut valablement s'opposer à toute entente qui ne tient pas compte de ses droits acquis de bonne foi et la faire déclarer inopposable au tiers. »³⁶

[93] Dans l'affaire *B.E.A. Holding*, les parties ont admis qu'elles avaient besoin de l'autorité du tribunal pour reconnaître la nullité rétroactive en ce qui concerne les tiers.

22. Les parties admettent qu'elles pourraient, par leur seule volonté, puisqu'il s'agit de compagnies liées, convenir d'annuler les contrats, mais l'annulation volontaire de ces transactions n'aurait aucun effet rétroactif pour les tiers, dont les autorités fiscales. La requérante demande en conséquence au Tribunal de déclarer la nullité de ces contrats et autres écrits instrumentaires avec effet résolutoire.

³⁴ Plan d'argumentation de l'intimée, p. 7.

³⁵ *Supra* note 9, p. 330.

³⁶ V. Karim, *Les obligations*, volume I, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 288.

[94] Pour toutes ces raisons, l'appel est rejeté en partie, avec dépens en faveur de l'intimée; **la cotisation devra toutefois être modifiée en tenant pour acquis que la juste valeur marchande de l'immeuble a été établie de consentement par les parties à 850 000 \$.**

Signé à Ottawa, Canada, ce 4^e jour de septembre 2007.

« Alain Tardif »

Juge Tardif

RÉFÉRENCE : 2007CCI336
N° DU DOSSIER DE LA COUR : 2005-394(GST)G
INTITULÉ DE LA CAUSE : Ville de Richmond et Sa Majesté La Reine
LIEU DE L'AUDIENCE : Sherbrooke (Québec)
DATE DE L'AUDIENCE : le 6 mars 2007
MOTIFS DU JUGEMENT PAR : L'honorable juge Alain Tardif
DATE DU JUGEMENT CORRIGÉ: le 4 septembre 2007

COMPARUTIONS :

Avocate de l'appelante : M^e Isabelle Boisvert

Avocat de l'intimée : M^e Michel Morel

AVOCATE INSCRITE AU DOSSIER :

Pour l'appelante:

Nom : M^e Isabelle Boisvert
Cabinet : Daigle, Jacques & Associés Inc.

Pour l'intimée : John H. Sims, c.r.
Sous-procureur général du Canada
Ottawa, Canada

Ontario (Minister of Finance) *Appellant***Ontario (Ministre des Finances)** *Appelante*

v.

c.

Placer Dome Canada Limited *Respondent***Placer Dome Canada Limited** *Intimée***INDEXED AS: PLACER DOME CANADA LTD. v.
ONTARIO (MINISTER OF FINANCE)****RÉPERTORIÉ : PLACER DOME CANADA LTD. c.
ONTARIO (MINISTRE DES FINANCES)****Neutral citation: 2006 SCC 20.****Référence neutre : 2006 CSC 20.**

File No.: 30580.

N° du greffe : 30580.

2005: November 17; 2006: May 25.

2005 : 17 novembre; 2006 : 25 mai.

Present: Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish,
Abella and Charron JJ.Présents : Les juges Bastarache, Binnie, LeBel,
Deschamps, Fish, Abella et Charron.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

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

*Taxation — Mining tax — Hedging — Whether definition of “hedging” in mining tax legislation restricted to transactions that result in delivery of output of mine — Mining Tax Act, R.S.O. 1990, c. M.15, s. 1(1) “hedging”.**Droit fiscal — Impôt sur l'exploitation minière — Couverture — La définition du terme « couverture », figurant dans une loi de l'impôt sur l'exploitation minière, vise-t-elle uniquement les opérations donnant lieu à la livraison de la production d'une mine? — Loi de l'impôt sur l'exploitation minière, L.R.O. 1990, ch. M.15, art. 1(1) « couverture ».**Statutes — Interpretation — Taxation legislation — Administrative practices — Presumption against tautology — Meaning of definition of “hedging” in mining tax legislation — Mining Tax Act, R.S.O. 1990, c. M.15, s. 1(1) “hedging”.**Législation — Interprétation — Loi fiscale — Pratiques administratives — Présomption d'absence de tautologie — Sens de la définition du terme « couverture » dans une loi de l'impôt sur l'exploitation minière — Loi de l'impôt sur l'exploitation minière, L.R.O. 1990, ch. M.15, art. 1(1) « couverture ».*

In late 1993, PDC entered into an agreement with its parent company, PDI, whereby PDI was designated PDC's exclusive agent for the purpose of conducting hedging activity. In 1995 and 1996, pursuant to that agreement, PDI carried out hedging transactions on PDC's behalf in order to protect the PDI Group from fluctuations in the spot price of gold. On or shortly after entering into those transactions, PDI allocated them to PDC. The total net gains that PDC realized from those transactions were \$6,423,000 in 1995 and \$11,440,000 in 1996. At the time, the Minister of Finance's own administrative practice excluded financial transactions from the statutory definition of “hedging” unless those transactions resulted in the delivery of output from an Ontario mine. Consistent with this practice, PDC excluded the gains from its computation of profits under the Ontario *Mining Tax Act* because no gold had been delivered pursuant to those transactions. By

À la fin de 1993, PDC a, par convention, confié à PDI, sa société mère, le mandat exclusif d'effectuer des opérations de couverture. En 1995 et en 1996, PDI a, conformément à cette convention, effectué pour le compte de PDC des opérations de couverture visant à protéger le groupe PDI contre les fluctuations du prix au comptant de l'or. PDI attribuait ces opérations à PDC au moment où elle les effectuait ou peu de temps après les avoir effectuées. Les gains nets que PDC a tirés de ces opérations s'élevaient à 6 423 000 \$ en 1995 et à 11 440 000 \$ en 1996. À l'époque, selon la pratique administrative suivie par le ministre des Finances, les opérations financières n'étaient pas visées par la définition légale du terme « couverture », sauf si elles donnaient lieu à la livraison de la production d'une mine ontarienne. Conformément à cette pratique administrative, PDC a exclu ces gains du calcul de ses bénéfices sous le régime de la *Loi de l'impôt sur*

the time PDC was reassessed in 2000, the policy had changed. Under the new policy, transactions constitute hedging so long as they are entered into prior to the delivery of output and to the extent that the volume of the transactions does not exceed the productive capacity of the Ontario mine. The Minister thus sought to include the gains in PDC's profits for the tax years in question. PDC unsuccessfully appealed this reassessment before the Superior Court of Justice. The trial judge found that the transactions at issue fell within the statutory definition of hedging because there was a nexus or "some link" between the output of the mines and the financial transactions. A majority of the Court of Appeal set aside the decision and allowed PDC's appeal, concluding that the definition of hedging was restricted to contracts that were settled by physical delivery of gold from an Ontario mine.

Held: The appeal should be allowed.

The definition of "hedging" in the *Mining Tax Act* extends to transactions that do not result in the physical delivery of output from an Ontario mine. This interpretation avoids the redundancy that results between the statutory definitions of "hedging" and "proceeds" of mining operations. Under the Act, "hedging" is defined in terms of a number of components, including "the fixing of a price for output of a mine before delivery by means of a forward sale". The expression "fix the price" cannot mean simply setting the price that will be paid upon delivery of the output. If so, the legislature would not have needed this element in the statutory definition of "hedging" as the price received upon delivery of the output would clearly fall within all "consideration that is received . . . from the output of the mine", the first component of the definition of "proceeds", and within "all consideration received . . . from . . . future sales or forward sales of the output of the mine", the third component. A court should avoid adopting an interpretation that renders any portion of a statute meaningless or redundant and, in this case, the presumption against tautology carries considerable weight. [3] [43-46]

The broader interpretation of "hedging" is consistent with the context of the statutory definition. In

l'exploitation minière de l'Ontario pour le motif que les opérations en cause n'avaient donné lieu à aucune livraison d'or. Au moment où PDC a fait l'objet d'une nouvelle cotisation en 2000, la politique avait changé. Selon la nouvelle politique, des opérations constituaient des opérations de couverture pour autant qu'elles soient conclues avant la livraison de la production et que le volume de ces opérations ne dépasse pas la capacité de production de la mine ontarienne. En conséquence, le ministre a cherché à inclure les gains dans les bénéfices de PDC pour les années d'imposition en question. PDC a appelé sans succès de cette nouvelle cotisation devant la Cour supérieure de justice. Le juge de première instance a conclu que les opérations en cause étaient visées par la définition légale du terme « couverture » en raison de l'existence d'un lien entre la production des mines et les opérations financières. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé cette décision et accueilli l'appel de PDC, statuant que la définition du terme « couverture » ne visait que les contrats se dénouant par une livraison physique d'or provenant d'une mine ontarienne.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La définition de « couverture » figurant dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* vise les opérations qui ne donnent pas lieu à la livraison physique de la production d'une mine ontarienne. Cette interprétation permet d'éviter la redondance entre les définitions des termes « couverture » et « recettes » provenant d'activités d'exploitation minière. La définition légale du terme « couverture » comporte un certain nombre d'éléments dont « [l]a fixation d'un prix pour la production d'une mine, avant livraison, au moyen d'une vente à terme ». L'expression « fixer le prix » ne peut pas signifier simplement établir le prix qui sera payé lors de la livraison de la production. Si tel était le cas, le législateur n'aurait pas eu besoin d'inclure cet élément dans la définition légale du terme « couverture » étant donné que le prix reçu à la livraison de la production serait clairement visé par toute « contrepartie [. . .] provenant de la production de la mine » (le premier élément de la définition du terme « recettes ») ainsi que par « toute contrepartie reçue [. . .] à la suite [. . .] de ventes à terme de la production de la mine » (le troisième élément de la définition). Les tribunaux devraient éviter d'adopter une interprétation qui dépouille une partie d'une loi de tout son sens ou qui la rend redondante, et, en l'espèce, la présomption d'absence de tautologie revêt une importance considérable. [3] [43-46]

L'interprétation large du terme « couverture » s'inscrit dans le contexte de la définition légale. En

addition to “the fixing of a price . . . by means of a forward sale”, the definition of “hedging” refers to “the fixing of a price . . . by means of . . . a futures contract on a recognized commodity exchange”, “the purchase or sale forward of a foreign currency related directly to the proceeds of the output of a mine” and “does not include speculative currency hedging”. It is significant that futures contracts are seldom settled by physical delivery. Similarly, a sale or purchase forward of foreign currency is a separate transaction from the sale of an underlying commodity and would not itself be settled by physical delivery of the commodity. [47]

In light of the scheme and context of the *Mining Tax Act*, the statutory definition of “hedging” must refer to something more than transactions that are settled by delivery of output. The “some link” test applied by the trial judge is an appropriate response to the gap left in the Act by the failure to express more clearly what constitutes the “fixing of a price” for output of a mine. [49]

The shift in the Minister’s administrative practice is reflective of the ambiguity that inheres in the statute itself and cannot be relied upon as an interpretive tool except to support the view that the statutory definition falls short of being clear, precise and unambiguous. Although administrative practice can be an “important factor” in case of doubt about the meaning of legislation, it is not determinative. In a case such as the present one where a statutory provision admits of more than one possible meaning, the Minister, having decided that its former interpretation was incorrect, is not precluded from changing its practice. [40]

Cases Cited

Considered: *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada*, [1992] 3 F.C. 707; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; **distinguished:** *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54; *Inco Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, [2002] O.J. No. 3150 (QL); **referred to:** *Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, [2000] 1 S.C.R. 915, 2000 SCC 36; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Johnston*

plus de mentionner « [l]a fixation d’un prix [. . .] au moyen d’une vente à terme », la définition du terme « couverture » parle de « [l]a fixation d’un prix [. . .] au moyen [. . .] d’un contrat à terme sur le parquet d’une Bourse de commerce reconnue » et de « l’achat ou la vente à terme de devises étrangères reliées directement aux recettes tirées de la production d’une mine », mais elle « exclut toutefois la couverture du risque de change ». Fait révélateur, les contrats à terme se dénouent rarement par une livraison. De même, l’achat ou la vente à terme de devises étrangères est une opération distincte de la vente d’une marchandise sous-jacente et ne se dénouerait pas par la livraison physique de la marchandise. [47]

Compte tenu de l’économie et du contexte de la *Loi de l’impôt sur l’exploitation minière*, la définition légale du terme « couverture » doit viser plus que les opérations qui se dénouent par une livraison de la production. Le critère de « l’existence d’un lien » appliqué par le juge de première instance constitue un bon moyen de combler le vide que la Loi a laissé en ne clarifiant pas davantage ce qu’est la « fixation d’un prix » pour la production d’une mine. [49]

La modification de la pratique administrative du ministre témoigne de l’ambiguïté intrinsèque de la Loi elle-même et ne peut servir d’outil d’interprétation, si ce n’est pour appuyer le point de vue selon lequel la définition légale n’est pas vraiment claire, précise et sans ambiguïté. Une pratique administrative n’est pas déterminante quoiqu’elle puisse constituer un « facteur important » en cas de doute sur le sens d’un texte législatif. Dans un cas comme la présente affaire, où une disposition législative peut avoir plus d’un sens, le ministre n’est pas préclus de modifier sa pratique après avoir conclu que son interprétation antérieure était incorrecte. [40]

Jurisprudence

Arrêts examinés : *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada*, [1992] 3 C.F. 707; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; **distinction d’avec les arrêts :** *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54; *Inco Ltd. c. Ontario (Minister of Finance)*, [2002] O.J. No. 3150 (QL); **arrêts mentionnés :** *Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 915, 2000 CSC 36; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S.

v. *M.N.R.*, [1948] S.C.R. 486; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Hill v. William Hill (Park Lane) Ltd.*, [1949] A.C. 530; *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 53.
Corporations Tax Act, R.S.O. 1990, c. C.40, s. 80(18).
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 152(8).
Mining Tax Act, R.S.O. 1990, c. M.15, ss. 1(1) “hedging”, “proceeds”, 3(1), (5), 8(7).
Mining Tax Act, 1972, S.O. 1972, c. 140, s. 3(3).
Mining Tax Amendment Act, 1987, S.O. 1987, c. 11, ss. 1(4)(cb), 1(7)(j).
Regulation Made Under the Mining Tax Act, 1972, O. Reg. 126/75, ss. 1(f), 4(1).

Authors Cited

Grottenthaler, Margaret E., and Philip J. Henderson. *The Law of Financial Derivatives in Canada*. Toronto: Carswell, 2003 (loose-leaf updated December 2005, release 2).
Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2005.
Kraus, Brent W. “The Use and Regulation of Derivative Financial Products in Canada” (1999), 9 *W.R.L.S.I.* 31.
Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 8th ed. Toronto: Carswell, 2004.
Smithson, Charles W. “A Building Block Approach to Financial Engineering: An Introduction to Forwards, Futures, Swaps and Options” (1997), 1017 *PLI/Corp* 9.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Gillese, Armstrong and Blair J.J.A.) (2004), 190 O.A.C. 157, [2004] O.J. No. 3554 (QL), setting aside a decision of Cullity J. (2002), 61 O.R. (3d) 628, [2002] O.J. No. 3690 (QL). Appeal allowed.

Anita C. Veiga and Leslie M. McIntosh, for the appellant.

Al Meghji, Mahmud Jamal and Jacqueline Code, for the respondent.

622; *Johnston c. M.N.R.*, [1948] R.C.S. 486; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Hill c. William Hill (Park Lane) Ltd.*, [1949] A.C. 530; *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 53.
Loi de l'impôt sur l'exploitation minière, L.R.O. 1990, ch. M.15, art. 1(1) « couverture », « recettes », 3(1), (5), 8(7).
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 152(8).
Loi sur l'imposition des corporations, L.R.O. 1990, ch. C.40 [maintenant *Loi sur l'imposition des sociétés*], art. 80(18).
Mining Tax Act, 1972, S.O. 1972, ch. 140, art. 3(3).
Mining Tax Amendment Act, 1987, S.O. 1987, ch. 11, art. 1(4)(cb), 1(7)(j).
Regulation Made Under the Mining Tax Act, 1972, O. Reg. 126/75, art. 1f), 4(1).

Doctrine citée

Grottenthaler, Margaret E., and Philip J. Henderson. *The Law of Financial Derivatives in Canada*. Toronto: Carswell, 2003 (loose-leaf updated December 2005, release 2).
Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2005.
Kraus, Brent W. « The Use and Regulation of Derivative Financial Products in Canada » (1999), 9 *W.R.L.S.I.* 31.
Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 8th ed. Toronto: Carswell, 2004.
Smithson, Charles W. « A Building Block Approach to Financial Engineering: An Introduction to Forwards, Futures, Swaps and Options » (1997), 1017 *PLI/Corp* 9.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Gillese, Armstrong et Blair) (2004), 190 O.A.C. 157, [2004] O.J. No. 3554 (QL), qui a annulé une décision du juge Cullity (2002), 61 O.R. (3d) 628, [2002] O.J. No. 3690 (QL). Pourvoi accueilli.

Anita C. Veiga et Leslie M. McIntosh, pour l'appelante.

Al Meghji, Mahmud Jamal et Jacqueline Code, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu
par

LEBEL J. —

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

The issue at the core of this appeal concerns the proper interpretation of “hedging” in s. 1(1) of the *Mining Tax Act*, R.S.O. 1990, c. M.15, in order to determine the scope of the tax base under the Act. Hedging, as it is commonly understood, refers to transactions that offset financial risk inherent in other transactions, such as price risk or foreign exchange risk. In the present case, the Court is called upon to determine whether the definition of “hedging” in the *Mining Tax Act* is informed by, or is narrower than, the commonly understood meaning of the term. Specifically, the Court must decide whether the statutory definition is restricted to transactions that result in the physical delivery of the output of an Ontario mine or includes profits derived from “hedging” programs in respect of mining operations.

Until 1998, the Minister of Finance’s own administrative practice excluded financial transactions from the statutory definition of “hedging” unless those transactions resulted in the delivery of output from an Ontario mine. In 1995 and 1996, Placer Dome Canada Limited (“PDC”) realized gains of \$6,423,000 and \$11,440,000, respectively, from certain financial transactions. Consistent with the Minister’s administrative practice prevailing at the time, it excluded those gains from its computation of profits under the *Mining Tax Act* because no gold had been delivered pursuant to those transactions. By the time PDC was reassessed in 2000, the Minister’s policy had changed. Under the new policy, transactions constitute “hedging” so long as they are entered into prior to the delivery of output and to the extent that the volume of the transactions does not exceed the productive capacity of the Ontario mine. This would mean that certain non-speculative transactions which fix the ultimate

I. Introduction

La question qui est au cœur du présent pourvoi est celle de l’interprétation qui doit être donnée au terme « couverture », figurant au par. 1(1) de la *Loi de l’impôt sur l’exploitation minière*, L.R.O. 1990, ch. M.15, pour déterminer l’étendue de l’assiette fiscale prévue par la Loi. Le terme « couverture » désigne généralement les opérations destinées à compenser l’exposition au risque inhérent à d’autres opérations, tel le risque de prix ou de change. En l’espèce, la Cour est appelée à déterminer si la définition de « couverture » dans la *Loi de l’impôt sur l’exploitation minière* s’inspire de l’acceptation courante de ce terme ou si elle a une portée plus restreinte. Plus précisément, notre Cour doit décider si la définition légale vise uniquement les opérations donnant lieu à la livraison physique de la production d’une mine ontarienne ou si elle comprend également les bénéfices tirés de programmes de « couverture » concernant des activités d’exploitation minière.

Jusqu’en 1998, selon la pratique administrative suivie par le ministre des Finances, les opérations financières n’étaient pas visées par la définition légale du terme « couverture », sauf si elles donnaient lieu à la livraison de la production d’une mine ontarienne. En 1995 et 1996, Placer Dome Canada Limited (« PDC ») a effectué certaines opérations financières qui lui ont permis de réaliser des gains de 6 423 000 \$ et de 11 440 000 \$ respectivement. Conformément à la pratique administrative suivie par le ministre à l’époque, PDC a exclu ces gains du calcul de ses bénéfices sous le régime de la *Loi de l’impôt sur l’exploitation minière* pour le motif que les opérations en cause n’avaient donné lieu à aucune livraison d’or. Au moment où PDC a fait l’objet d’une nouvelle cotisation en 2000, la politique du ministre avait changé. Selon la nouvelle politique, des opérations constituaient des opérations de « couverture » pour autant qu’elles soient conclues avant la livraison de la production et que

1

2

price of mine output would fall within the statutory definition of “hedging”, even if such transactions did not result in the physical delivery of output. Thus, the Minister sought to include the gains in PDC’s profits for the tax years in question. PDC appealed this reassessment. Although PDC was unsuccessful before Cullity J. of the Ontario Superior Court of Justice, a majority of the Court of Appeal for Ontario allowed PDC’s appeal.

le volume de ces opérations ne dépasse pas la capacité de production de la mine ontarienne. Cela signifiait que la définition légale du terme « couverture » s’appliquerait à certaines opérations non spéculatives fixant le prix final de la production de la mine, même si ces opérations n’aboutissaient pas à la livraison physique de cette production. En conséquence, le ministre a cherché à inclure les gains dans les bénéfices de PDC pour les années d’imposition en question. PDC a appelé de cette nouvelle cotisation. Elle n’a pas eu gain de cause devant le juge Cullity de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, mais les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario ont accueilli son appel.

3 I conclude that the definition of “hedging” in the *Mining Tax Act* extends to transactions that do not result in the physical delivery of output from an Ontario mine. This interpretation avoids the redundancy that results, on PDC’s interpretation, between the statutory definitions of “hedging” and “proceeds” of mining operations. Moreover, it ensures that resources are taxed at their “locked in” value or their “realized price”.

Je conclus que la définition de « couverture » figurant dans la *Loi de l’impôt sur l’exploitation minière* vise les opérations qui ne donnent pas lieu à la livraison physique de la production d’une mine ontarienne. Cette interprétation permet d’éviter la redondance que l’interprétation préconisée par PDC crée entre les définitions des termes « couverture » et « recettes » provenant d’activités d’exploitation minière. De plus, elle garantit que les ressources seront imposées en fonction de leur valeur « arrêtée » ou de leur « prix de réalisation ».

II. Background

II. Contexte

4 PDC is a wholly owned subsidiary of Placer Dome International (“PDI”). PDI has approximately 50 direct and indirect subsidiaries around the world and, together with those subsidiaries, is engaged in the international exploration, production and sale of gold. In 1995 and 1996, PDC, or a predecessor prior to an amalgamation, operated three mines in Ontario: the Campbell Red Lake underground mine, the Detour Lake mine and the Dome mine. It also operated the Sigma gold mine in Quebec and the Endako molybdenum mine in British Columbia, and owned all the shares of a corporation that operated the Kiena gold mine in Quebec.

PDC est une filiale en propriété exclusive de Placer Dome International (« PDI »). PDI compte, dans le monde, environ 50 filiales directes et indirectes avec lesquelles elle exerce des activités d’exploration de gisements aurifères ainsi que de production et de vente d’or à l’échelle internationale. En 1995 et en 1996, PDC, ou une société qu’elle a remplacée à la suite d’une fusion, exploitait trois mines en Ontario : la mine souterraine de Campbell Red Lake, la mine de Detour Lake et la mine Dome. Elle exploitait également la mine d’or Sigma au Québec et la mine de molybdène Endako en Colombie-Britannique, en plus de détenir la totalité des actions d’une société exploitant la mine d’or Kiena au Québec.

5 It is not disputed by the parties that all the gold produced by PDC in 1995 and 1996 was sold to bullion dealers at, or approximately at, the spot market

Les parties ne contestent pas que tout l’or produit par PDC en 1995 et en 1996 a été vendu à des courtiers en lingots d’or au prix du marché au

price and that none of the gold produced was the subject of a forward sale or a futures contract. At issue in the present case is a series of transactions entered into by PDI on PDC's behalf as part of a comprehensive program designed to manage the risk associated with fluctuations in the spot price of gold. Those transactions included forward contracts, spot deferred contracts, fixed interest floating lease rate contracts, put options and call options. It is common ground that none of these transactions were settled by physical delivery of gold from any of PDC's Ontario mines.

On December 21, 1993, PDC entered into an agency agreement with PDI whereby PDI was designated PDC's exclusive agent for the purpose of conducting hedging activity. In 1995 and 1996, pursuant to that agreement, PDI carried out hedging transactions on PDC's behalf in order to protect the PDI Group from fluctuations in the spot price of gold. Under the terms of the agreement, PDI took instruction from PDC as to the amounts of precious metals to be hedged, but was otherwise free to conduct hedging activity on PDC's behalf at its discretion. On or shortly after entering into these transactions, PDI allocated them to PDC. In its internal bookkeeping and financial statements and in computing its income from gold production for the purpose of claiming a resource allowance in its corporate tax returns, PDC, in turn, allocated the transactions among its Canadian mines on the basis of proportionate production from each mine. The gold that was so allocated was less than the actual production from the mines. The total net gains that PDC realized from these transactions were \$6,423,000 in 1995 and \$11,440,000 in 1996.

III. Legislative Framework and Application of the Law

The present appeal concerns only a very specific and limited part of the taxation regime of the mining industry in Canada. Over the years, this industry has seen the rise and fall of a number of

comptant ou à un prix s'en approchant et qu'aucune partie de l'or produit n'a fait l'objet d'une vente à terme ou d'un contrat à terme. Le présent litige porte sur une série d'opérations que PDI a conclues pour le compte de PDC dans le cadre d'un vaste programme destiné à gérer le risque lié aux fluctuations du prix au comptant de l'or. Ces opérations comprenaient des contrats à terme de gré à gré, des contrats à livraison différée, des contrats de vente à taux d'intérêt variable fixé à l'échéance, des options de vente et des options d'achat. Il est acquis qu'aucune de ces opérations ne s'est dénouée par une livraison physique d'or provenant de l'une des mines ontariennes de PDC.

Le 21 décembre 1993, PDC a, par convention, confié à PDI, sa société mère, le mandat exclusif d'effectuer des opérations de couverture. En 1995 et en 1996, PDI a, conformément à cette convention, effectué pour le compte de PDC des opérations de couverture visant à protéger le groupe PDI contre les fluctuations du prix au comptant de l'or. Aux termes de la convention, PDI recevait des directives de PDC au sujet des quantités de métaux précieux devant faire l'objet d'une opération de couverture, mais elle restait par ailleurs libre d'effectuer à son gré des opérations de couverture au nom de PDC. PDI attribuait ces opérations à PDC au moment où elle les effectuait ou peu de temps après les avoir effectuées. Dans sa comptabilité interne et ses états financiers, de même qu'en calculant le revenu tiré de sa production d'or pour demander une déduction relative aux ressources dans ses déclarations de revenus, PDC attribuait à son tour les opérations à ses différentes mines canadiennes proportionnellement à leur taux de production. La quantité d'or ainsi attribuée demeurait inférieure à la production réelle de ces mines. Les gains nets que PDC a tirés de ces opérations s'élevaient à 6 423 000 \$ en 1995 et à 11 440 000 \$ en 1996.

III. Cadre législatif et application de la Loi

Le présent pourvoi ne porte que sur une partie très précise et limitée du régime fiscal de l'industrie minière canadienne. Au fil des ans, cette industrie a vu naître et disparaître un certain nombre de

6

7

rules and policies designed to address its particular needs and difficulties. Many of them will be found, for example, in the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), more particularly in provisions about the deductibility of Crown royalties or mining taxes and, for a long time, about depletion allowances.

8 Under s. 3(1) of the *Mining Tax Act*, mine operators pay tax based on profit. Profit is defined in s. 3(5) as proceeds less allowable deductions, and “proceeds” is defined in s. 1(1) as follows:

“proceeds” means the total consideration that is received or is receivable from another person or persons, in any currency, whether in cash or non-cash form, from the output of the mine, including all by-products sold, or the amount determined in the prescribed manner, and all consideration received or receivable from hedging and future sales or forward sales of the output of the mine, converted at the date of receipt of the consideration to the equivalent in Canadian funds, if receivable in funds of another country;

Thus, this definition includes three components: (a) total consideration from the output of the mine; (b) all consideration from hedging; and (c) all consideration from future or forward sales of the output of the mine.

9 “Hedging” is defined in s. 1(1) as follows:

“hedging” means the fixing of a price for output of a mine before delivery by means of a forward sale or a futures contract on a recognized commodity exchange, or the purchase or sale forward of a foreign currency related directly to the proceeds of the output of a mine, but does not include speculative currency hedging except to the extent that the hedging transaction determines the final price and proceeds for the output;

10 It is well established that in resolving doubt about the meaning of a tax provision, the administrative

règles et de politiques portant sur ses difficultés et besoins particuliers. On trouve plusieurs de ces règles et politiques dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), notamment dans les dispositions concernant la déductibilité des redevances à la Couronne ou des impôts miniers et, depuis longtemps, dans celles concernant les déductions pour épuisement.

Aux termes du par. 3(1) de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, l'impôt à payer des exploitants miniers est fonction des bénéfices qu'ils réalisent. Le paragraphe 3(5) définit les bénéfices comme étant les recettes moins les montants déductibles et le par. 1(1) donne la définition suivante du terme « recettes » :

« recettes » La contrepartie totale reçue ou recevable d'une ou de plusieurs autres personnes, en toutes devises, que ce soit en espèces ou sous une autre forme, provenant de la production de la mine, y compris les dérivés vendus, ou le montant déterminé de la manière prescrite, ainsi que toute contrepartie reçue ou recevable à la suite d'opérations de couverture et de ventes à terme de la production de la mine, convertie à la date de la réception de la contrepartie en l'équivalent en monnaie canadienne, si elle est recevable en monnaie d'un autre pays.

Cette définition comporte donc trois éléments : a) la contrepartie totale provenant de la production de la mine; b) toute contrepartie provenant d'opérations de couverture; c) toute contrepartie provenant de ventes à terme de la production de la mine.

Le terme « couverture » est défini ainsi au par. 1(1) :

« couverture » La fixation d'un prix pour la production d'une mine, avant livraison, au moyen d'une vente à terme ou d'un contrat à terme sur le parquet d'une Bourse de commerce reconnue, ou l'achat ou la vente à terme de devises étrangères reliées directement aux recettes tirées de la production d'une mine. La présente définition exclut toutefois la couverture du risque de change, sauf dans la mesure où l'opération de couverture détermine le prix final de la production et les recettes qui en sont tirées.

Il est bien établi qu'en cas de doute sur le sens d'une disposition fiscale la pratique administrative

practice and interpretation adopted by the Minister, while not determinative, are important factors to be weighed: see *Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851, at p. 859, *per* de Grandpré J.; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, [2000] 1 S.C.R. 915, 2000 SCC 36, at para. 66, *per* Binnie J. (dissenting, but not on this point). Prior to 1998, the Minister took the position that a hedging transaction only fell within the statutory definition if it was settled by physical delivery of the mining operator's output. In October 1998, the Minister's policy changed. Under the new policy, transactions that did not result in physical delivery would be caught by the statutory definition so long as they were entered into prior to the delivery of output and to the extent that the quantities of the commodity hedged did not exceed the operator's output for the taxation year in question.

There is no dispute that at the time PDC filed its mining tax returns for the years in question, it did so in conformity with the administrative practice prevailing at the time. However, by the time that PDC's returns were reassessed in 2000, the policy had changed. While PDC emphasizes that its returns were consistent with the Minister's own practice at the time they were filed and argues that the former policy is entitled to substantial weight in interpreting the *Mining Tax Act*, the Minister submits that it is not estopped from changing its practice having decided that its original interpretation was incorrect.

The Minister argues that PDC's interpretation and, indeed, its own interpretation under the former administrative practice, result in a substantial redundancy between the statutory definitions of "hedging" and "proceeds". In the Minister's view, "hedging" encompasses transactions that do not culminate in delivery of output so long as there is a sufficient nexus between the output of the mine and the hedging contract.

PDC responds that the definition of "hedging" in the *Mining Tax Act* is limited to transactions that

et l'interprétation adoptées par le ministre ont un certain poids, bien qu'elles ne soient pas des sources concluantes : voir *Harel c. Sous-ministre du revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851, p. 859, le juge de Grandpré; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 915, 2000 CSC 36, par. 66, le juge Binnie (dissident mais non sur ce point). Avant 1998, le ministre estimait qu'une opération de couverture n'était visée par la définition légale que si elle se dénouait par une livraison physique de la production de l'exploitant minier. En octobre 1998, la politique du ministre a changé. Désormais, les opérations n'aboutissant pas à une livraison physique seraient comprises dans la définition légale pour autant qu'elles aient été conclues avant la livraison de la production et que les quantités de matière faisant l'objet d'une opération de couverture n'excèdent pas la production de l'exploitant pour l'année d'imposition en cause.

Personne ne conteste qu'au moment où PDC a produit ses déclarations de revenus tirés de l'exploitation minière pour les années en question, elle l'a fait conformément à la pratique administrative alors en vigueur. Toutefois, lorsque les déclarations de PDC ont fait l'objet de nouvelles cotisations en 2000, cette politique avait changé. PDC souligne que ses déclarations étaient conformes à la pratique du ministre au moment de leur production, et elle ajoute qu'il faut accorder une grande importance à l'ancienne politique en interprétant la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*. Le ministre, quant à lui, fait valoir qu'il n'était pas préclus de modifier sa pratique après avoir décidé que sa première interprétation était incorrecte.

Le ministre prétend que l'interprétation de PDC et, en fait, l'interprétation qu'il préconisait lui-même dans son ancienne pratique administrative, créent une forte redondance entre les définitions légales des termes « couverture » et « recettes ». Selon lui, le terme « couverture » vise les opérations n'aboutissant pas à la livraison de la production pourvu qu'il existe un lien suffisant entre la production de la mine et le contrat de couverture.

PDC répond que la définition du terme « couverture » dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation*

11

12

13

result in the physical delivery of the output of an Ontario mine. Any redundancy in the *Mining Tax Act*, it submits, cannot displace the clear words of that provision.

IV. Judicial History

A. *Superior Court of Justice* (2002), 61 O.R. (3d) 628

14 Cullity J. dismissed PDC's appeal from the confirmation of the assessments by the Minister. He relied in part on the principles outlined in *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada*, [1992] 3 F.C. 707 (T.D.), about the general purpose, characteristics and methods of hedging and held that those principles should inform the meaning of the definition of "hedging" in the *Mining Tax Act*. In his view, the terms of the statutory definition make it clear that there must be a nexus, or "some link", between the output of a mine and the financial transaction, but restricting that definition to transactions that culminate in the delivery of the output of the mine would introduce a significant redundancy into the Act. Specifically, if hedging "by means of a forward sale" were restricted to sales that are settled by delivery of output, then that part of the statutory definition would be deprived of any meaning that is not already covered by the inclusion in the definition of "proceeds" of the "total consideration . . . from the output of the mine".

15 The trial judge stated that whether or not there is a sufficient link between a hedging transaction and output is a question of fact. In light of a number of factors, including: (a) the underlying purpose of the transactions; (b) the existence and terms of the agency agreement between PDI and PDC; (c) the allocation of the transactions to PDC pursuant to that agreement; and (d) PDC's treatment of the gains and losses for the purpose of its internal accounting and corporate tax returns, Cullity J. concluded that the transactions were related to the output of PDC's mines. He observed

minière ne vise que les opérations aboutissant à la livraison physique de la production d'une mine ontarienne. Toute redondance dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, soutient-elle, ne saurait primer le texte clair de la disposition.

IV. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice* (2002), 61 O.R. (3d) 628

Le juge Cullity a rejeté l'appel de PDC contre la ratification des cotisations par le ministre. Il s'est appuyé en partie sur les principes exposés dans la décision *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada*, [1992] 3 C.F. 707 (1^{re} inst.), concernant l'objectif général, les caractéristiques et la forme des opérations de couverture, et il a conclu que ces principes devaient servir à préciser le sens de la définition du terme « couverture » figurant dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*. À son avis, le texte de la définition légale montre clairement qu'il doit exister un lien entre la production de la mine et l'opération financière, mais considérer que cette définition ne vise que les opérations aboutissant à la livraison de la production de la mine créerait une forte redondance dans la Loi. Plus précisément si la couverture « au moyen d'une vente à terme » était limitée aux ventes se dénouant par une livraison de la production, cette partie de la définition légale n'ajouterait rien de plus à ce que signifie déjà l'expression « contrepartie totale [. . .] provenant de la production de la mine » qui est incluse dans la définition du terme « recettes ».

Le juge de première instance a affirmé que la détermination de l'existence d'un lien suffisant entre une opération de couverture et la production constitue une question de fait. Compte tenu d'un certain nombre de facteurs, dont a) l'objectif qui sous-tend les opérations, b) l'existence et les modalités d'une convention de mandat entre PDI et PDC, c) l'attribution des opérations à PDC conformément à cette convention, et d) la façon dont PDC traite les gains et les pertes pour les besoins de sa comptabilité interne et de ses déclarations de revenus, le juge Cullity a conclu que les

that any other conclusion would not have been reasonable or realistic in the circumstances.

B. *Court of Appeal for Ontario* (2004), 190 O.A.C. 157

Writing for the majority, Armstrong J.A. allowed PDC's appeal. In his view, the definition of "hedging" in the *Mining Tax Act* was clear, unambiguous and precise, and was restricted to contracts that were settled by physical delivery of gold from an Ontario mine. Applying this interpretation, two findings of fact made by the trial judge were determinative: (a) all gold produced by PDC's Ontario mines was sold to bullion dealers at approximately the spot market price; and (b) none of the gold was the subject of a forward sales contract. In light of those facts, Armstrong J.A. found it impossible to conclude that the transactions could be said to fix the price for output of the Ontario mines. The principles articulated in *Echo Bay Mines* were inapplicable as that case involved the interpretation of a different statute, one in which no statutory definition for hedging was provided. Moreover, in applying expert evidence adduced in *Echo Bay Mines* to fill a perceived deficiency in the record before him, Armstrong J.A. considered that Cullity J. had run afoul of the rule against judicial innovation articulated by this Court in *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62, at para. 38.

Armstrong J.A. concluded that there was no fatal redundancy in the Act because there could be future sales or forward sales contracts relating to the output of the mine that are not caught by the definition of "hedging" in the Act, "either because they do not take place on a recognized commodity exchange or for some other reason" (para. 40). In the alternative, he held that any such redundancy could not displace the plain meaning of the provisions at issue. He was reinforced in his conclusion by the

opérations étaient liées à la production des mines de PDC. Il a d'ailleurs fait remarquer que toute autre conclusion n'aurait été ni raisonnable ni réaliste dans les circonstances.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2004), 190 O.A.C. 157

S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Armstrong a accueilli l'appel de PDC. Il a estimé que la définition du terme « couverture » dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* était claire, précise et sans ambiguïté, et qu'elle ne visait que les contrats se dénouant par une livraison physique d'or provenant d'une mine ontarienne. Selon cette interprétation, deux conclusions de fait du juge de première instance étaient déterminantes : a) toute la production d'or des mines ontariennes de PDC a été vendue à des courtiers en lingots d'or à un prix s'approchant de celui du marché au comptant; b) aucune partie de l'or produit n'a fait l'objet d'un contrat de vente à terme. À la lumière de ces faits, le juge Armstrong a décidé qu'il était impossible d'affirmer que ces opérations avaient fixé le prix de la production des mines ontariennes. Les principes énoncés dans la décision *Echo Bay Mines* ne s'appliquaient pas parce que celle-ci portait sur l'interprétation d'une autre loi ne donnant aucune définition du terme « couverture ». De plus, utilisant la preuve d'expert présentée dans l'affaire *Echo Bay Mines* pour combler une lacune qu'il percevait dans le dossier dont il était saisi, le juge Armstrong a considéré que le juge Cullity avait dérogé aux principes déconseillant l'innovation judiciaire que notre Cour a établis dans l'arrêt *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62, par. 38.

Le juge Armstrong a conclu à l'absence de redondance fatale dans la Loi étant donné que la production d'une mine pouvait faire l'objet de contrats à terme ou de ventes à terme non visés par la définition du terme « couverture » figurant dans la Loi, [TRADUCTION] « soit parce qu'ils ne sont pas conclus sur le parquet d'une Bourse de commerce reconnue soit pour une autre raison » (par. 40). À titre subsidiaire, il a ajouté que toute redondance de cette nature ne pouvait pas

observation that, while consideration is inherently a gross concept, gains and losses from hedging transactions are necessarily computed as net values. Including a net amount within the computation of consideration would distort fundamental concepts of accounting. He also opined that the Minister's administrative practice was entitled to be given some weight based on the principles articulated in *Harel* and *Will-Kare Paving*. He noted that the burden for proving that the *Mining Tax Act* imposes a tax on net gains from the transactions rests with the Minister, relying on Gonthier J.'s statement in *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, for that purpose. If mistaken in the view that the statutory definition of "hedging" was unambiguous, Armstrong J.A. would have resolved any reasonable doubt in favour of the taxpayer in accordance with the residual presumption.

supplanter le sens ordinaire des dispositions en cause. Sa conclusion était étayée par la remarque selon laquelle la contrepartie est forcément une valeur brute alors que les gains et les pertes résultant d'opérations de couverture sont nécessairement des valeurs nettes. L'inclusion d'un montant net dans le calcul de la contrepartie fausserait les principes comptables fondamentaux. Il estimait également que, compte tenu des principes énoncés dans les arrêts *Harel* et *Will-Kare Paving*, la pratique administrative du ministre avait un certain poids. S'appuyant sur les motifs du juge Gonthier dans l'arrêt *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, il a souligné qu'il incombe au ministre d'établir que la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* impose une taxe sur les gains nets tirés de ces opérations. Le juge Armstrong était d'avis que, s'il avait tort de considérer que la définition légale du terme « couverture » n'est pas ambiguë, tout doute raisonnable devrait profiter aux contribuables conformément à la présomption résiduelle en faveur de ceux-ci.

18

Gillease J.A. would have dismissed PDC's appeal. In her view, the statutory definition is ambiguous in that it admits of two reasonable interpretations. The "narrow" interpretation, which was reflected in the Minister's former administrative practice, restricts "hedging" to contracts, the subject matter of which is the output of a mine. The "broad" interpretation, reflected in the Minister's new administrative practice (and the Minister's position in the present case), encompasses contracts which have as their subject matter something other than the output of a mine, but which can nevertheless be said to fix the price for the output of a mine. In her view, the narrow interpretation results in a serious redundancy between the second and third elements of the statutory definition of "proceeds", that is, "hedging" and "forward sales of the output of the mine", respectively. She concluded that the broad interpretation is preferable and that the statutory definition refers to contracts with a subject matter other than the output of a mine so long as those contracts are: (a) formed prior to delivery of

La juge Gillease aurait rejeté l'appel de PDC. Selon elle, la définition légale est ambiguë du fait qu'elle peut recevoir deux interprétations raisonnables. Suivant l'interprétation « restrictive », que reflétait l'ancienne pratique administrative du ministre, la « couverture » est limitée aux contrats portant sur la production d'une mine. L'interprétation « large » représentée par la nouvelle pratique administrative du ministre (et la position qu'il défend en l'espèce) vise les contrats qui portent sur autre chose que la production d'une mine, mais dont on peut néanmoins dire qu'ils fixent le prix de la production d'une mine. La juge Gillease estimait que l'interprétation restrictive créait une forte redondance entre les deuxième et troisième éléments de la définition légale du terme « recettes », c'est-à-dire les éléments « opérations de couverture » et « ventes à terme de la production de la mine » respectivement. Elle a conclu que l'interprétation large est préférable et que la définition légale vise les contrats portant sur autre chose que la production d'une mine pour autant que ces contrats soient a) conclus avant la livraison de la production, b) sur le

output; (b) on a recognized commodity exchange; and (c) the means by which the price for the output of an Ontario mine is fixed.

In addressing the subsidiary arguments, Gillese J.A. concluded that the Minister was not estopped from changing his administrative practice and, if anything, the change in administrative practice supported the view that the statutory definition is ambiguous. She noted that hedging is necessarily a net concept and that, as a result, “consideration from hedging” has to be a net concept in the circumstances. On the question of whether options could properly be considered forward sales contracts, she noted that the characterization by the trial judge of the transactions is a mixed question of law and fact and, as such, is entitled to some deference.

V. Analysis

A. *The Issue*

As I have noted, the central issue in this case concerns the computation of profits for the purpose of the *Mining Tax Act*. Specifically, the issue is whether the statutory definition of “hedging” encompasses financial transactions that are not settled by physical delivery of the output of an Ontario mine. I will first address the principles of statutory interpretation applicable to taxation statutes. Next, I will briefly review the nature and mechanisms of hedging, as that term is used under generally accepted accounting principles (“GAAP”). Finally, I will turn to an analysis of the statutory provision at issue in this appeal.

B. *Interpretation of Tax Statutes*

(1) General Principles

In *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, this Court rejected the strict approach to the construction of taxation statutes and held that

parquet d’une Bourse de commerce reconnue, et c) qu’ils servent à fixer le prix de la production d’une mine ontarienne.

Quant aux arguments subsidiaires, la juge Gillese a décidé que le ministre n’était pas préclus de modifier sa pratique administrative et qu’en réalité la modification de la pratique administrative tendait à confirmer l’ambiguïté de la définition légale. Elle a fait remarquer que, dans les opérations de couverture, il est nécessairement question de valeur nette et que, par conséquent, la « contrepartie provenant d’une opération de couverture » doit être une valeur nette dans ces circonstances. Quant à savoir si les options pouvaient être considérées à juste titre comme des contrats de vente à terme, elle a souligné que la qualification des opérations par le juge de première instance constitue une question mixte de droit et de fait et que, pour cette raison, elle commande une certaine déférence.

V. Analyse

A. *La question en litige*

Comme je l’ai déjà indiqué, la question du calcul des bénéfices pour l’application de la *Loi de l’impôt sur l’exploitation minière* se situe au cœur du présent pourvoi. Il s’agit plus précisément de déterminer si la définition légale du terme « couverture » vise les opérations financières ne se dénouant pas par une livraison physique de la production d’une mine ontarienne. Je vais d’abord examiner les principes d’interprétation des lois fiscales. Ensuite, j’étudierai brièvement la nature et les mécanismes de la couverture au sens dans lequel ce terme est utilisé dans les principes comptables généralement reconnus (« PCGR »). Enfin, je procéderai à l’analyse de la disposition législative en cause dans le présent pourvoi.

B. *Interprétation des lois fiscales*

(1) Principes généraux

Dans l’arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, notre Cour a rejeté l’approche restrictive en matière d’interprétation des

19

20

21

the modern approach applies to taxation statutes no less than it does to other statutes. That is, “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (p. 578): see *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. However, because of the degree of precision and detail characteristic of many tax provisions, a greater emphasis has often been placed on textual interpretation where taxation statutes are concerned: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54, at para. 11. Taxpayers are entitled to rely on the clear meaning of taxation provisions in structuring their affairs. Where the words of a statute are precise and unequivocal, those words will play a dominant role in the interpretive process.

lois fiscales et a statué que la méthode d’interprétation moderne s’applique autant à ces lois qu’aux autres lois. En d’autres termes, « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (p. 578) : voir l’arrêt *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. Toutefois, le caractère détaillé et précis de nombreuses dispositions fiscales a souvent incité à mettre davantage l’accent sur l’interprétation textuelle : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54, par. 11. Les contribuables ont le droit de s’en remettre au sens clair des dispositions fiscales pour organiser leurs affaires. Lorsqu’il est précis et non équivoque, le texte d’une loi joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation.

22

On the other hand, where the words of a statute give rise to more than one reasonable interpretation, the ordinary meaning of words will play a lesser role, and greater recourse to the context and purpose of the Act may be necessary: *Canada Trustco*, at para. 10. Moreover, as McLachlin C.J. noted at para. 47, “[e]ven where the meaning of particular provisions may not appear to be ambiguous at first glance, statutory context and purpose may reveal or resolve latent ambiguities.” The Chief Justice went on to explain that in order to resolve explicit and latent ambiguities in taxation legislation, “the courts must undertake a unified textual, contextual and purposive approach to statutory interpretation”.

Par contre, lorsque le texte d’une loi peut recevoir plus d’une interprétation raisonnable, le sens ordinaire des mots joue un rôle moins important et il peut devenir nécessaire de se référer davantage au contexte et à l’objet de la Loi : *Trustco Canada*, par. 10. De plus, comme la juge en chef McLachlin l’a fait remarquer au par. 47, « [m]ême lorsque le sens de certaines dispositions peut paraître non ambigu à première vue, le contexte et l’objet de la loi peuvent révéler ou dissiper des ambiguïtés latentes. » La Juge en chef a ensuite expliqué que, pour dissiper les ambiguïtés explicites ou latentes d’une mesure législative fiscale, « les tribunaux doivent adopter une méthode d’interprétation législative textuelle, contextuelle et téléologique unifiée ».

23

The interpretive approach is thus informed by the level of precision and clarity with which a taxing provision is drafted. Where such a provision admits of no ambiguity in its meaning or in its application to the facts, it must simply be applied. Reference to the purpose of the provision “cannot be used to create an unexpressed exception to clear language”: see P. W. Hogg, J. E. Magee and J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (5th ed. 2005), at p. 569; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622. Where, as in this case, the provision admits of more than one reasonable interpretation, greater emphasis must be placed on the context, scheme

Le degré de précision et de clarté du libellé d’une disposition fiscale influe donc sur la méthode d’interprétation. Lorsque le sens d’une telle disposition ou son application aux faits ne présente aucune ambiguïté, il suffit de l’appliquer. La mention de l’objet de la disposition [TRADUCTION] « ne peut pas servir à créer une exception tacite à ce qui est clairement prescrit » : voir P. W. Hogg, J. E. Magee et J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (5^e éd. 2005), p. 569; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622. Lorsque, comme en l’espèce, la disposition peut recevoir plus d’une interprétation raisonnable, il faut accorder plus

and purpose of the Act. Thus, legislative purpose may not be used to supplant clear statutory language, but to arrive at the most plausible interpretation of an ambiguous statutory provision.

Although there is a residual presumption in favour of the taxpayer, it is residual only and applies in the exceptional case where application of the ordinary principles of interpretation does not resolve the issue: *Notre-Dame de Bon-Secours*, at p. 19. Any doubt about the meaning of a taxation statute must be reasonable, and no recourse to the presumption lies unless the usual rules of interpretation have been applied, to no avail, in an attempt to discern the meaning of the provision at issue. In my view, the residual presumption does not assist PDC in the present case because the ambiguity in the *Mining Tax Act* can be resolved through the application of the ordinary principles of statutory interpretation. I will say more on this below.

(2) The Burden of Proof

The parties disagree on who bears the burden of proof in this case. The burden of proof under the *Mining Tax Act* is set out in s. 8(7). That section referentially incorporates s. 80(18) of the *Corporations Tax Act*, R.S.O. 1990, c. C.40, which provides that

[a]n assessment, subject to being varied or vacated on an objection or appeal and subject to a reassessment, shall be deemed to be valid and binding despite any error, defect or omission therein or in any proceeding under this Act relating thereto.

Thus, the taxpayer bears the burden of establishing that the factual findings upon which the Minister based the assessment are wrong. This is the same burden that applies under the *Income Tax Act*, s. 152(8): see V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (8th ed. 2004), at p. 35; *Johnston v. M.N.R.*, [1948] S.C.R. 486.

d'importance au contexte, à l'économie et à l'objet de la loi en question. Par conséquent, l'objet d'une loi peut servir non pas à mettre de côté le texte clair d'une disposition, mais à donner l'interprétation la plus plausible à une disposition ambiguë.

Bien qu'il existe une présomption résiduelle en faveur du contribuable, elle demeure seulement résiduelle et ne s'applique donc que dans le cas exceptionnel où les principes d'interprétation ordinaires ne permettent pas de régler la question en litige : *Notre-Dame de Bon-Secours*, p. 19. Tout doute concernant le sens d'une loi fiscale doit être raisonnable et la présomption ne peut être invoquée que si l'application des règles d'interprétation habituelles n'a pas permis de déterminer le sens de la disposition en cause. J'estime qu'en l'espèce la présomption résiduelle n'est d'aucune utilité à PDC puisque l'application des règles ordinaires d'interprétation législative permet de dissiper l'ambiguïté de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*. Je reviendrai sur cette question plus loin.

(2) Le fardeau de la preuve

Les parties ne s'entendent pas sur la question de l'attribution du fardeau de la preuve en l'espèce. Le fardeau de la preuve que dicte la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* est décrit au par. 8(7). Ce paragraphe incorpore par renvoi le par. 80(18) de la *Loi sur l'imposition des corporations*, L.R.O. 1990, ch. C.40 (devenue la *Loi sur l'imposition des sociétés*), qui prévoit que

[s]ous réserve des modifications qui y sont apportées ou d'une annulation prononcée à la suite d'une opposition ou d'un appel et sous réserve d'une nouvelle cotisation, la cotisation est réputée valide et lie les parties malgré toute erreur, tout vice de forme ou toute omission dans cette cotisation ou dans toute instance à ce sujet introduite aux termes de la présente loi.

Il incombe donc au contribuable d'établir que les conclusions de fait sur lesquelles le ministre s'est fondé pour établir la cotisation sont erronées. Ce fardeau de la preuve est identique à celui qui s'applique en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, par. 152(8) : voir V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (8^e éd. 2004), p. 35; *Johnston c. M.N.R.*, [1948] R.C.S. 486.

24

25

26

PDC and the majority of the Court of Appeal, cite *Notre-Dame de Bon-Secours* for the proposition that the party claiming the benefit of a legislative provision has the burden of showing that he or she is entitled to rely on it. Specifically, at p. 15, Gonthier J. held:

The burden of proof thus rests with the tax department in the case of a provision imposing a tax obligation and with the taxpayer in the case of a provision creating a tax exemption.

Gonthier J.'s statement in *Notre-Dame de Bon-Secours* was *obiter dicta*, made in the context of explaining the traditional rule that tax legislation must be strictly construed. His point was simply that the residual presumption in favour of the taxpayer, which follows from the strict construction rule, was distinct from the concept of burden of proof. The burden of proof was not at issue in the case before him, and Gonthier J.'s comment was made in passing, without reference to the leading case law establishing the burden of proof in tax cases. The fundamental rules on the allocation of evidentiary burden in this matter remain valid. I cannot accept that, with this statement, he intended to overrule an established body of jurisprudence. The taxpayer bears the burden of displacing the Minister's factual assumptions, but the concept of burden of proof is not applicable to the interpretation of a statute, which is necessarily a question of law: *Johnston*.

27

Before moving on from this point, I wish to address the similar observation made in the context of explaining the analytical approach to the general anti-avoidance rule ("GAAR") in *Canada Trustco*, at paras. 64-65. In that case, the Court noted that, as a practical matter, the taxpayer was not required to disprove that he or she had violated the object, spirit or purpose of the provision. Rather, the Minister, who is in a better position than the taxpayer to make submissions as to the legislative intent behind particular taxation provisions, was obliged to identify the purpose of the provisions and to show how that purpose would be frustrated or defeated by the taxpayer's arrangements.

PDC et les juges majoritaires de la Cour d'appel citent l'arrêt *Notre-Dame de Bon-Secours* à l'appui de la thèse selon laquelle il appartient à la partie qui invoque une disposition législative de démontrer qu'elle peut s'en prévaloir. Plus particulièrement, le juge Gonthier conclut, à la p. 15 :

Le fardeau de preuve repose donc sur le fisc lorsqu'on est en présence d'une disposition qui impose une charge fiscale et sur le contribuable dans le cas d'une disposition qui porte exemption de taxe.

Il s'agissait là d'une remarque incidente que le juge Gonthier a formulée en expliquant la règle traditionnelle selon laquelle une mesure législative fiscale doit recevoir une interprétation stricte. Il voulait simplement dire que la présomption résiduelle en faveur du contribuable — qui découle de la règle de l'interprétation stricte — était un concept différent de celui du fardeau de la preuve. Il n'était pas question du fardeau de la preuve dans l'affaire dont le juge Gonthier était saisi et celui-ci a fait sa remarque de manière incidente sans mentionner les arrêts de principe sur le fardeau de la preuve en matière fiscale. Les règles fondamentales de l'attribution du fardeau de la preuve dans ce domaine demeurent valides. Je ne puis admettre qu'en faisant cette remarque le juge Gonthier a voulu renverser la jurisprudence établie. Il appartient au contribuable de réfuter les présomptions de fait du ministre, mais le concept du fardeau de la preuve ne s'applique pas à l'interprétation d'une loi, qui constitue nécessairement une question de droit : *Johnston*.

Avant de passer à un autre point, je tiens à examiner l'observation similaire que la Cour a formulée, aux par. 64 et 65 de l'arrêt *Trustco Canada*, en expliquant la méthode analytique applicable à la règle générale anti-évitement (« RGAÉ »). Dans cette affaire, la Cour a fait remarquer qu'en pratique le contribuable n'était pas tenu de prouver qu'il n'avait pas contrevenu à l'objet ou à l'esprit de la disposition en cause. Il appartenait plutôt au ministre — qui se trouve mieux placé que le contribuable pour présenter des observations sur l'intention du législateur qui sous-tend certaines dispositions fiscales — de décrire l'objet des dispositions et de démontrer de quelle façon les mesures du contribuable contrecarreraient cet objet.

The statement in *Canada Trustco* is distinguishable in that it applies in cases where the taxpayer has complied with the letter of the law, and where the Minister seeks to rely on GAAR to nevertheless disallow the taxpayer's claim on the basis that it is inconsistent with the object and spirit of the provision in question. It would be both impractical and unduly onerous to require a taxpayer whose transaction falls within the four corners of a tax provision to also disprove that he or she has violated the object, spirit or purpose of the provision. The same line of reasoning does not apply in the present case where the meaning of the provision is ambiguous. In a case such as the present one, the meaning of the relevant provision is a question of law, and there is no onus on either party in respect of it — the duty to ascertain the correct interpretation lies with the court.

C. Hedging

In order to give some context to the discussion of the statutory definition of “hedging”, I will begin with a brief overview of hedging, as it is commonly understood under GAAP. The transactions at issue in the present case are financial derivatives. Generally speaking, financial derivatives are contracts whose value is based on the value of an underlying asset, reference rate, or index. As Professors Grottenthaler and Henderson explain, there are essentially two reasons for entering into such a contract — to speculate on the movement of the underlying asset, reference rate or index, or to hedge exposure to a particular financial risk such as the risk posed by volatility in the prices of commodities: see M. E. Grottenthaler and P. J. Henderson, *The Law of Financial Derivatives in Canada* (loose-leaf), at p. 1-8. This distinction between speculation and hedging is an important one. A transaction is a hedge where the party to it genuinely has assets or liabilities exposed to market fluctuations, while speculation is “the degree to which a hedger engages in derivatives transactions with a notional value in excess of its actual risk exposure”: see B. W. Kraus, “The Use and Regulation of Derivative Financial Products in Canada” (1999), 9 *W.R.L.S.I.* 31, at p. 38. Because the gold that was allocated to the transactions at issue in the present

L'énoncé de l'arrêt *Trustco Canada* peut être distingué, car il ne vise que les cas où le contribuable a respecté la lettre de la loi et où le ministre cherche à invoquer la RGAÉ pour néanmoins rejeter la demande du contribuable pour cause d'incompatibilité avec l'objet et l'esprit de la disposition en cause. Il serait à la fois irréaliste et trop lourd d'obliger un contribuable, dont l'opération respecte en tous points une disposition fiscale, à prouver en outre qu'il n'a pas contrevenu à l'objet ou à l'esprit de cette disposition. Le même raisonnement ne s'applique pas dans le cas qui nous occupe où le sens de la disposition en cause est ambigu. Dans un cas comme la présente affaire, le sens de la disposition applicable reste une question de droit et aucune des parties n'assume un fardeau quelconque à l'égard de cette question — il appartient à la cour de déterminer la bonne interprétation.

C. Couverture

Afin de situer dans son contexte l'analyse de la définition légale du terme « couverture », je vais d'abord donner un bref aperçu de ce qu'est la couverture au sens qu'on lui donne généralement dans les PCGR. Les opérations en cause dans la présente affaire sont des instruments financiers dérivés. De façon générale, les instruments financiers dérivés sont des contrats dont la valeur devient fonction de celle d'un actif, d'un taux de référence ou d'un indice qui lui est sous-jacent. Comme l'expliquent les professeurs Grottenthaler et Henderson, il y a essentiellement deux raisons de conclure un contrat de cette nature : soit la spéculation sur les fluctuations de la valeur de l'actif, du taux de référence ou de l'indice sous-jacent, soit la volonté de couvrir une position exposée à un risque financier particulier, comme celui que présente la volatilité des prix des marchandises : voir M. E. Grottenthaler et P. J. Henderson, *The Law of Financial Derivatives in Canada* (feuilles mobiles), p. 1-8. Cette distinction entre la spéculation et l'opération de couverture est importante. Il y a opération de couverture lorsque des éléments d'actif ou de passif de la partie qui l'effectue sont véritablement exposés aux fluctuations du marché, alors que la spéculation est [TRADUCTION] « la mesure dans laquelle l'opérateur en couverture effectue des opérations dérivées dont la valeur nominale

case did not exceed the actual production from the respective mines, the transactions were not speculative in the ordinary sense of the term.

excède le risque couru » : voir B. W. Kraus, « The Use and Regulation of Derivative Financial Products in Canada » (1999), 9 *W.R.L.S.I.* 31, p. 38. Étant donné que l'or affecté aux opérations en cause dans la présente affaire n'excédait pas la production réelle des mines respectives, les opérations n'étaient pas spéculatives au sens ordinaire de ce terme.

30 The two basic types of derivative transactions are forward contracts and options: see Grottenthaler and Henderson, at pp. 1-4 *et seq.* A forward contract is a contract that obligates one party to buy, and another party to sell, a specified amount of a particular asset at a specified price, on a given date in the future. The obligation contained in a forward contract is two-sided in that both parties are obligated to perform the contract. By contrast, an option which grants the purchaser upon payment of a premium the right, but not the obligation, to purchase (“call option”) or sell (“put option”) an asset on a specified date is a one-sided obligation. Nevertheless, they both function as hedging tools.

Les deux types fondamentaux d'opérations dérivées sont les contrats à terme de gré à gré et les options : voir Grottenthaler et Henderson, p. 1-4 et suiv. Un contrat à terme de gré à gré est un contrat qui oblige une partie à acheter, et une autre à vendre, une certaine quantité d'éléments d'actif à un prix et à une date fixés d'avance. Ce contrat crée une obligation bilatérale en ce sens que les deux parties sont tenues de l'exécuter. Par contre, l'option crée une obligation unilatérale en ce sens que l'acheteur ayant versé une prime a seulement le droit, et non l'obligation, d'acheter (« option d'achat ») ou de vendre (« option de vente ») un actif à une date déterminée. Les deux sont néanmoins des instruments de couverture.

31 Derivative transactions may be settled in a number of different ways: physical delivery of the underlying asset, cash settlement or offsetting contract. Most derivative contracts, however, are not settled by physical delivery. The most important point about settlement is that, at least for the purposes of GAAP, the way in which a derivative contract functions as a “hedge” is unaffected by the method by which the contract is settled.

Les opérations dérivées peuvent avoir différents dénouements : la livraison physique de l'actif sous-jacent, le règlement en espèces ou la conclusion d'un contrat symétrique. Toutefois, la plupart des contrats dérivés ne se dénouent pas par une livraison physique. Ce qui importe le plus à cet égard, c'est que, tout au moins pour l'application des PCGR, le contrat dérivé demeure un instrument de « couverture » quel qu'en soit le dénouement.

32 An example may be useful at this stage to better illustrate how hedging transactions work and to identify the distinction between hedging and speculation. Assume that on January 1, 2006, the price of gold is \$200/oz. Company A is a gold producer and wishes to hedge its exposure to fluctuating gold prices. On January 21, A enters into a forward sale contract for 100 oz. of gold at \$200/oz. If the price of gold falls, the value of the hedging contract *increases*. Conversely, if the price of gold increases, the value of the contract decreases. It is this characteristic that separates a hedge from a purely speculative transaction. The producer who faces genuine exposure to price fluctuations effectively trades some of the opportunity for gains that would

À ce stade, il peut être utile de donner un exemple pour illustrer le fonctionnement des opérations de couverture et pour comprendre ce qui les différencie de la spéculation. Supposons que, le 1^{er} janvier 2006, le prix de l'once d'or est de 200 \$. La société A est un producteur d'or qui souhaite effectuer une opération de couverture pour se protéger contre les fluctuations du prix de ce métal. Le 21 janvier, la société A conclut un contrat de vente à terme de 100 onces d'or à 200 \$ l'once. Si le prix de l'or chute, la valeur du contrat de couverture *augmente*. À l'inverse, si le prix de l'or augmente, la valeur de ce contrat diminue. C'est ce qui différencie l'opération de couverture d'une opération purement spéculative. Le producteur qui est véritablement exposé à

accompany increasing gold prices for security against decreasing gold prices. This relationship is most visible where derivative transactions are cash settled (as they most commonly are). If, on July 31, the price of gold has fallen to \$100/oz., the contract may be cash settled by a payment of the difference between the strike price (\$20,000) and the spot market price at the time of settlement (\$10,000). Thus, the counterparty to the forward sale contract would issue a cheque to A for \$10,000. The greater the margin by which the price of gold decreases, the greater the profit on the hedging contract.

In *Echo Bay Mines*, the Trial Division of the Federal Court considered the principles of hedging under GAAP. In that case, the taxpayer was a silver producer that had entered into forward sales contracts in order to protect itself against the risk of declining silver prices. When the price of silver fell, the taxpayer realized gains on those contracts by closing them out or rolling them over. None of the contracts resulted in the delivery of any silver. Nevertheless, the taxpayer treated those gains as “resource profits” on the basis that they were income from the production of minerals in Canada. Doing so enabled the taxpayer to take advantage of the resource allowance, as provided for in s. 20(1)(v.1) of the *Income Tax Act* and s. 1204(1) of the *Income Tax Regulations*. MacKay J. accepted that

under generally accepted accounting principles, a producer’s gain or loss from its execution of forward sales contracts may be considered a “hedge” and therefore matched against the production of the goods produced, if four conditions are met. . . .

1. The item to be hedged exposes the enterprise to price (or interest rate) risk.

des fluctuations de prix renonce, dans une certaine mesure, à la possibilité de gain qui accompagnerait une hausse du prix de l’or pour se prémunir contre une baisse du prix de ce métal. Ce lien apparaît très évident lorsque les opérations dérivées se dénouent par un règlement en espèces (comme c’est le cas le plus souvent). Si, le 31 juillet, le prix de l’or baisse à 100 \$ l’once, le contrat peut être dénoué au moyen d’un règlement en espèces consistant à verser la différence entre le prix d’exercice convenu (20 000 \$) et le prix du marché au comptant à la date du règlement (10 000 \$). Ainsi, l’autre partie au contrat de vente à terme ferait un chèque de 10 000 \$ à la société A. Plus la baisse du prix de l’or est marquée, plus le bénéfice réalisé sur l’opération de couverture est important.

Dans la décision *Echo Bay Mines*, la Section de première instance de la Cour fédérale a examiné les règles applicables aux opérations de couverture selon les PCGR. Dans cette affaire, le contribuable était un producteur d’argent qui avait conclu des contrats de vente à terme pour se protéger contre le risque de chute du prix de ce métal. Lorsque le prix de l’argent baissait, le contribuable réalisait des gains sur ces contrats en les liquidant ou en les convertissant en d’autres contrats. Aucun des contrats n’avait donné lieu à une livraison d’argent. Le contribuable considérait néanmoins que ces gains représentaient des « bénéfices relatifs à des ressources » parce qu’ils constituaient un revenu tiré de la production de minéraux au Canada. Ce faisant, le contribuable pouvait bénéficier de la déduction relative aux ressources prévue à l’al. 20(1)v.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et au par. 1204(1) du *Règlement de l’impôt sur le revenu*. Le juge MacKay a reconnu que

selon les principes comptables généralement reconnus, le bénéfice réalisé ou la perte subie par le producteur à la liquidation du contrat de vente à terme peut être considéré comme une « couverture » et par conséquent mis sur le compte de la marchandise effectivement produite, si quatre conditions sont réunies. . .

[TRADUCTION]

1. La marchandise à couvrir expose l’entreprise au risque de fluctuation du prix (ou du taux d’intérêt).

2. The futures contract reduces that exposure and is designated as a hedge.
3. The significant characteristics and expected terms of the anticipated transactions are identified.
4. It is probable that the anticipated transaction will occur. [pp. 715-16]

He concluded at p. 733 that the price received for the silver produced was the sum of receipts from delivery of actual production and from the settlement of forward sales contracts.

34 The decision in *Echo Bay Mines* illustrates the way in which financial transactions, though they may not be settled by physical delivery of the output of an Ontario mine, may nevertheless be said to “fix the price” for that output. I agree with the following endorsement of the decision in *Echo Bay Mines*:

This conclusion is clearly a sensible one. If the transactions had been physically settled then the gain or loss on the transactions would have been the actual revenue or loss from the sale of the silver and would have been on income account. Treating the gain or loss on the forward contracts having the same economic result in any different way would have created an unjustified artificial distinction.

(Grottenthaler and Henderson, at pp. 11-8 and 11-9)

From the perspective of what constitutes hedging under GAAP, the distinction between cash-settled and delivery-settled contracts is arbitrary.

35 Although I am mindful that *Echo Bay Mines* concerned a different statute, one in which “hedging” is not a defined term, I conclude that the general principles articulated in that case have some relevance here. The central issue in *Echo Bay Mines* was whether gains and losses from hedging were sufficiently linked to the underlying transactions, namely the production and sale of silver, to constitute “resource profits” within the meaning of the Regulations under the *Income Tax Act*. In essence, the court in *Echo Bay Mines* was grappling with the same question that is raised in the present

2. Le contrat de vente à terme réduit ce risque et est considéré comme une couverture.
3. Les caractéristiques importantes et les stipulations de l’opération prévue sont précisées.
4. Il est probable que l’opération prévue aura lieu. [p. 715-716]

Il a conclu, à la p. 733, que le prix reçu pour l’argent produit comprenait la somme des montants reçus à la livraison de l’argent effectivement produit et à la liquidation des contrats de vente à terme.

La décision *Echo Bay Mines* indique comment une opération financière, qui ne se dénoue pas nécessairement par une livraison physique de la production d’une mine ontarienne, peut néanmoins être considérée comme « fixant le prix » de cette production. Je souscris à ce commentaire favorable à la décision *Echo Bay Mines* :

[TRADUCTION] Cette conclusion est nettement raisonnable. Si ces opérations avaient donné lieu à une livraison physique, le gain ou la perte en décaissant aurait constitué le revenu ou la perte provenant réellement de la vente de l’argent et aurait figuré au compte de produits. Traiter différemment les gains et les pertes résultant des contrats à terme de gré à gré ayant le même résultat économique aurait créé une distinction injustifiée et artificielle.

(Grottenthaler et Henderson, p. 11-8 et 11-9)

Eu égard à ce qui constitue une opération de couverture selon les PCGR, la distinction entre les contrats se dénouant par un règlement en espèces et ceux se dénouant par la livraison du sous-jacent reste arbitraire.

Tout en étant conscient que la décision *Echo Bay Mines* porte sur une loi différente qui ne définit pas le terme « couverture », je conclus que les principes généraux qui y sont énoncés ont une certaine pertinence en l’espèce. En effet, la principale question posée dans *Echo Bay Mines* était de savoir si les gains et pertes résultant des opérations de couverture avaient avec les opérations sous-jacentes, à savoir la production et la vente d’argent, un lien suffisant pour constituer des « bénéfices relatifs à des ressources » au sens du Règlement pris en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Essentiellement,

case: Can synthetic derivative transactions be said to “fix the price” for the underlying commodity even where those transactions do not result in the delivery of the underlying commodity?

D. *The Inclusion of Hedging Profits*

The parties agree that the transactions at issue in the present case constitute “hedging” in the ordinary sense of the term. However, notwithstanding that it is common in the industry vernacular to speak of “realized price” as the aggregate of proceeds from spot sales and gains and losses from hedging, PDC argued before this Court that the price for the output of an Ontario mine could only be “fixed”, for the purpose of the *Mining Tax Act*, by a transaction that culminated in the physical delivery of that output. I turn, then, to a consideration of the meaning of the statutory definition of “hedging”.

The definition of “hedging” first appeared in 1975 in the Regulation to the *Mining Tax Act, 1972*, S.O. 1972, c. 140: O. Reg. 126/75, s. 1(f). At that time, profit was calculated under s. 3(3) of the Act using: (a) the amount of gross receipts from the output of the mine during the taxation year; (b) where the output was not sold but was treated by or for the producer of the mine, the amount of the actual market value of the output at the pit’s mouth; or (c) where there was no means for determining the actual value at the pit’s mouth in (b), the amount at which the mine assessor appraised the output. The method by which the assessor was to appraise output under (c) was set out in s. 4(1) of the Regulation. It was only in this last context that the definition of “hedging” came into play. In 1987, the definition of “hedging” was introduced into the Act itself and incorporated into the definition of “proceeds”: *Mining Tax Amendment Act, 1987*, S.O. 1987, c. 11, ss. 1(4)(cb) and 1(7)(j).

dans *Echo Bay Mines* la Cour fédérale était saisie de la même question qui est soulevée en l’espèce : Peut-on affirmer que les opérations synthétiques dérivées « fixent le prix » de la marchandise sous-jacente même lorsque ces opérations ne donnent pas lieu à la livraison de cette marchandise?

D. *L’inclusion des bénéfices tirés d’une opération de couverture*

Les parties conviennent que les opérations en cause dans la présente affaire sont des opérations de « couverture » au sens ordinaire du terme. Toutefois, bien que le vocabulaire particulier de l’industrie utilise l’expression « prix de réalisation » pour désigner l’ensemble des recettes provenant des ventes au comptant et des gains et pertes résultant des opérations de couverture, PDC a soutenu devant notre Cour que, pour l’application de la *Loi de l’impôt sur l’exploitation minière*, le prix de la production d’une mine ontarienne ne pouvait être « fixé » qu’au moyen d’une opération aboutissant à la livraison physique de cette production. Je vais donc examiner le sens de la définition légale du terme « couverture ».

La définition du terme « couverture » est apparue pour la première fois en 1975 dans le règlement d’application de la *Mining Tax Act, 1972*, S.O. 1972, ch. 140 : O. Reg. 126/75, al. 1f). À cette époque, le bénéfice était calculé conformément au par. 3(3) de la Loi en utilisant a) le montant des recettes brutes tirées de la production de la mine pendant l’année d’imposition, b) lorsque la production n’était pas vendue, mais qu’elle était traitée par le producteur de la mine ou pour son compte, la valeur marchande effective de la production à l’entrée de la mine, ou c) s’il n’y avait aucun moyen d’établir la valeur effective de la production à l’entrée de la mine, prévue à l’alinéa b), sa valeur telle que prise par l’évaluateur minier. La méthode que l’évaluateur devait employer pour évaluer la production en application de l’alinéa c) était décrite au par. 4(1) du Règlement. La définition du terme « couverture » n’entrait en jeu que dans ce dernier contexte. En 1987, la définition de « couverture » a été insérée dans la Loi elle-même et incorporée dans la définition du terme « recettes » : *Mining Tax Amendment Act, 1987*, S.O. 1987, ch. 11, al. 1(4)cb) et 1(7)j).

36

37

38

PDC raised several arguments, based on the statutory and constitutional limits on the power of the Lieutenant Governor in Council at the time, about the meaning of “hedging” when it was first introduced in the Regulation. Specifically, PDC argues that no power had been vested in the Lieutenant Governor in Council to make regulations imposing a new tax or expanding the existing tax base, and that any such attempt would have been contrary to s. 53 of the *Constitution Act, 1867*, which requires that bills imposing any tax originate in the House of Commons. Both of these arguments depend for their validity on the proposition that the 1975 Regulation created a new tax or expanded the tax base. I am not satisfied that the 1975 Regulation can be so construed — it did not alter the primary definition of “gross receipts” in the Act, but merely clarified the method by which a subsidiary, discretionary amount was to be assessed. This does not, in my view, constitute a change of the radical nature that PDC suggests.

39

In any event, whatever the precise effect of the 1975 Regulation, which need not be decided in this case, it is clear that the decision to incorporate the definition of “hedging” into the Act itself in 1987 signified a change in the statutory framework for the computation of profit. Hedging gains were no longer included in income only where it was otherwise impossible to ascertain the market value of the output of a mine before processing. The Act now includes them in every case as an integral component of the statutory definition of “proceeds”. No constitutional or other impediment in 1987 prevented the enactment of such a provision, with respect to either of the proposed definitions. Since the definitions of “hedging” and “proceeds” remain unchanged in the present Act, the task at hand is to set out the precise nature and scope of the 1987 amendments. Although both parties rely on Hansard evidence related to the movement of the hedging provision from the Regulation to the Act, I find that evidence to be ambiguous and of little assistance in this case. Accordingly, any analysis of the 1987 amendments must be grounded in

PDC avance, au sujet du sens qu’avait le mot « couverture » lorsqu’il a été incorporé pour la première fois dans le Règlement, plusieurs arguments fondés sur les limites légales et constitutionnelles auxquelles était alors assujéti le pouvoir du lieutenant-gouverneur en conseil. Elle soutient, plus précisément, que le lieutenant-gouverneur en conseil n’avait pas le pouvoir de prendre des règlements créant une nouvelle taxe ou élargissant l’assiette fiscale existante, et que toute tentative en ce sens aurait contrevénu à l’art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui exige que les projets de loi créant une taxe émanent de la Chambre des communes. Ces deux arguments supposent que le Règlement de 1975 créait une nouvelle taxe ou élargissait l’assiette fiscale. Je ne suis pas convaincu que le Règlement de 1975 puisse recevoir une telle interprétation — il n’a pas modifié la définition fondamentale du terme « recettes brutes » dans la Loi, mais il a simplement clarifié le mode de cotisation applicable à une somme accessoire discrétionnaire. J’estime que cela ne constitue pas un changement aussi radical que le laisse entendre PDC.

De toute façon, quel que soit l’effet précis du Règlement de 1975 — qui n’a pas à être déterminé en l’espèce —, il est clair que la décision d’incorporer la définition du terme « couverture » dans la Loi elle-même en 1987 a modifié le cadre légal du calcul des bénéfiques. Les gains tirés d’une opération de couverture n’étaient plus inclus dans le revenu uniquement s’il se révélait par ailleurs impossible d’établir la valeur marchande de la production d’une mine avant son traitement. La Loi inclut désormais ces gains dans tous les cas en tant que partie intégrante de la définition qu’elle donne du mot « recettes ». Il n’existait, en 1987, aucun obstacle constitutionnel ou autre à l’adoption d’une telle disposition, en ce qui concernait l’une ou l’autre des définitions proposées. Puisque les définitions des termes « couverture » et « recettes » demeurent inchangées dans la Loi actuelle, il nous faut en l’espèce décrire la nature et la portée exactes des modifications de 1987. Bien que les parties s’appuient sur la transcription des débats parlementaires concernant le passage du Règlement à la Loi de la disposition relative aux opérations de

an examination of the scheme and context of the revised Act.

At the outset, I note that I do not find the arguments based on the Minister's administrative practice to be helpful in the present case. The fact is that there are two administrative practices — one corresponding to each of the proposed interpretations. The shift in the Minister's practice is reflective of the ambiguity that inheres in the statute itself and cannot be relied upon as an interpretive tool except to support the view that the statutory definition falls short of being clear, precise and unambiguous. Although administrative practice can be an "important factor" in case of doubt about the meaning of legislation, it is not determinative: *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 37. In a case such as the present one where a statutory provision admits of more than one possible meaning, the Minister, having decided that its former interpretation was incorrect, is not precluded from changing its practice.

PDC argues that the Minister's change in administrative practice is arbitrary and unfair, noting that in the same month the Minister argued for the application of the new administrative policy before Cullity J. in the present case, and for the application of the former administrative policy in *Inco Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, [2002] O.J. No. 3150 (QL) (S.C.J.). Inco had incurred substantial losses on its hedging activities in its taxation years 1988 to 1990 and sought to deduct those losses based on the decision in *Echo Bay Mines*. The critical distinction between the present case and *Inco*, however, is that the statutory limitation period for reassessment in *Inco* expired while the old administrative policy was still in place. Whenever the Minister changes its administrative practice, it is inevitable that different taxpayers will have been taxed differently under the same provision depending on whether they were assessed prior to, or after, the change in policy. The line between taxpayers who fall on either side of the administrative policy must be drawn somewhere, and doing so on the

couverture, je considère cette preuve comme ambiguë et peu utile en l'espèce. En conséquence, toute analyse des modifications de 1987 doit reposer sur un examen de l'économie et du contexte de la Loi révisée.

D'emblée, je souligne que je ne considère pas utiles en l'espèce les arguments fondés sur la pratique administrative du ministre. On se trouve, en réalité, devant deux pratiques administratives, dont chacune correspond à l'une des interprétations proposées. La modification de la pratique du ministre témoigne de l'ambiguïté intrinsèque de la Loi elle-même et ne peut servir d'outil d'interprétation, si ce n'est pour appuyer le point de vue selon lequel la définition légale n'est pas vraiment claire, précise et sans ambiguïté. Une pratique administrative n'est pas déterminante quoiqu'elle puisse constituer un « facteur important » en cas de doute sur le sens d'un texte législatif : *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 37. Dans un cas comme la présente affaire, où une disposition législative peut avoir plus d'un sens, le ministre n'est pas préclus de modifier sa pratique après avoir conclu que son interprétation antérieure était incorrecte.

PDC prétend que la modification de la pratique administrative du ministre est arbitraire et inéquitable, faisant remarquer que le ministre a, au cours du même mois, plaidé en faveur de l'application de la nouvelle politique administrative devant le juge Cullity dans le cadre de la présente affaire, et en faveur de l'application de l'ancienne politique administrative dans l'affaire *Inco Ltd. c. Ontario (Minister of Finance)*, [2002] O.J. No. 3150 (QL) (C.S.J.). Inco avait subi d'importantes pertes résultant de ses opérations de couverture au cours de ses années d'imposition 1988 à 1990 et elle cherchait à déduire ses pertes en invoquant la décision *Echo Bay Mines*. Toutefois, la distinction cruciale entre le cas qui nous occupe et l'affaire *Inco* se trouve dans le fait que, dans cette dernière affaire, le délai de prescription applicable à l'établissement d'une nouvelle cotisation avait expiré pendant que l'ancienne politique administrative était encore en vigueur. Dans tous les cas où le ministre modifie sa pratique administrative, il est inévitable que des contribuables soient imposés de façon différente en

basis of whether a taxpayer's taxation year is open or closed under the statute is a principled and practical approach.

42 As I noted above, “proceeds” is defined in s. 1(1) of the *Mining Tax Act* in terms of three components: (a) consideration received from the output of a mine; (b) consideration from hedging; and (c) consideration from future sales or forward sales of the output of the mine.

43 “Hedging” is also defined in terms of a number of elements. Although only one of those elements is at issue in the present appeal, it is worth parsing the full definition in order to better appreciate the context and scheme within which the disputed phrase is placed. Specifically, “hedging” means:

- (a) the fixing of a price for output of a mine before delivery by means of
 - (i) a forward sale or
 - (ii) a futures contract on a recognized commodity exchange;
- (b) the purchase or sale forward of a foreign currency related directly to the proceeds of the output of a mine; and
- (c) speculative currency hedging, to the extent that the hedging transaction determines the final price and proceeds for the output.

Only “the fixing of a price for output of a mine before delivery by means of a forward sale” is at issue in the present appeal. I note at this stage that my parsing of the definition of “hedging” differs from both the majority and dissenting reasons of the Court of Appeal. Both Armstrong and Gillese J.J.A. suggested that forward sales and futures contracts, as the terms are used in the definition of “hedging”, must take place on a recognized commodity exchange. However, such a view does not accord

vertu de la même disposition, selon que leur cotisation a été établie avant ou après ce changement de politique. Il faut d'une manière ou d'une autre distinguer les contribuables visés par la politique administrative de ceux qui ne le sont pas, et il devient alors rationnel et pratique de le faire en se demandant si l'année d'imposition d'un contribuable est terminée ou non selon la Loi.

Comme je l'ai déjà signalé, la définition du terme « recettes » au par. 1(1) de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* comporte trois éléments : a) la contrepartie provenant de la production de la mine; b) la contrepartie provenant d'opérations de couverture; c) la contrepartie provenant de ventes à terme de la production de la mine.

La définition du terme « couverture » comprend elle aussi un certain nombre d'éléments. Bien qu'un seul de ceux-ci soit en cause en l'espèce, il vaut la peine d'analyser la définition au complet afin de mieux saisir le contexte et l'économie dans lesquels s'inscrit l'expression controversée. Plus précisément, le terme « couverture » désigne ceci :

- a) la fixation d'un prix pour la production d'une mine, avant livraison, au moyen
 - (i) d'une vente à terme ou
 - (ii) d'un contrat à terme sur le parquet d'une Bourse de commerce reconnue;
- b) l'achat ou la vente à terme de devises étrangères reliées directement aux recettes tirées de la production d'une mine;
- c) la couverture du risque de change, dans la mesure où l'opération de couverture détermine le prix final de la production et les recettes qui en sont tirées.

Seule « la fixation d'un prix pour la production d'une mine, avant livraison, au moyen d'une vente à terme » est en cause dans la présente affaire. Je note, à ce stade, que mon analyse de la définition du terme « couverture » diffère de celle qui a été effectuée dans les motifs majoritaires et les motifs dissidents de la Cour d'appel. Les juges Armstrong et Gillese ont indiqué que les ventes à terme et les contrats à terme, au sens dans lequel ces expressions sont utilisées dans la définition de « couverture »,

with the ordinary usage of these terms. Forward sales are by definition “over-the-counter” products, while futures contracts are by definition exchange-traded. Indeed, futures contracts are simply an exchange-traded form of forward sales contracts: C. W. Smithson, “A Building Block Approach to Financial Engineering: An Introduction to Forwards, Futures, Swaps and Options” (1997), 1017 PLI/Corp 9. The significance of this point is that “forward sales” within the meaning of the definition of “hedging” cannot be distinguished from “forward sales” in the third element of the definition of “proceeds” on the basis that the former take place on a recognized commodity exchange while the latter do not. I will say more on this point below.

The difficulty that arises in coming to a plausible interpretation of this provision is that the Act does not specify what it means to “fix the price” for output of a mine by means of a forward sale. At first blush, it might seem that fixing a price is simply setting the price that will be paid upon delivery of the output. Indeed, this is the interpretation advocated for by PDC (the narrow interpretation). If that were so, however, the legislature would not have needed this element in the statutory definition of “hedging” as the price received upon delivery of the output would clearly fall within “[all] consideration that is received . . . from the output of the mine”; the first component of the definition of “proceeds”, and within “all consideration received . . . from . . . future sales or forward sales of the output of the mine”, the third component.

Under the presumption against tautology, “[e]very word in a statute is presumed to make sense and to have a specific role to play in advancing the legislative purpose”: see R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 159. To the extent that it is possible to do so, courts should avoid adopting interpretations that render any portion of a statute meaningless or redundant:

doivent être conclus sur le parquet d’une Bourse de commerce reconnue. Toutefois, ce point de vue ne s’accorde pas avec le sens ordinaire de ces expressions. Par définition, la « vente à terme » est un produit « hors cote », alors que le « contrat à terme » est négocié sur un marché organisé. De fait, le contrat à terme représente simplement une forme de contrat de vente à terme qui se négocie sur un marché organisé : C. W. Smithson, « A Building Block Approach to Financial Engineering : An Introduction to Forwards, Futures, Swaps and Options » (1997), 1017 PLI/Corp 9. Cette remarque est importante en ce sens qu’il n’est pas possible de distinguer la « vente à terme » visée par la définition du terme « couverture » de la « vente à terme » dont fait état le troisième élément de la définition du terme « recettes », en faisant valoir que seule la vente à terme dont il est question dans le premier cas se conclut sur le parquet d’une Bourse de commerce reconnue. Je reviendrai sur cette question plus loin.

Il est difficile de donner une interprétation plausible à cette disposition parce que la Loi ne précise pas ce que signifie « fixer le prix » de la production d’une mine au moyen d’une vente à terme. Il pourrait sembler, à première vue, que fixer un prix signifie simplement établir le prix qui sera payé lors de la livraison de la production. En fait, c’est l’interprétation que préconise PDC (l’interprétation restrictive). Or, si tel était le cas, le législateur n’aurait pas eu besoin d’inclure cet élément dans la définition légale du terme « couverture » étant donné que le prix reçu à la livraison de la production serait clairement visé par « [toute] contrepartie [. . .] provenant de la production de la mine » (le premier élément de la définition du terme « recettes ») ainsi que par « toute contrepartie reçue [. . .] à la suite [. . .] de ventes à terme de la production de la mine » (le troisième élément de la définition).

Selon la présomption d’absence de tautologie, [TRADUCTION] « [c]haque mot d’une loi est présumé avoir un sens et jouer un rôle précis dans la réalisation de l’objectif du législateur » : voir R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), p. 159. Dans la mesure du possible, les tribunaux devraient éviter d’adopter des interprétations qui dépouillent une partie d’une loi de

Hill v. William Hill (Park Lane) Ltd., [1949] A.C. 530 (H.L.), at p. 546, *per* Viscount Simon.

46 Although the presumption is rebuttable where it can be shown that the words do serve a function, or that the words were added for greater certainty, I do not think that either of those arguments can succeed in the present case. Here, a definition was introduced into the *Mining Tax Act* for a term that appears only once in the Act, outside its definitional section. Moreover, the value of a forward sale contract that is settled by delivery of output is for all intents and purposes just the price received for the output. There is no doubt that this amount would be caught by the definition of proceeds, and there would have been no need for the legislature to include this element in a statutory definition of “hedging”. In the circumstances, the presumption against tautology carries considerable weight.

47 It follows that “the fixing of a price for output of a mine” cannot be restricted to transactions that are settled by delivery of output. This is, in my opinion, consistent with the context of the statutory definition. In addition to “the fixing of a price . . . by means of a forward sale”, the definition of “hedging” refers to “the fixing of a price . . . by means of . . . a futures contract on a recognized commodity exchange”, “the purchase or sale forward of a foreign currency related directly to the proceeds of the output of a mine”, and “does not include speculative currency hedging”. It is significant that futures contracts are seldom settled by physical delivery. Similarly, a sale or purchase forward of foreign currency is a separate transaction from the sale of an underlying commodity and would not itself be settled by physical delivery of the commodity. In short, the other elements in the statutory definition of “hedging” are consistent with the broader interpretation.

48 PDC relies on the fact that the Minister successfully applied the “hedging” provision of the

tout son sens ou qui la rendent redondante : *Hill c. William Hill (Park Lane) Ltd.*, [1949] A.C. 530 (H.L.), p. 546, le vicomte Simon.

Bien que la présomption soit réfutable lorsqu'on peut démontrer que les mots en question possèdent une utilité quelconque ou qu'ils ont été ajoutés par souci de précision, j'estime qu'aucun de ces arguments ne peut être retenu dans le présent pourvoi. En l'espèce, on a inséré dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* la définition d'un terme qui n'est utilisé qu'à un seul autre endroit dans la Loi. De plus, la valeur d'un contrat de vente à terme dénoué par une livraison de la production n'équivaut, à toutes fins pratiques, qu'au prix reçu pour la production. Il ne fait pas de doute que cette somme serait visée par la définition de « recettes » et qu'il n'aurait pas été nécessaire que le législateur inclue cet élément dans une définition légale du terme « couverture ». Dans les circonstances, la présomption d'absence de tautologie revêt une importance considérable.

Il s'ensuit que « [l]a fixation d'un prix pour la production d'une mine » ne peut pas viser uniquement les opérations qui se dénouent par une livraison de la production. J'estime que cette interprétation s'inscrit dans le contexte de la définition légale. En plus de mentionner « [l]a fixation d'un prix [. . .] au moyen d'une vente à terme », la définition du terme « couverture » parle de « [l]a fixation d'un prix [. . .] au moyen [. . .] d'un contrat à terme sur le parquet d'une Bourse de commerce reconnue » et de « l'achat ou la vente à terme de devises étrangères reliées directement aux recettes tirées de la production d'une mine », mais elle « exclut toutefois la couverture du risque de change ». Fait révélateur, les contrats à terme se dénouent rarement par une livraison physique. De même, l'achat ou la vente à terme de devises étrangères est une opération distincte de la vente d'une marchandise sous-jacente et ne se dénouerait pas par la livraison physique de la marchandise. Bref, les autres éléments de la définition légale du terme « couverture » s'accordent avec l'interprétation large.

Selon PDC, le fait que, sous le régime de l'ancienne politique administrative, le ministre ait

Mining Tax Act to impose and collect tax from mining companies under the former administrative policy as evidence that the narrow interpretation of “hedging” does not introduce redundancy into the *Mining Tax Act*. This argument is unpersuasive. Redundancy does not necessarily prevent the consistent or successful application of a statutory provision. Rather, an interpretation that gives rise to a redundancy simply fails to give full effect to all of the elements in the statutory provision.

In my view, in light of the scheme and context of the *Mining Tax Act*, the statutory definition of “hedging” must refer to something more than transactions that are settled by delivery of output. The “some link” test applied by Cullity J. is an appropriate response to the gap left in the *Mining Tax Act* by the failure to express more clearly what constitutes the “fixing of a price” for output of a mine. Moreover, the “some link” test accords with general accounting practices. It is certain that well-accepted business and accounting principles are not rules of law. They should not be used to displace rules of law, as legislatures are not bound by them and may modify them as they see fit for tax purposes. They must therefore play a subsidiary role to clear rules of law. However, this Court has readily acknowledged that “it would be unwise for the law to eschew the valuable guidance offered by well-established business principles” where statutory definitions are absent or incomplete: see *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, at para. 35.

Before this Court, PDC argued that the interpretation urged by the Minister would introduce intolerable uncertainty into the *Mining Tax Act*. Without a bright line for distinguishing hedging transactions for the purpose of the *Mining Tax Act*, such as a delivery requirement, taxpayers would be unable to effectively predict their tax situations and to order their affairs intelligently. This argument is

réussi à appliquer la disposition relative à la « couverture », figurant dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, pour imposer et percevoir des taxes payables par les sociétés minières démontre que l'interprétation restrictive du terme « couverture » ne crée aucune redondance dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*. Cet argument ne convainc pas. Une redondance ne fait pas nécessairement obstacle à l'application cohérente ou efficace d'une disposition législative. Au contraire, l'interprétation qui crée une redondance ne donne tout simplement pas plein effet à tous les éléments de la disposition législative.

Selon moi, compte tenu de l'économie et du contexte de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, la définition légale du terme « couverture » doit viser plus que les opérations qui se dénouent par une livraison de la production. Le critère de « l'existence d'un lien » appliqué par le juge Cullity constitue un bon moyen de combler le vide que la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* a laissé en ne clarifiant pas davantage ce qu'est la « fixation d'un prix » pour la production d'une mine. De plus, il s'accorde avec les pratiques comptables générales. Les principes commerciaux et comptables reconnus ne sont certes pas des règles de droit. En effet, ils ne doivent pas servir à écarter des règles de droit, car ils ne lient pas le législateur qui peut leur apporter les modifications jugées appropriées à des fins fiscales. Ils doivent donc jouer un rôle secondaire par rapport à des règles de droit claires. Toutefois, notre Cour a déjà reconnu que, en l'absence de définition légale ou en présence d'une définition légale incomplète, « il ne serait pas sage que le droit renonce aux indications précieuses qu'offrent des principes commerciaux bien établis » : voir l'arrêt *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, par. 35.

PDC a soutenu, devant notre Cour, que l'interprétation préconisée par le ministre créerait une incertitude intolérable dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*. Faute d'une délimitation claire des opérations de couverture pour l'application de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* en établissant, par exemple, une exigence de livraison, les contribuables seraient incapables de

not compelling. The fact that the taxpayer can and does, presumably on a principled basis, determine whether hedging profits relate directly to the output of a mine, for the purpose of claiming the resource allowance under the *Income Tax Act* and the *Ontario Corporations Tax Act* belies PDC's predictability argument. I note, in this vein, that PDC used the same financial information that it submitted with its tax return under the *Mining Tax Act* to claim that its hedging gains qualified as "resource profits" so as to entitle it to the resource allowance under the *Corporations Tax Act*.

prévoir quelle sera leur situation fiscale et d'organiser intelligemment leurs affaires. Cet argument n'est pas convaincant. L'argument de la prévisibilité avancé par PDC est contredit par le fait que les contribuables peuvent décider et qu'ils décident effectivement, vraisemblablement d'une manière rationnelle, si les bénéficiaires tirés d'une opération de couverture ont un lien direct avec la production d'une mine, en vue de demander la déduction relative aux ressources prévue dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur l'imposition des corporations* de l'Ontario. Dans le même ordre d'idées, je souligne que PDC s'est fondée sur les mêmes renseignements financiers qu'elle avait joints à sa déclaration de revenus produite en vertu de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* pour demander que les gains qu'elle avait tirés de ses opérations de couverture soient considérés comme des « bénéficiaires relatifs à des ressources » lui donnant droit à la déduction relative aux ressources prévue dans la *Loi sur l'imposition des corporations*.

51

The statutory provisions at issue in this case are far from flawless. Although the broad interpretation that I have adopted substantially resolves the redundancy problem, it gives rise to some unexpected consequences of its own. That being said, I do not find that any of these consequences is serious enough to outweigh the substantial redundancy that results on the narrow interpretation of "hedging". Although, as PDC has pointed out, "consideration" is generally a gross concept, in the context of the definition of "proceeds", "all consideration from hedging" must necessarily refer to a net concept. Any distortion to the ordinary commercial use of "consideration" is inherent in the *Mining Tax Act* itself. Similarly, although forward sales and options are distinguished from one another in terms of the particular way in which each is used to hedge price risk, both are used in much the same way to "fix the price" for output. PDC's argument about the serious distortion implicit in treating options as a subset of forward sales is belied by the PDC's own Annual Reports for the tax years in question. Those reports provide that "[t]he Corporation enters into forward sales contracts including spot

Les dispositions législatives en cause dans la présente affaire sont loin d'être parfaites. Quoiqu'elle règle presque entièrement le problème de redondance, l'interprétation large que j'ai retenue entraîne elle-même des conséquences inattendues. Cela étant dit, je ne crois pas que l'une ou l'autre de ces conséquences soit suffisamment grave pour l'emporter sur la forte redondance qui résulte de l'interprétation restrictive du terme « couverture ». Bien que, comme l'a fait remarquer PDC, la « contrepartie » soit généralement une valeur brute, dans le contexte de la définition de « recettes », « toute contrepartie provenant d'opérations de couverture » doit nécessairement être une valeur nette. Toute entorse à l'utilisation commerciale normale de la « contrepartie » découle nécessairement de la Loi elle-même. De même, bien qu'elles fassent l'objet d'une distinction fondée sur la façon particulière dont elles protègent contre le risque de prix, les ventes à terme et les options sont utilisées de manière assez semblable pour « fixer le prix » de la production. L'argument de PDC au sujet de la grave entorse aux principes inhérente au fait de traiter les options comme une sous-catégorie de ventes à terme est contredit par ses propres

deferred contracts and options to hedge prices for anticipated gold sales” (emphasis added).

The *Mining Tax Act* defines “hedging” as the fixing of a price for the output of a mine before delivery by means of, *inter alia*, a forward sale. Options, as Cullity J. noted, are simply contingent forward sales, and they fix the price for output in much the same way that forward contracts do. To attach substantially different tax consequences, within the context of a provision that taxes “proceeds from hedging” to two forms of transactions that serve the same function as *hedging tools* would be an absurd result that the legislature could not have intended. Thus, I am unable to conclude that any of the subsidiary arguments raised by PDC outweigh the substantial redundancy that results from its proposed interpretation.

VI. Disposition

For these reasons, I would allow the appeal with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

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

Solicitors for the respondent: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

rapports annuels relatifs aux années d'imposition en cause. Ces rapports précisent que [TRADUCTION] « [l]a société a recours à des contrats de vente à terme y compris des contrats à livraison différée et des options pour se prémunir contre les prix des ventes d'or prévues » (je souligne).

La *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* définit le mot « couverture » comme étant la fixation d'un prix pour la production d'une mine, avant livraison, au moyen notamment d'une vente à terme. Comme le souligne le juge Cullity, les options ne sont que des ventes à terme éventuelles et elles fixent le prix de la production à peu près de la même manière que le font les contrats à terme de gré à gré. Attacher, dans le contexte d'une disposition qui impose les « recettes provenant d'opérations de couverture », des conséquences fiscales très différentes à deux formes d'opération qui jouent le même rôle que des *instruments de couverture* serait une absurdité que le législateur ne peut avoir souhaitée. Je suis donc incapable de conclure que l'un ou l'autre des arguments subsidiaires avancés par PDC l'emporte sur la forte redondance créée par l'interprétation qu'elle préconise.

VI. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

52

53

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-028245-199
(500-80-034362-161, 500-80-034363-169)

DATE : 1^{er} juin 2021

**FORMATION : LES HONORABLES JACQUES CHAMBERLAND, J.C.A.
MARK SCHRAGER, J.C.A.
GUY COURNOYER, J.C.A.**

AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC
APPELANTE – défenderesse
c.

YVES DES GROSEILLERS
INTIMÉ – demandeur
et

GROUPE BMTC INC.
INTIMÉE – demanderesse

ARRÊT

[1] L'appelante se pourvoit contre un jugement rendu le 11 mars 2019 par la Cour du Québec, district de Montréal (l'honorable Daniel Bourgeois), qui, d'une part, accueille l'appel de l'intimé Yves Des Groseillers et annule les avis de cotisation qui lui attribuent un revenu additionnel de 1 000 033 \$ en 2010 et 2 000 022 \$ en 2011 et, d'autre part, accueille en partie l'appel de l'intimée Groupe BMTC inc.

[2] Pour les motifs du juge Cournoyer, auxquels souscrivent les juges Chamberland et Schrager, **LA COUR** :

- [3] **ACCUEILLE** l'appel de l'Agence du revenu du Québec, avec les frais de justice;
- [4] **INFIRME** le jugement de première instance et, procédant à rendre la décision qui aurait dû être rendue;
- [5] **REJETTE** l'appel des avis de cotisation dans le dossier 500-80-034362-161, avec les frais de justice;
- [6] **REJETTE** l'appel des avis de cotisation dans le dossier 500-80-034363-169, avec les frais de justice.

JACQUES CHAMBERLAND, J.C.A.

MARK SCHRAGER, J.C.A.

GUY COURNOYER, J.C.A.

Me Normand Perreault
LARIVIÈRE MEUNIER
Pour l'appelante

Me Dominic Charles Belley
Me Catherine Dubé
NORTON ROSE FULBRIGHT CANADA
Pour les intimés

Date d'audience : 8 décembre 2020

MOTIFS DU JUGE COURNOYER

[7] L'Agence du revenu du Québec (« l'**ARQ** ») se pourvoit contre un jugement¹ rendu le 11 mars 2019 par la Cour du Québec, district de Montréal (l'honorable Daniel Bourgeois.) qui, d'une part, accueille l'appel de l'intimé Yves Des Groseillers et annule les avis de cotisation qui lui attribuent un revenu additionnel de 1 000 033 \$ en 2010 et 2 000 022 \$ en 2011 et, d'autre part, accueille en partie l'appel de l'intimée Groupe BMTC inc. (« BMTC »).

[8] Le pourvoi pose la question suivante : le contribuable qui fait don d'options d'achat d'actions à un organisme de bienfaisance selon les modalités prévues dans un *Régime d'options d'achat d'actions* peut-il réclamer des crédits d'impôt pour ce don tout en ne déclarant aucun revenu en lien avec celui-ci?

[9] D'une manière plus précise, il s'agit de déterminer si les articles 50 et 54 de la *Loi sur les impôts*² (« L.I. ») écartent l'application de l'article 422 L.I.

[10] Pour les motifs qui suivent, j'estime que, selon la législation applicable à ces transactions, un contribuable ne peut, à la fois, recevoir un crédit d'impôt à la suite d'un don d'options d'achat d'actions à un organisme de bienfaisance basé sur la juste valeur marchande des options et s'opposer à ce que l'aliénation des options soit réputée faite à la juste valeur marchande, tel que prévu par l'article 422. Cette disposition spécifie que lorsqu'un contribuable aliène un bien en faveur d'une personne par donation, l'aliénation est réputée faite à la juste valeur marchande de ce bien au moment de celle-ci. Une conclusion contraire aurait pour conséquence de donner au contribuable un crédit d'impôt pour le don des options sans lui attribuer un revenu en lien avec l'exercice de ces mêmes options.

LE CONTEXTE

[11] BMTC est une société publique. Ses actions sont cotées à la bourse de Toronto.

[12] Depuis le 25 mars 1987, elle offre à certains employés et administrateurs des différentes sociétés membres de son groupe un Régime d'options d'achat d'actions (le « **Régime** ») leur permettant de souscrire à ses actions.

¹ *Des Groseillers c. Agence du revenu du Québec*, 2019 QCCQ 1430 [jugement entrepris].

² RLRQ, c. I-3.

[13] L'intimé Yves Des Groseillers a dirigé BMTC pendant plusieurs années.

[14] En 2010 et 2011, M. Des Groseillers choisit de faire don de certaines des options auxquelles il avait droit en vertu du Régime.

[15] Selon le Régime, lorsque l'employé « lève l'option », il peut choisir entre : (1) la souscription des actions (et donc l'acquisition du titre); et (2) un paiement en espèces égal au nombre d'actions à l'égard desquelles l'option est levée, multiplié par le montant par lequel la valeur au marché excède le prix d'exercice³ :

ARTICLE 6 CONDITIONS D'EXERCICE DES OPTIONS

6.1 Les options peuvent être levées en totalité ou en partie, sous réserve de toute restriction que peut imposer le conseil d'administration à cet égard, par leurs titulaires pendant la durée de l'option.

6.2 Sous réserve du paragraphe 8.2, le titulaire d'option peut choisir, en tout temps et à sa seule discrétion, (a) de recevoir de la Compagnie un paiement en espèces égal au nombre d'actions à l'égard desquelles l'option est levée multiplié par le montant par lequel la valeur au marché excède le prix d'exercice, ou (b) de souscrire en totalité le nombre d'actions à l'égard desquelles l'option est levée. Aux fins du présent article, la valeur au marché d'une action s'entend du cours de clôture des actions à la Bourse de Toronto le dernier jour de bourse qui précède la date de réception par le secrétaire de la Compagnie de l'avis prévu en Annexe 1 au présent Régime (l'« avis de souscription »), ou, si des actions n'ont pas été négociées ce jour-là, la moyenne, arrondie ce dernier jour de bourse. [...]

[16] Par ailleurs, le titulaire des options ne peut céder ou aliéner ces dernières, autrement que par donation en faveur d'une œuvre de bienfaisance. Dans cette éventualité, l'organisme de bienfaisance **ne peut acquérir le titre. Il doit obligatoirement lever toutes les options qui lui ont été données** selon l'option prévue à l'article 6.2 du Régime⁴ :

ARTICLE 8 INCESSIBILITÉ DES OPTIONS ET DES ACTIONS

8.1 Les options octroyées en vertu du Régime le sont «intuitu personae» et ne peuvent être vendues, cédées, négociées ou données en garantie par leurs titulaires; la vente, la cession, la négociation ou l'octroi en garantie des options

³ Pièce D-6.

⁴ *Ibid.* À cet égard, les intimés prétendent à tort que ce sont les donataires qui font le choix de recevoir une somme d'argent plutôt que d'acquérir les actions (Mémoire des intimés, paragr. 19).

octroyées en vertu du Régime entraîne, par conséquent, la nullité des options en faisant l'objet.

8.2 Nonobstant les dispositions du paragraphe 8.1 ci-dessus, un titulaire d'options peut faire don d'une partie ou de la totalité de ses options en faveur d'une œuvre de bienfaisance (tel que ce terme est défini dans la *Loi sur l'impôt sur le Revenu* (Canada)), sous réserve du respect intégral des conditions suivantes:

- a) les options doivent être données;
- b) le don doit être fait en faveur d'une œuvre de bienfaisance (tel que ce terme est défini dans la *Loi sur l'impôt sur le Revenu* (Canada)), dûment enregistrée en vertu de la législation applicable;
- c) le titulaire doit faire parvenir au secrétaire de la Compagnie, au plus tard à la date du don, un avis signé faisant mention du nombre d'options données et identifiant l'œuvre de bienfaisance bénéficiant du don;
- d) l'œuvre de bienfaisance qui bénéficie du don des options doit obligatoirement lever la totalité des options qui lui ont été données dans les trois (3) jours ouvrables suivants la date du don;
- e) la levée des options par l'œuvre de bienfaisance doit obligatoirement être effectuée selon les dispositions du paragraphe 6.2a), les dispositions du paragraphe 6.2b) ne pouvant être utilisées par ladite œuvre de bienfaisance.

Le défaut de respecter les conditions énumérées au paragraphe 8.2a) à e) ci-dessus entraîne la nullité des options faisant l'objet du don.

[Soulignements ajoutés.]

[17] L'appelante et les intimés conviennent que la procédure prévue à l'article 8.2 du Régime a été respectée pour chacun des dons en litige.

[18] Il n'est pas contesté non plus que la valeur des dons a été établie selon les articles 5 et 6.2 du Régime.

[19] Les organismes de bienfaisance donataires ont émis des reçus d'impôt à M. Des Groseillers pour chaque don. Les montants qui y sont inscrits correspondent aux sommes versées par BMTc à la suite de la levée des options, soit un total de 1 000 033 \$ pour 2010 et 2 000 022 \$ pour 2011.

[20] Dans ses déclarations de revenus pour 2010 et 2011, M. Des Groseillers a réclamé des crédits d'impôt correspondant aux montants de ces dons. Toutefois, il n'a pas déclaré de revenus en lien avec ces donations.

[21] En 2014, l'ARQ entreprend des vérifications fiscales concernant ATBM et BMTC. Durant le cadre de ces vérifications, les dons d'options effectués par M. Des Groseillers attirent l'attention de la vérificatrice.

[22] Après vérification des déclarations fournies par M. Des Groseillers, l'ARQ ajoute des revenus d'emploi additionnels de 1 000 033 \$ en 2010 et de 2 000 022 \$ en 2011.

[23] Des avis de cotisation sont transmis à M. Des Groseillers en mai 2015 et novembre 2016, auxquels il fera opposition. Les avis de cotisation seront maintenus par la décision sur opposition du 22 septembre 2016.

[24] Ni la validité des dons, ni leur quantum, ni les reçus y correspondant, ni les demandes de crédits d'impôt pour dons ne sont remis en cause par l'ARQ.

[25] La cotisation est émise à l'encontre de l'intimé en raison de l'aliénation des options d'achat d'actions aux organismes de bienfaisance. Pour les fins de son calcul de l'avantage réputé reçu par l'intimé, l'appelante utilise la juste valeur des options au moment du don.

[26] Par ailleurs, l'ARQ a ajouté des montants à la masse salariale de BMTC pour les fins de calcul des droits au Fonds de services de santé et au Fonds de développement et de reconnaissance des compétences de la main-d'œuvre. Les revenus d'emploi additionnels ajoutés aux revenus de M. Des Groseillers pour 2010 et 2011 figurent parmi les ajustements apportés à la masse salariale.

[27] Les intimés portent en appel ces cotisations devant la Cour du Québec.

LE JUGEMENT DONT APPEL

[28] Traitant en premier du dossier Des Groseillers, le juge débute son analyse par un survol des règles spéciales régissant l'imposition des options d'achat d'actions octroyées par une société à ses employés⁵. Il rappelle que l'article 50 L.I. ne peut trouver application que dans la mesure où les droits cédés par l'employé sont des droits prévus par une convention visée par l'article 48 L.I. Ainsi, la première étape de l'analyse exigerait que l'on détermine si « l'opération par laquelle Des Groseillers a cédé son droit de recevoir des paiements en espèce de BMTC était assujettie au Régime spécial

⁵ Jugement entrepris, *supra*, note 1, paragr. 50-52.

prévu par l'article 48 de la L.I. »⁶. Le juge note que cette question n'a pas été soulevée par les intimés dans leur contestation.

[29] S'appuyant sur le témoignage de M. Des Groseillers, le juge affirme que l'intention de celui-ci était d'éviter « de faire l'exercice normal relié aux options d'achat d'actions, c'est-à-dire 1), la levée de l'option, 2) l'émission d'actions par BMTC, et 3) le rachat d'actions par cette dernière »⁷. D'autre part, le juge estime qu'en vertu des articles 6.2 et 8.2 du Régime, l'organisme de bienfaisance ne peut exercer l'option afin d'acquérir des actions de BMTC. Celui-ci peut uniquement recevoir un paiement « en espèces égal au nombre d'actions à l'égard desquelles l'option est levée multiplié par le montant par lequel la valeur au marché excède le prix d'exercice »⁸. Selon le juge, les transactions en litige ne peuvent être qualifiées de cession d'options d'achat d'actions⁹. Le juge conclut que l'intention des parties était la cession de sommes d'argent et non pas la cession d'options d'achat d'actions¹⁰.

[30] Puisqu'il est d'avis que les droits cédés ne sont pas des droits prévus dans une convention visée par l'article 48 L.I., le juge conclut que les transactions en litige ne sont pas assujetties à la section VI.

[31] Néanmoins, le juge s'attarde de façon subsidiaire à l'application de l'article 50 L.I. aux faits en litige. Sur la base de la preuve administrée devant lui, le juge conclut que l'intimé n'a reçu aucune contrepartie pour la cession de ses droits et qu'il n'a rien payé pour les acquérir¹¹. En outre, il estime que l'article 422 L.I. « ne peut être invoqué afin de compléter les règles de calcul du revenu prévu à la Section VI »¹², puisque cette section « constitue un code complet qui comporte en lui-même et de façon exhaustive l'ensemble des règles de calcul du revenu lors de l'émission des titres à un employé »¹³. Par conséquent, le juge conclut que l'intimé n'a reçu aucun avantage au sens de l'article 50 L.I.¹⁴.

[32] Ensuite, le juge examine si l'appelante aurait pu s'appuyer sur d'autres dispositions de la L.I. pour justifier les avis de cotisation. Selon lui, l'article 422 L.I. n'est pas suffisant en soi pour soutenir les avis de cotisation, puisqu'il s'agit uniquement d'un article qui énonce une présomption quant au prix de l'acquisition ou de l'aliénation d'un

⁶ *Id.*, paragr. 54.

⁷ Jugement entrepris, *supra*, note 1, paragr. 58.

⁸ *Id.*, paragr. 61.

⁹ *Id.*, paragr. 65.

¹⁰ *Id.*, paragr. 67-68.

¹¹ *Id.*, paragr. 70.

¹² *Id.*, paragr. 73.

¹³ *Id.*, paragr. 71 et 72.

¹⁴ *Id.*, paragr. 70.

bien. Or, les avis de cotisation doivent être basés sur une disposition de la L.I. prévoyant le fondement de l'imposition¹⁵.

[33] L'ARQ n'a pas fait valoir un argument subsidiaire pour justifier les cotisations¹⁶. Selon le juge, cette réalité scelle le sort de l'appel, et ce, même s'il est d'avis qu'un débat aurait pu avoir lieu quant à l'application des articles 36 et 111 L.I. D'ailleurs, il souligne que M. Des Gorseillers n'a pas eu l'opportunité de faire valoir des arguments à l'encontre de cette position¹⁷. Partant de ce fait, le juge estime que l'appel de M. Des Gorseillers doit réussir puisque ce dernier s'est déchargé du fardeau de preuve qui lui incombait¹⁸. Ainsi, le juge accueille l'appel de l'intimé Yves Des Gorseillers et annule les avis de cotisation lui attribuant des revenus additionnels de 1 000 033 \$ et 2 000 022 \$.

[34] Puisqu'il conclut que les avis de cotisation de M. Des Gorseillers sont nuls, le juge estime que la contestation de BMTC doit être accueillie en partie afin de tenir compte de l'exclusion des sommes de 1 000 033 \$ et 2 000 022 \$ pour les fins du calcul de la masse salariale¹⁹. En effet, l'ARQ avait augmenté la masse salariale de BMTC des avantages imposables présumés reçus par M. Des Gorseillers à la suite des dons des options d'achat d'actions.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[35] Les questions soulevées par l'appelante peuvent se résumer comme suit :

- A) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur révisable en concluant que M. Des Gorseillers n'a pas aliéné des droits prévus à une convention visée à l'article 48 la *Loi sur les impôts*?
- B) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur révisable en concluant que M. Des Gorseillers n'a reçu aucun avantage imposable au sens de l'article 50 de la *Loi sur les impôts*?
- C) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur révisable en concluant que l'ARQ ne pouvait invoquer d'autres dispositions de *Loi sur les impôts* pour justifier les cotisations?

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

[36] Je reproduis ci-dessous les principales dispositions législatives pertinentes au litige :

¹⁵ *Id.*, paragr. 82 et 97.

¹⁶ *Id.*, paragr. 83-85.

¹⁷ Jugement entrepris, *supra*, note 1, paragr. 83-91.

¹⁸ *Id.*, paragr. 98-99.

¹⁹ *Id.*, paragr. 100 et 124.

Loi sur les impôts**PARTIE I**

IMPÔT SUR LE REVENU

[...]

LIVRE III

CALCUL DU REVENU

[...]

TITRE IIREVENU OU PERTE PROVENANT
D'UNE CHARGE OU D'UN EMPLOI**CHAPITRE I**

RÈGLES FONDAMENTALES

32. Sous réserve de la présente partie, le revenu d'un particulier provenant pour une année d'imposition d'une charge ou d'un emploi est le traitement, le salaire et toute autre rémunération qu'il a reçus pendant cette année, y compris les gratifications.

[...]

CHAPITRE II

MONTANTS À INCLURE

SECTION I

GÉNÉRALITÉS

36. Un particulier doit inclure dans le calcul de son revenu pour l'année provenant d'une charge ou d'un emploi les montants qu'il reçoit ou

Taxation Act**PART I**

INCOME TAX

[...]

BOOK III

COMPUTATION OF INCOME

[...]

TITLE IIINCOME OR LOSS FROM AN
OFFICE OR EMPLOYMENT**CHAPTER I**

BASIC RULES

32. Subject to this Part, an individual's income for a taxation year from an office or employment is the salary, wages and other remuneration, including gratuities, received by the individual in the year.

[...]

CHAPTER II

INCLUSIONS

DIVISION I

GENERALITIES

36. An individual shall, in computing the income of the individual for the year from an office or employment, include all amounts the individual

dont il bénéficie pendant cette année ou qui lui sont attribués pour cette année et qui sont prévus par le présent chapitre.

Ces montants comprennent les honoraires que le particulier reçoit en raison ou à l'occasion d'une charge ou d'un emploi, y compris les jetons de présence d'un administrateur.

[...]

SECTION II

AVANTAGES MARGINAUX

37. Les montants qu'un particulier doit inclure dans le calcul de son revenu comprennent la valeur de la pension, du logement et des autres avantages que reçoit ou dont bénéficie le particulier, ou une personne avec laquelle il a un lien de dépendance, en raison ou à l'occasion de la charge ou de l'emploi du particulier ainsi que les allocations que le particulier reçoit, y compris les montants qu'il reçoit et dont il n'a pas à justifier l'utilisation, pour frais personnels ou de subsistance ou pour toute autre fin.

[...]

SECTION VI

ÉMISSION DE TITRES À DES EMPLOYÉS

47.18. Dans la présente section et dans l'article 259.0.1, l'expression:

«personne admissible» désigne une société ou une fiducie de fonds commun de placements;

receives or benefits from in that year or which are allocated to the individual for that year, and that are provided for in this chapter.

Such amounts include the fees received by the individual because of, or in the course of, an office or employment, including director's fees.

[...]

DIVISION II

FRINGE BENEFITS

37. The amounts required to be included in computing an individual's income are the value of board, lodging and other benefits of any kind whatever received or enjoyed by the individual, or by a person who does not deal at arm's length with the individual, because of, or in the course of, the individual's office or employment and the allowances received by the individual, including any amount received, without having to account for its use, for personal or living expenses or for any other purpose.

[...]

DIVISION VI

AGREEMENT TO ISSUE SECURITIES TO EMPLOYEES

47.18. In this division and in section 259.0.1,

“qualifying person” means a corporation or a mutual fund trust;

“security” of a qualifying person

«titre» d'une personne admissible désigne:

a) lorsque la personne admissible est une société, une action du capital-actions de celle-ci;

b) lorsque la personne admissible est une fiducie de fonds commun de placements, une unité de celle-ci.

48. La présente section s'applique lorsqu'une personne admissible donnée convient de vendre ou d'émettre un de ses titres ou un titre d'une personne admissible avec laquelle elle a un lien de dépendance, à un de ses employés ou à un employé d'une personne admissible avec laquelle elle a un lien de dépendance.

49. Sous réserve de l'article 49.2, un employé qui acquiert un titre en vertu de la convention visée à l'article 48 est réputé recevoir en raison de sa charge ou de son emploi, dans l'année d'imposition où il acquiert le titre, un avantage égal à l'excédent de la valeur du titre, au moment où il l'acquiert, sur l'ensemble du montant payé ou à payer par lui à la personne admissible pour le titre et du montant payé par lui pour acquérir le droit d'acquérir le titre.

[...]

50. L'employé qui cède ou aliène des droits prévus par la convention visée à l'article 48, en ce qui concerne des

means

(a) if the qualifying person is a corporation, a share of the capital stock of the corporation; and

(b) if the qualifying person is a mutual fund trust, a unit of the trust.

48. This division applies where a particular qualifying person agrees to sell or issue one of its securities or a security of a qualifying person with which it does not deal at arm's length to one of its employees or to an employee of a qualifying person with which it does not deal at arm's length.

49. Subject to section 49.2, an employee who acquires a security under the agreement referred to in section 48 is deemed to receive because of the employee's office or employment, in the taxation year in which the employee acquires the security, a benefit equal to the amount by which the value of the security at the time the employee acquires it exceeds the aggregate of the amount paid or to be paid to the qualifying person by the employee for the security and the amount paid by the employee to acquire the right to acquire the security.

[...]

50. An employee who transfers or disposes of rights under the agreement referred to in section 48

titres, à une personne avec laquelle il n'a aucun lien de dépendance, est réputé recevoir en raison de sa charge ou de son emploi, dans l'année d'imposition dans laquelle il fait cette cession ou aliénation, un avantage égal à l'excédent de la valeur de la contrepartie de la cession ou de l'aliénation sur le montant qu'il a payé pour acquérir ces droits.

[...]

54. Lorsqu'une personne admissible donnée convient de vendre ou d'émettre un de ses titres ou un titre d'une personne admissible avec laquelle elle a un lien de dépendance, à un de ses employés ou à un employé d'une personne admissible avec laquelle elle a un lien de dépendance, l'employé n'est pas réputé recevoir, en vertu ou par l'effet de la convention, d'autre avantage que celui prévu par la présente section.

[...]

57. La présente section ne s'applique pas lorsque l'avantage accordé en vertu de la convention visée à l'article 48 n'a pas été reçu en raison de la charge ou de l'emploi.

[...]

TITRE VII

RÈGLES RELATIVES AU CALCUL DU REVENU

[...]

CHAPITRE II

in respect of securities to a person with whom the employee is dealing at arm's length, is deemed to receive because of the employee's office or employment, in the taxation year in which the employee makes the transfer or disposition, a benefit equal to the amount by which the value of the consideration for the transfer or disposition exceeds the amount paid by the employee to acquire those rights.

[...]

54. If a particular qualifying person has agreed to sell or issue one of its securities, or a security of a qualifying person with which it does not deal at arm's length, to one of its employees or to an employee of the qualifying person with which it does not deal at arm's length, the employee is deemed to receive no benefit under or because of the agreement other than as provided in this division.

[...]

57. This division does not apply where the benefit conferred under the agreement contemplated in section 48 was not received by reason of the office or employment.

[...]

TITLE VII

RULES RELATING TO COMPUTATION OF INCOME

[...]

CHAPTER II

CONTREPARTIES INSUFFISANTES
ET ATTRIBUTION DE BIENS

422. Sauf disposition contraire de la présente partie, l'aliénation ou l'acquisition d'un bien par un contribuable sont réputées faites à la juste valeur marchande de ce bien au moment de l'aliénation ou de l'acquisition, selon le cas, lorsque l'une des situations suivantes s'applique :

- a) le contribuable l'acquiert par donation, succession ou testament, ou en raison d'une aliénation qui n'entraîne pas de changement dans la propriété à titre bénéficiaire du bien ;
- b) le contribuable l'acquiert d'une personne avec laquelle il a un lien de dépendance, pour un montant supérieur à cette valeur ;
- c) le contribuable l'aliène en faveur :
 - i. soit d'une personne avec laquelle il a un lien de dépendance, à titre gratuit ou moyennant une contrepartie inférieure à cette juste valeur marchande ;
 - ii. soit d'une personne par donation;
 - iii. soit d'une fiducie en raison d'une aliénation qui n'entraîne pas de changement dans la propriété à titre bénéficiaire du bien.

INADEQUATE CONSIDERATIONS
AND ATTRIBUTION OF
PROPERTY

422. Except as otherwise provided in this Part, the disposition or acquisition of a property by a taxpayer is deemed to be made at the fair market value of the property at the time of the disposition or acquisition, as the case may be, where

- (a) the taxpayer acquires it by gift, succession or will, or because of a disposition that does not result in a change in the beneficial ownership of the property;
- (b) the taxpayer acquires it from a person with whom he is not dealing at arm's length, for an amount greater than such value; or
- (c) the taxpayer disposes of it
 - i. to a person with whom the taxpayer is not dealing at arm's length, gratuitously or for consideration that is less than that fair market value,
 - ii. to any person by gift or
 - iii. to a trust because of a disposition that does not result in a change in the beneficial ownership of the property.

ANALYSE

[37] Vu mes conclusions sur les deux premières questions en litige, il n'est pas nécessaire de traiter de la dernière question.

A) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur révisable en concluant que M. Des Groseillers n'a pas aliéné des droits prévus à une convention visée à l'article 48 la Loi sur les impôts?

[38] Selon l'ARQ, le juge de première instance a commis une erreur de droit en écartant les termes clairs des actes de donation et du Régime.

[39] M. Des Groseillers ne conteste pas ce moyen. Il affirme avoir aliéné des droits, soit des options d'achat d'actions, prévus par une convention visée à l'article 48 L.I., en ce qui concerne des titres, à une personne avec laquelle il n'a aucun lien de dépendance. Il est donc d'avis que l'article 50 L.I. trouve application en l'espèce.

* *

[40] L'article 48 L.I. trouve application lorsque l'employeur convient d'émettre ou de vendre des titres à l'un de ses employés. En effet, les articles 47.18 à 58.0.7 de la L.I. énoncent des règles spécifiques régissant le calcul de l'avantage reçu par les employés, ainsi que le moment de leur comptabilisation dans le cadre des programmes d'options d'achat d'actions.

[41] En vertu de l'article 50 L.I., l'employé qui cède ou aliène un droit prévu dans une convention visée à l'article 48 à une personne avec laquelle il n'a aucun lien de dépendance est réputé recevoir en raison de sa charge ou de son emploi, dans l'année d'imposition dans laquelle il fait cette cession ou aliénation, un avantage égal à l'excédent de la valeur de la contrepartie de la cession ou de l'aliénation sur le montant qu'il a payé pour acquérir ce droit.

[42] En l'espèce, le juge première instance a conclu que les droits prévus au Régime ne sont pas des droits visés par l'article 48 L.I., car, dit-il, il ne s'agit pas de droits concernant des actions du capital-actions de la société.

[43] Avec égards, l'interprétation du juge est erronée. Le fait que le Régime donne le choix à l'employé de recevoir un paiement en espèces au lieu d'une action ne change pas la nature des droits visés.

[44] De plus, les règles prévues à l'article 8.2 du Régime concernant l'aliénation par donation ne limite pas la possibilité pour les employés de souscrire aux actions. Il s'agit plutôt d'un moyen qui permet à la société de limiter le droit de l'œuvre de bienfaisance à qui l'option a été transférée de devenir actionnaire lors de la levée de l'option.

[45] Puisque les textes du Régime et des actes de donation sont clairs, le juge de première instance devait se limiter à les appliquer²⁰.

[46] Tel qu'il est admis par toutes les parties, les droits donnés par M. Des Groseillers sont « les options d'achat d'actions » et comme les parties en conviennent, l'article 50 L.I. trouve application en l'espèce.

B) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur révisable en concluant que M. Des Groseillers n'a reçu aucun avantage imposable au sens de l'article 50 de la Loi sur les impôts?

[47] Selon l'ARQ, lorsqu'un contribuable aliène par donation ses options d'achat d'actions, il est réputé recevoir, en vertu de l'article 422 c) ii) L.I., une contrepartie égale à la juste valeur marchande de celles-ci.

[48] Pour sa part, M. Des Groseillers prétend que l'article 422 c) ii) L.I. ne s'applique pas en l'espèce, puisque l'article 50 prévoit toutes les présomptions applicables aux fins du calcul de l'avantage imposable en lien avec la donation des options. Selon lui, les termes de l'article 54 L.I. empêche le recours à l'article 422 L.I. ou à toute autre disposition qui ne se trouve pas dans la section VI. Il invite la Cour à conclure qu'aucun avantage n'a été reçu en échange des dons, puisque l'article 50 L.I. exige que l'on utilise la valeur véritable de la contrepartie reçue afin d'établir le quantum de l'avantage. Or, en l'espèce, cette contrepartie est égale à 0 \$. Subsidiairement, M. Des Groseillers avance que l'article 422 L.I. ne crée pas de contrepartie réputée puisque le mot « contrepartie » n'y apparaît pas.

* *

[49] L'interprétation de toute loi, y compris une loi fiscale, exige l'application de la méthode moderne d'interprétation législative²¹.

[50] Toutefois, « les considérations générales touchant l'objet de la loi [ne peuvent] se substitue[r] aux termes précis employés par le législateur »²². En effet, « la nature

²⁰ *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43, [2017] 2 R.C.S. 59, paragr. 36. Voir également : Jean-Louis Baudouin, Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, paragr. 413; Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018, paragr. 1584.

²¹ *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, paragr. 26; *Cie pétrolière Impériale ltée c. Canada*; *Inco ltée c. Canada*, 2006 CSC 46, [2006] 2 R.C.S. 447, paragr. 25-27; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, paragr. 21; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, paragr. 10; *Turcotte c. Agence du revenu du Québec*, 2015 QCCA 396, paragr. 19.

²² *Cie pétrolière Impériale ltée c. Canada*; *Inco ltée c. Canada*, 2006 CSC 46, [2006] 2 R.C.S. 447, paragr. 26.

particulière des lois fiscales et les caractéristiques de leurs structures souvent complexes expliquent pourquoi on a toujours mis l'accent sur la nécessité d'examiner attentivement le texte même »²³ de celles-ci « de manière à permettre aux contribuables de se fonder sur celui-ci, sans risque d'erreur, pour exploiter leur entreprise et organiser leurs affaires fiscales »²⁴.

[51] Dans l'arrêt *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, le juge LeBel explique l'application de ces principes²⁵ :

[21] Dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, notre Cour a rejeté l'approche restrictive en matière d'interprétation des lois fiscales et a statué que la méthode d'interprétation moderne s'applique autant à ces lois qu'aux autres lois. En d'autres termes, « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (p. 578) : voir l'arrêt *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. Toutefois, le caractère détaillé et précis de nombreuses dispositions fiscales a souvent incité à mettre davantage l'accent sur l'interprétation textuelle : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54, par. 11. Les contribuables ont le droit de s'en remettre au sens clair des dispositions fiscales pour organiser leurs affaires. Lorsqu'il est précis et non équivoque, le texte d'une loi joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation.

[22] Par contre, lorsque le texte d'une loi peut recevoir plus d'une interprétation raisonnable, le sens ordinaire des mots joue un rôle moins important et il peut devenir nécessaire de se référer davantage au contexte et à l'objet de la Loi : *Trustco Canada*, par. 10. De plus, comme la juge en chef McLachlin l'a fait remarquer au par. 47, « [m]ême lorsque le sens de certaines dispositions peut paraître non ambigu à première vue, le contexte et l'objet de la loi peuvent révéler ou dissiper des ambiguïtés latentes. » La Juge en chef a ensuite expliqué que, pour dissiper les ambiguïtés explicites ou latentes d'une mesure législative fiscale, « les tribunaux doivent adopter une méthode d'interprétation législative textuelle, contextuelle et téléologique unifiée ».

[23] Le degré de précision et de clarté du libellé d'une disposition fiscale influe donc sur la méthode d'interprétation. Lorsque le sens d'une telle disposition ou son application aux faits ne présente aucune ambiguïté, il suffit de l'appliquer.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, paragr. 21-24. Voir également : *Cie pétrolière Impériale Ltée c. Canada*; *Inco Ltée c. Canada*, 2006 CSC 46, [2006] 2 R.C.S. 447, paragr. 24-29.

La mention de l'objet de la disposition [TRADUCTION] « ne peut pas servir à créer une exception tacite à ce qui est clairement prescrit » : voir P. W. Hogg, J. E. Magee et J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (5e éd. 2005), p. 569; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622. Lorsque, comme en l'espèce, la disposition peut recevoir plus d'une interprétation raisonnable, il faut accorder plus d'importance au contexte, à l'économie et à l'objet de la loi en question. Par conséquent, l'objet d'une loi peut servir non pas à mettre de côté le texte clair d'une disposition, mais à donner l'interprétation la plus plausible à une disposition ambiguë.

[24] Bien qu'il existe une présomption résiduelle en faveur du contribuable, elle demeure seulement résiduelle et ne s'applique donc que dans le cas exceptionnel où les principes d'interprétation ordinaires ne permettent pas de régler la question en litige : *Notre-Dame de Bon-Secours*, p. 19. Tout doute concernant le sens d'une loi fiscale doit être raisonnable et la présomption ne peut être invoquée que si l'application des règles d'interprétation habituelles n'a pas permis de déterminer le sens de la disposition en cause. [...]

[52] Puisqu'il s'agit principalement d'un exercice d'interprétation législative et par souci de commodité, je reproduis encore une fois les articles 50, 54 et 422 L.I. :

50. L'employé qui cède ou aliène des droits prévus par la convention visée à l'article 48, en ce qui concerne des titres, à une personne avec laquelle il n'a aucun lien de dépendance, est réputé recevoir en raison de sa charge ou de son emploi, dans l'année d'imposition dans laquelle il fait cette cession ou aliénation, un avantage égal à l'excédent de la valeur de la contrepartie de la cession ou de l'aliénation sur le montant qu'il a payé pour acquérir ces droits.

[...]

54. Lorsqu'une personne admissible donnée convient de vendre ou d'émettre un de ses titres ou un titre d'une personne admissible avec laquelle elle a un lien de dépendance, à un de ses employés ou à un employé d'une personne admissible

50. An employee who transfers or disposes of rights under the agreement referred to in section 48 in respect of securities to a person with whom the employee is dealing at arm's length, is deemed to receive because of the employee's office or employment, in the taxation year in which the employee makes the transfer or disposition, a benefit equal to the amount by which the value of the consideration for the transfer or disposition exceeds the amount paid by the employee to acquire those rights.

[...]

54. If a particular qualifying person has agreed to sell or issue one of its securities, or a security of a qualifying person with which it does not deal at arm's length, to one of its employees or to an employee of the qualifying person with which it does

avec laquelle elle a un lien de dépendance, l'employé n'est pas réputé recevoir, en vertu ou par l'effet de la convention, d'autre avantage que celui prévu par la présente section.

[...]

422. Sauf disposition contraire de la présente partie, l'aliénation ou l'acquisition d'un bien par un contribuable sont réputées faites à la juste valeur marchande de ce bien au moment de l'aliénation ou de l'acquisition, selon le cas, lorsque l'une des situations suivantes s'applique :

- a) le contribuable l'acquiert par donation, succession ou testament, ou en raison d'une aliénation qui n'entraîne pas de changement dans la propriété à titre bénéficiaire du bien ;
- b) le contribuable l'acquiert d'une personne avec laquelle il a un lien de dépendance, pour un montant supérieur à cette valeur ;
- c) le contribuable l'aliène en faveur :
 - i. soit d'une personne avec laquelle il a un lien de dépendance, à titre gratuit ou moyennant une contrepartie inférieure à cette juste valeur marchande ;
 - ii. soit d'une personne par donation;
 - iii. soit d'une fiducie en raison d'une aliénation qui n'entraîne pas de changement dans la propriété à titre bénéficiaire du bien.

not deal at arm's length, the employee is deemed to receive no benefit under or because of the agreement other than as provided in this division.

[...]

422. Except as otherwise provided in this Part, the disposition or acquisition of a property by a taxpayer is deemed to be made at the fair market value of the property at the time of the disposition or acquisition, as the case may be, where

- (a) the taxpayer acquires it by gift, succession or will, or because of a disposition that does not result in a change in the beneficial ownership of the property;
- (b) the taxpayer acquires it from a person with whom he is not dealing at arm's length, for an amount greater than such value; or
- (c) the taxpayer disposes of it
 - i. to a person with whom the taxpayer is not dealing at arm's length, gratuitously or for consideration that is less than that fair market value,
 - ii. to any person by gift or
 - iii. to a trust because of a disposition that does not result in a change in the beneficial ownership of the property.

[Soulignements ajoutés]

[53] L'article 422 a pour effet de modifier le résultat de certaines transactions lorsque le produit de la disposition du bien s'écarte de sa juste valeur marchande. Cette disposition est une mesure anti-évitement adoptée pour prévenir le fractionnement du revenu²⁶.

[54] Elle se trouve d'ailleurs dans une section de la L.I. qui prévoit un certain nombre de règles d'application générale qui « ont pour effet d'apporter des correctifs à l'égard de certains type de transactions, ou, plus particulièrement, de limiter les possibilités d'évitement fiscal de la part des contribuables »²⁷.

[55] Ainsi, en principe, les règles de calcul prévues à l'article 422 s'appliquent quel que soit le type de revenu, incluant le revenu provenant d'un emploi²⁸. Les auteurs de l'ouvrage *Collection fiscale du Québec – Provincial* semblent favoriser cette interprétation²⁹ :

Essentiellement les articles 422 à 427.5 visent d'une part à empêcher un contribuable de réclamer, dans certaines circonstances, des sommes, montants ou coûts excessifs à titre de contrepartie payée ou à être payée à une personne avec laquelle il ne transige pas à distance, et d'autre part, à obliger ledit contribuable à inclure dans son revenu ou à comptabiliser la totalité de la valeur des biens aliénés en faveur desdites personnes. Chacune des dispositions traite d'une situation spécifique et est rédigée en termes suffisamment larges et vagues pour avoir une application très étendue. D'ailleurs, ces dispositions devraient être considérées à chaque occasion où une transaction entre personnes ayant un lien de dépendance est envisagée.

L'article 422, qui représente une mesure d'application générale, s'applique à l'égard de l'acquisition et de l'aliénation de biens par un contribuable dans certaines circonstances. Lorsque les conditions prévues par l'article s'appliquent, le contribuable est réputé avoir aliéné ou acquis, selon le cas, le bien visé à un prix égal à la juste valeur marchande du bien visé. Cette mesure est généralement applicable aux transactions effectuées par des personnes ayant un lien de dépendance entre elles sauf pour l'acquisition par donation, succession ou testament ou en encore en raison d'une aliénation qui n'entraîne pas de changement dans la propriété à titre de bénéficiaire du bien. Dans ces derniers cas, la règle est applicable même à des contribuables n'ayant pas de

²⁶ David G. Duff *et al.*, *Canadian Income Tax Law*, 6^e éd., Toronto, LexisNexis Canada, 2018, p. 1332-1333. Voir également : *Brown c. Canada*, 2003 CAF 192, paragr. 14; Guy Lord *et al.*, *Les principes de l'imposition au Canada*, 13^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 267.

²⁷ Pierre Dussault et Normand Ratti, *L'impôt sur le revenu au Canada – Éléments fondamentaux*, 3^e éd., t. 1, Sherbrooke, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2005, p. 11-1.

²⁸ David G. Duff *et al.*, *Canadian Income Tax Law*, 6^e éd., Toronto, LexisNexis Canada, 2018, p. 1297.

²⁹ *Collection fiscale du Québec — Provincial — Commentaires II*, éd. à feuilles mobiles (mise à jour en 2014), Brossard, Publications CCH, 1994, paragr. 80 650, p. 25 157.

lien de dépendance. Mentionnons toutefois que la L.I. prévoit plusieurs situations où les règles prévus à l'article 422 ne sont pas applicables (à titre d'exemple : voir aa. 431 et 518 L.I.).

[Soulignements ajoutés]

[56] Donc, en principe et sauf disposition contraire de la Loi, il faut tenir compte de la juste valeur marchande d'un bien aliéné par donation dans le calcul du revenu du donateur.

[57] M. Des Groseillers plaide que l'article 422 ne trouve pas application en l'espèce puisque les articles 47.18 à 58.0.7 de la L.I. constituent un code complet qui comporte en lui-même et de façon exhaustive l'ensemble des règles de calcul du revenu tiré de l'émission de titres à des employés, de même que l'ensemble des fictions juridiques que le législateur a jugé nécessaire d'adopter au soutien de ces règles. Il ajoute que l'article 54 L.I. est une disposition contraire qui exclut l'application de l'article 422 L.I.

[58] Qu'en est-il?

[59] Certes, il est vrai que la présomption codifiée à l'article 54 L.I. a pour but d'écarter tout article qui aurait pu autrement régir l'imposition des droits conférés à un employé en vertu de la convention d'achat d'actions³⁰. En effet, le sens ordinaire du mot « avantage » (*benefit* en anglais) inclut tout « ce qui constitue ou apporte un profit matériel ou moral »³¹. Ainsi, l'article 54 joue un rôle essentiel pour assurer l'assujettissement des avantages découlant de l'octroi d'options d'achat d'actions aux articles 49 et s. de la L.I. et les exclure du champ d'application des articles 36 et 37.

[60] Ce constat est confirmé par un certain nombre de décisions portant sur le pendant fédéral de l'article 54 L.I., soit le paragraphe 7(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³². Selon cette jurisprudence, la règle vise à empêcher la double imposition des avantages relatifs aux options d'achats d'actions accordées aux employés³³.

³⁰ Voir à titre comparatif : Chambre des communes, *Débats de la Chambre des communes*, 21e lég., 7^e sess., vol. 4, 10 avril 1953, p. 3938 (D. Abbott), où le ministre des Finances fédéral affirme qu'« il n'est pas nécessaire d'inclure cette prestation dans les autres revenus, aux fins de l'impôt plaçant ainsi l'employé dans une catégorie supérieure à celle qui aurait autrement été la sienne. »

³¹ Dictionnaire Larousse, version informatisée <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue/>, « Avantage ». Voir également : *R. c. Savage*, [1983] 2 R.C.S. 428, p. 439; Jinyan Li, Joanne Magee & J. Scott Wilkie, *Principles of Canadian Income Tax Law*, 9^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2017, p. 139.

³² L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl).

³³ *Dundas v. M.N.R.*, 90 D.T.C. 1529, p. 1539-1540 (C.C.I.); *M.N.R. v. Chrysler Canada Ltd. et al.*, 92 D.T.C. 6346, p. 6348 (C.F.); *Transalta Corporation c. La Reine*, 2012 CCI 86, paragr. 50 et 51; *Mathieu c. La Reine*, 2014 CCI 207, paragr. 78; *Rogers (Succession) c. La Reine*, 2014 CCI 348, paragr. 39. Voir également : *Canada (Procureur général) c. Henley*, 2007 CAF 370, paragr. 18; *Ferlaino c. Canada*, 2017 CAF 105, paragr. 4 et 5.

[61] Toutefois, là où je ne peux souscrire aux arguments de M. Des Groseillers, c'est lorsqu'il étend l'application de cet article aux présomptions découlant de l'article 422 L.I.

[62] Premièrement, l'article 50 L.I. prévoit deux choses. D'une part, il indique le moment de l'imposition d'un avantage reçu en raison d'une convention visée à l'article 48 L.I. Et d'autre part, en considérant la cession à titre de revenu d'emploi, l'article 50 établit une exception à la règle générale selon laquelle l'aliénation d'un bien donne lieu à un gain ou à une perte en capital³⁴. Le sous-paragraphe 422 c) ii) L.I., en imputant une valeur à la contrepartie, n'a pas d'impact sur ces fictions juridiques. **Cela dit, à mon avis, il n'y a pas de véritable conflit entre l'article 50 et l'article 422.**

[63] Deuxièmement, la formulation très large de la règle prévue à l'article 422 laisse penser que l'objectif du législateur était d'imputer à toute aliénation d'un bien par une personne une valeur égale à la juste valeur marchande de ce bien aux fins du calcul du revenu. De plus, le législateur n'a pas explicitement exclu la section de la loi portant sur les options d'achat d'actions accordées aux employés de l'application de l'article 422 lorsqu'il a adopté la *Loi sur les impôts* en 1972 ni lors de ses modifications subséquentes. Son silence à cet égard est révélateur, puisque la L.I. comporte plusieurs mentions expresses de la non-applicabilité de l'article 422³⁵.

[64] L'article 54 L.I. a seulement comme effet de donner préséance à l'application des articles 49 et s. sur tout autre article prévoyant une règle d'imposition. Il n'empêche pas l'ARQ de recourir aux présomptions prévues dans la L.I. afin de calculer le revenu imposable du contribuable.

[65] Les décisions sur lesquelles s'appuie M. Des Groseillers ne s'avèrent pas déterminantes en l'espèce. En effet, il n'existe aucun précédent, que ce soit au niveau fédéral ou provincial, qui se rapproche du cas sous étude.

[66] Dans l'arrêt *Ferlaino c. Canada*³⁶, la Cour d'appel fédérale devait déterminer si un avantage économique qui aurait été perçu au moment de l'octroi des options doit être ignoré aux fins de l'impôt. Or, les règles législatives portant sur les options d'achat d'actions permettent de différer l'imposition d'un avantage reçu au titre d'une charge ou d'un emploi lorsqu'il s'agit d'un droit prévu dans un régime d'options d'achat d'actions. C'est dans ce contexte que la Cour dit que l'article 7 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* « constitue un code qui régit de manière exhaustive l'imposition des options d'achat d'actions accordées à des employés »³⁷.

³⁴ Jinyan Li, Joanne Magee & J. Scott Wilkie, *Principles of Canadian Income Tax Law*, 9^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2017, p. 151.

³⁵ Voir, à titre d'illustration, les articles 431, 444, 450, 460, 462 et 1082.11.

³⁶ 2017 CAF 105.

³⁷ *Ferlaino c. Canada*, 2017 CAF 105, paragr. 3.

[67] Le principe de l'interprétation contextuelle, codifié à l'article 41.1 de la *Loi d'interprétation*³⁸, exige que l'on considère chaque élément de la loi à la lumière de l'ensemble³⁹. Comme le rappelait le juge Beetz dans l'arrêt *R. c. Nabis* : « l'interprète des lois doit tendre à leur intégration en un système cohérent plutôt qu'à leur morcellement et à leur discontinuité »⁴⁰.

[68] Évidemment, ce principe trouve application en matière d'interprétation des lois fiscales. Dans l'arrêt *Markevich c. Canada*⁴¹, le juge Major explique que la *Loi de l'impôt sur le revenu* peut être interprétée à la lumière des lois d'application générale et que celle-ci ne constitue pas un code complet :

[13] Les dispositions de la *LIR* sur les cotisations sont claires en ce qui a trait à la prescription. Par contre, celles sur le recouvrement sont muettes à ce sujet. Rien dans l'art. 222 ni dans les dispositions s'y rattachant n'indique l'absence ou la présence d'un délai de prescription. L'appelante soutient, malgré tout, que la *LIR* comporte des « disposition[s] contraire[s] » quant à la prescription. À son avis, la *LIR* constitue un code complet pour le recouvrement d'impôts et ses silences témoignent donc de l'intention du législateur d'éviter d'entraver, par l'imposition de délais de prescription, l'exercice par l'État de ses pouvoirs de recouvrement.

[14] Rien n'appuie la théorie selon laquelle la *LIR* est un code complet qui ne peut être interprété à la lumière des lois d'application générale. La *LIR* ne s'applique pas dans un vide législatif : voir *Will-Kare*, précité, par. 31. Voir également P. W. Hogg, J. E. Magee et T. Cook, *Principles of Canadian Income Tax Law* (3^e éd. 1999), p. 2, où les auteurs notent que la [TRADUCTION] « *Loi de l'impôt sur le revenu* se fonde implicitement sur le droit commun ». En conséquence, pour savoir si une loi ou un principe juridique influe sur l'application de la *LIR*, il faut analyser les dispositions particulières en cause.

[Soulignements ajoutés]

[69] Dans le présent dossier, l'interprétation adoptée par le juge d'instance postule que la section VI de la L.I. s'avère un code complet et que « l'article 422 L.I. ne peut être invoqué afin de compléter les règles de calcul du revenu prévu à la Section VI »⁴².

³⁸ RLRQ, c. I-16.

³⁹ *Ville de Saint-Constant c. Succession de Pépin*, 2020 QCCA 1292, paragr. 102; Pierre-André Côté, avec la collab. de Mathieu Devinat et Stéphane Beaulac, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, paragr. 1163.

⁴⁰ *R. c. Nabis*, [1975] 2 R.C.S. 485, p. 494.

⁴¹ 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94.

⁴² *Des Groseillers c. Agence du revenu du Québec*, 2019 QCCQ 1430, paragr. 73.

[70] Or, si l'article 54 assure l'assujettissement des avantages découlant de l'octroi d'options d'achat d'actions aux articles 49 et s. de la L.I. et les exclut du champ d'application des articles 36 et 37, il ne constitue pas, en l'absence d'indices législatifs clairs à cet effet, un code si complet et si hermétique que l'application de l'article 422 est exclue.

[71] Je rappelle que l'article 422 est contenu dans le titre VII de la L.I. qui concerne les règles omnibus relatives au calcul du revenu. Il prévoit plus spécifiquement que lorsqu'un contribuable aliène un bien en faveur d'une personne comme en l'espèce par donation, l'aliénation est réputée faite à la juste valeur marchande de ce bien au moment de l'aliénation.

[72] Par ailleurs, l'argument voulant que l'article 422 ne puisse s'appliquer en l'espèce car le mot « contrepartie » n'apparaît pas à cet article n'est pas convaincant.

[73] M. Des Groseillers prétend que le choix des mots par le législateur est délibéré – choix qui s'expliquerait par son souhait de donner effet à l'article 422 dans des situations bien circonscrites. Il donne l'exemple des articles 7.21 et 7.22 de la L.I. où, selon lui, la création d'une contrepartie réputée mènerait à un résultat absurde puisque le montant admissible d'un don sera toujours égal à 0 \$.

[74] La lecture que fait l'intimé de ces articles me semble erronée. Les articles 7.21 et 7.22 L.I. prévoient quel est le montant admissible d'un don pour les fins du crédit d'impôt. Il n'est pas question à ces articles de calculer le revenu du contribuable. Par ailleurs, la distinction qu'il nous invite à faire entre les expressions « contrepartie réputée » et « aliénation réputée faite » est superflue. En effet, il suffit de lire le titre du chapitre dans lequel se trouve l'article 422 pour constater que la présomption créée vise la contrepartie reçue pour l'aliénation d'un bien.

[75] Ainsi, je conclus que l'ARQ avait raison de cotiser M. Des Groseillers pour l'avantage reçu. En l'espèce, la valeur de la contrepartie reçue est égale à la juste valeur marchande des options d'achat d'actions au moment du don.

[76] Pour ces motifs, je propose d'accueillir l'appel de l'ARQ avec frais de justice, d'infirmer le jugement de la Cour du Québec et, procédant à rendre la décision qui aurait dû être prononcée, de rejeter, avec les frais de justice, les appels de M. Des Groseillers et de BMTC.

GUY COURNOYER, J.C.A.

**Deputy Minister of Revenue of Quebec
and Her Majesty The Queen in right of
Canada** *Appellants*

v.

**Caisse populaire Desjardins de Montmagny
and Raymond Chabot Inc., in its capacity as
Trustee in bankruptcy of 9083-4185 Québec
Inc.** *Respondents*

and

**Canadian Association of Insolvency and
Restructuring Professionals** *Intervener*

- and -

**Deputy Minister of Revenue of Quebec
and Her Majesty The Queen in right of
Canada** *Appellants*

v.

**Raymond Chabot Inc., in its capacity
as Trustee for the estate of the debtor,
Consortium Promecan Inc.** *Respondent*

- and -

**Deputy Minister of Revenue of Quebec
and Her Majesty The Queen in right of
Canada** *Appellants*

v.

National Bank of Canada *Respondent*

and

**Canadian Association of Insolvency and
Restructuring Professionals** *Intervener*

**Sous-ministre du Revenu du Québec
et Sa Majesté la Reine du chef du
Canada** *Appelants*

c.

**Caisse populaire Desjardins de Montmagny
et Raymond Chabot inc., en sa qualité de
syndic à la faillite de 9083-4185 Québec
inc.** *Intimées*

et

**Association canadienne des
professionnels de l'insolvabilité et de la
réorganisation** *Intervenante*

- et -

**Sous-ministre du Revenu du Québec
et Sa Majesté la Reine du chef du
Canada** *Appelants*

c.

**Raymond Chabot inc., en sa qualité de syndic
à l'actif de la débitrice Consortium Promecan
inc.** *Intimée*

- et -

**Sous-ministre du Revenu du Québec
et Sa Majesté la Reine du chef du
Canada** *Appelants*

c.

Banque Nationale du Canada *Intimée*

et

**Association canadienne des
professionnels de l'insolvabilité et de la
réorganisation** *Intervenante*

INDEXED AS: QUEBEC (REVENUE) v. CAISSE POPULAIRE DESJARDINS DE MONTMAGNY**Neutral citation: 2009 SCC 49.**

File Nos.: 32486, 32489, 32492.

2009: March 17; 2009: October 30.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Bankruptcy and insolvency — Crown claims — Goods and services tax — Provincial sales tax — Tax amounts that have been collected but not remitted, or are collectible, at time of bankruptcy of supplier — Legal characterization of Crown's rights in amounts of such taxes — Whether federal or provincial Crown is ordinary creditor or owner of tax amounts — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222(1), (1.1) — Act respecting the Ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31, s. 20 — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 67(2).

The GST imposed under the *Excise Tax Act* (“ETA”) and the QST payable under the *Act respecting the Québec Sales Tax* are taxes that are collected, and in respect of which credits are available, at each step of the manufacturing and marketing of taxable goods and services. They are payable by the recipient, who is regarded as the debtor in respect of the tax liability to the Crown. In principle, the supplier acts only as a mandatary of the Crown in collecting and remitting these taxes and is deemed to hold the amounts so collected in trust for Her Majesty.

A number of businesses went bankrupt. The Canadian and Quebec tax authorities (the “tax authorities”) claimed from the trustees the GST and QST amounts that had been collected but not remitted, or were collectible, by those businesses as of the dates of their bankruptcies. The tax authorities submitted that they were entitled to the amounts in issue as the owners thereof. Financial institutions that held various security interests in the property of the bankrupts contended that, under the law applicable in bankruptcy matters, the federal or provincial Crown is only an ordinary creditor and must be ranked as such with the debtors’ other creditors, and that their security interests could therefore be set up against the Crown. The Quebec Superior

RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (REVENU) c. CAISSE POPULAIRE DESJARDINS DE MONTMAGNY**Référence neutre : 2009 CSC 49.**N^{os} du greffe : 32486, 32489, 32492.

2009 : 17 mars; 2009 : 30 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Faillite et insolvabilité — Réclamations de la Couronne — Taxe sur les produits et services — Taxe de vente provinciale — Montants des taxes perçus, mais non remis, ou percevables au moment de la faillite d'un fournisseur — Qualification juridique des droits de l'État à l'égard des montants de ces taxes — La Couronne fédérale ou provinciale est-elle une créancière ordinaire ou la propriétaire du montant des taxes? — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222(1), (1.1) — Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31, art. 20 — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 67(2).

La TPS, imposée en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise* (« LTA »), et la TVQ, exigible sous l'autorité de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, sont des taxes qui sont prélevées et créditées à chaque étape de la fabrication et de la mise en marché des produits et des services taxables. Elles sont exigibles de l'acquéreur, qui est considéré comme le débiteur de l'obligation fiscale à l'égard de l'État. En principe, le fournisseur n'agit que comme mandataire de l'État pour la perception et la remise de ces taxes et est réputé détenir les montants perçus en fiducie pour Sa Majesté.

Des entreprises commerciales ont fait faillite. Les autorités fiscales du Canada et du Québec (le « fisc ») réclament des syndics les montants de TPS et de TVQ perçus, mais non remis, ou percevables par ces entreprises à la date de leurs faillites. Le fisc soutient que ces montants lui reviennent de droit car il en serait propriétaire. Les institutions financières titulaires de garanties diverses sur les biens des faillies estiment que le droit applicable en cas de faillite réduit la Couronne fédérale ou provinciale au rang de créancière ordinaire et qu'elle doit être colloquée en cette qualité avec les autres créanciers des débiteurs. Leurs sûretés seraient donc opposables à l'État. La Cour supérieure du Québec a donné raison au fisc en jugeant que les montants de TPS et de

Court found for the tax authorities on the basis that the GST and QST amounts were not part of the bankrupts' patrimonies. The Quebec Court of Appeal set aside the judgments.

Held: The appeals should be dismissed.

When a supplier goes bankrupt, the tax authorities do not own GST and QST amounts that have been collected but not remitted or are collectible at the time of the bankruptcy. Instead, they have an unsecured claim against the supplier. The legal characterization of the relationships between the tax authorities and the suppliers and recipients of goods and services cannot be considered in isolation from the overall context of the system for the collection and remittance of these taxes and from the provisions of the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA"). The tax authorities' position amounts to maintaining that the deemed trusts established by s. 222 *ETA* and s. 20 of the *Act respecting the Ministère du Revenu* ("AMR") continue to exist after a bankruptcy, which conflicts with both the words and the intent of the statutory provisions in question, and is inconsistent with the nature of the tax authorities' rights under the system for the collection and remittance of the GST and QST. [7] [21] [28-29]

In light of the 1992 amendments to s. 67 *BIA*, the deemed trusts established by ss. 222 *ETA* and 20 *AMR* are terminated at the time of the bankruptcy. Parliament also enacted concordance amendments to the *ETA* by adding subs. (1.1) to s. 222. As a result of this provision, deemed trusts intended to secure GST claims are ineffective in bankruptcy situations. Although the Quebec legislation does not contain a provision similar to s. 222(1.1) *ETA*, Parliament's legislative authority over bankruptcy prevents the provincial legislatures from modifying the order of priority established in the *BIA*. Thus, the trustee is responsible for liquidating patrimonies that include the GST and QST amounts in issue. The mandate the supplier or the trustee is deemed to have been given with respect to the two taxes involves the performance of obligations to collect and then to remit, not the amounts collected, but a balance resulting from offsetting claims of the Crown and the supplier. [7-8] [16-17] [23] [27-28]

Cases Cited

Referred to: *Reference re Quebec Sales Tax*, [1994] 2 S.C.R. 715; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 52, [2005] 2 S.C.R. 564; *Victuni AG v. Minister of Revenue of Quebec*, [1980] 1 S.C.R. 580; *Lefebvre (Trustee of)*,

TVQ ne faisaient pas partie du patrimoine des faillies. La Cour d'appel du Québec a infirmé les jugements.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

En cas de faillite du fournisseur, le fisc n'est pas propriétaire des montants de TPS et de TVQ perçus, mais non remis, ou percevables au moment de la faillite. Plutôt, il est titulaire d'une créance ordinaire contre le fournisseur. La qualification juridique des rapports entre le fisc, les fournisseurs et les acquéreurs de biens et services ne saurait être isolée de l'ensemble du contexte établi par le système de perception et de remise de ces taxes et par les dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« *LFI* »). La thèse défendue par le fisc équivaut à soutenir que les fiducies réputées établies par les art. 222 *LTA* et 20 de la *Loi sur le ministère du Revenu* (« *LMR* ») survivent à la faillite, ce qui contredit le texte et l'intention des dispositions législatives pertinentes, et est incompatible avec la nature des droits que reconnaît au fisc le système de perception et de remise de la TPS et de la TVQ. [7] [21] [28-29]

Vu les modifications apportées en 1992 à l'art. 67 *LFI*, les fiducies réputées établies par les art. 222 *LTA* et 20 *LMR* se terminent au moment de la faillite. Le Parlement a également adopté des modifications de concordance dans la *LTA* en ajoutant à l'art. 222 le par. (1.1) qui prive d'effet les fiducies réputées destinées à garantir les créances relatives à la TPS en cas de faillite. Bien que la législation québécoise ne contienne pas de disposition analogue à celle du par. 222(1.1) *LTA*, la compétence législative du Parlement en matière de faillite ne permet pas aux législatures provinciales de créer des priorités incompatibles avec l'ordre de collocation établi par la *LFI*. Le syndic a donc la charge de liquider des patrimoines qui comprennent les montants de TPS et de TVQ en litige. Le mandat réputé donné au fournisseur ou au syndic relativement aux deux taxes vise l'exécution d'obligations de perception, suivies de la remise non pas des sommes perçues, mais du solde résultant de la compensation des créances de l'État et du fournisseur. [7-8] [16-17] [23] [27-28]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 52, [2005] 2 R.C.S. 564; *Victuni AG c. Ministre du Revenu du Québec*, [1980]

2004 SCC 63, [2004] 3 S.C.R. 326; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond v. Canada*, 2009 SCC 29, [2009] 2 S.C.R. 94.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31, ss. 20, 23, 24.
Act respecting the Québec sales tax, R.S.Q., c. T-0.1, ss. 16, 82, 302.1, 422, 425, 427, 437.
Act respecting the Québec sales tax and amending various fiscal legislation, S.Q. 1991, c. 67.
Act to amend the Bankruptcy Act and to amend the Income Tax Act in consequence thereof, S.C. 1992, c. 27.
Bank Act, S.C. 1991, c. 46, s. 427.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 67, 86(1), 87(1).
Constitution Act, 1867, s. 92(2).
Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, ss. 141.01, 165, 169(1), 221(1), 222(1), (1.1), (3), 223, 224, 228, 265, 296(1)(b).

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. II, 3rd Sess., 34th Parl., June 19, 1991, p. 2106.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., November 1, 1991, p. 4354.
 Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 9, September 5, 1991, p. 9:5.
 Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 10, September 5, 1991, p. 10:18.
 Robert Brakel & Associates Ltd. *Value-Added Taxation in Canada: GST, HST, and QST*, 2nd ed. Toronto: CCH Canadian, 2003.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: Lexis-Nexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Forget, Doyon and Duval Hesler JJ.A.), 2007 QCCA 1837, [2008] R.J.Q. 39, 40 C.B.R. (5th) 18, [2008] G.S.T.C. 3, SOQUIJ AZ-50464769, [2007] J.Q. n° 14712 (QL), 2007 CarswellQue 12231, setting aside a decision of Boisvert J.,

1 R.C.S. 580; *Lefebvre (Syndic de)*, 2004 CSC 63, [2004] 3 R.C.S. 326; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2).
Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l'impôt sur le revenu en conséquence, L.C. 1992, ch. 27.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 67, 86(1), 87(1).
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 141.01, 165, 169(1), 221(1), 222(1), (1.1), (3), 223, 224, 228, 265, 296(1)(b).
Loi sur la taxe de vente du Québec, L.R.Q., ch. T-0.1, art. 16, 82, 302.1, 422, 425, 427, 437.
Loi sur la taxe de vente du Québec et modifiant diverses dispositions législatives d'ordre fiscal, L.Q. 1991, ch. 67.
Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31, art. 20, 23, 24.
Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 427.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 3^e sess., 34^e lég., 19 juin 1991, p. 2106.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 3^e sess., 34^e lég., 1^{er} novembre 1991, p. 4354.
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n° 9, 5 septembre 1991, p. 9:5.
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n° 10, 5 septembre 1991, p. 10:18.
 Robert Brakel & Associates Ltd. *Value-Added Taxation in Canada : GST, HST, and QST*, 2nd ed. Toronto : CCH Canadian, 2003.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : Lexis-Nexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Forget, Doyon et Duval Hesler), 2007 QCCA 1837, [2008] R.J.Q. 39, 40 C.B.R. (5th) 18, [2008] G.S.T.C. 3, SOQUIJ AZ-50464769, [2007] J.Q. n° 14712 (QL), 2007 CarswellQue 12231, qui a infirmé une décision du juge Boisvert,

2006 QCCS 2108, 34 C.B.R. (5th) 245, [2007] G.S.T.C. 185, SOQUIJ AZ-50368833, [2006] J.Q. n° 3613 (QL), 2006 CarswellQue 3427. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Forget, Doyon and Duval Hesler J.J.A.), 2007 QCCA 1835, 40 C.B.R. (5th) 18, [2008] G.S.T.C. 3, SOQUIJ AZ-50464328, [2007] J.Q. n° 14713 (QL), 2007 CarswellQue 12231, setting aside a decision of St-Julien J., 2006 QCCS 6370, SOQUIJ AZ-50412620, [2006] J.Q. n° 15239 (QL), 2006 CarswellQue 11998. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Forget, Doyon and Duval Hesler J.J.A.), 2007 QCCA 1813, 40 C.B.R. (5th) 18, [2008] G.S.T.C. 3, SOQUIJ AZ-50464770, [2007] J.Q. n° 14564 (QL), 2007 CarswellQue 12231, setting aside a decision of Bouchard J., 2006 QCCS 2656, 21 C.B.R. (5th) 289, [2006] G.S.T.C. 123, SOQUIJ AZ-50373960, [2006] J.Q. n° 11028 (QL), 2006 CarswellQue 4759. Appeal dismissed.

Christian Boutin, Michel Beauchamp and Jean-Yves Bernard, for the appellant the Deputy Minister of Revenue of Quebec.

Pierre Cossette and Guy Laperrière, for the appellant Her Majesty The Queen.

Reynald Auger and Jean-Patrick Dallaire, for the respondents Caisse populaire Desjardins de Montmagny and Raymond Chabot Inc., in its capacity as Trustee in bankruptcy of 9083-4185 Québec Inc.

Mason Poplaw and Miguel Bourbonnais, for the respondent Raymond Chabot Inc., in its capacity as Trustee for the estate of the debtor, Consortium Promecan Inc.

Marc Germain, for the respondent the National Bank of Canada.

2006 QCCS 2108, 34 C.B.R. (5th) 245, [2007] G.S.T.C. 185, SOQUIJ AZ-50368833, [2006] J.Q. n° 3613 (QL), 2006 CarswellQue 3427. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Forget, Doyon et Duval Hesler), 2007 QCCA 1835, 40 C.B.R. (5th) 18, [2008] G.S.T.C. 3, SOQUIJ AZ-50464328, [2007] J.Q. n° 14713 (QL), 2007 CarswellQue 12231, qui a infirmé une décision du juge St-Julien, 2006 QCCS 6370, SOQUIJ AZ-50412620, [2006] J.Q. n° 15239 (QL), 2006 CarswellQue 11998. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Forget, Doyon et Duval Hesler), 2007 QCCA 1813, 40 C.B.R. (5th) 18, [2008] G.S.T.C. 3, SOQUIJ AZ-50464770, [2007] J.Q. n° 14564 (QL), 2007 CarswellQue 12231, qui a infirmé une décision du juge Bouchard, 2006 QCCS 2656, 21 C.B.R. (5th) 289, [2006] G.S.T.C. 123, SOQUIJ AZ-50373960, [2006] J.Q. n° 11028 (QL), 2006 CarswellQue 4759. Pourvoi rejeté.

Christian Boutin, Michel Beauchamp et Jean-Yves Bernard, pour l'appelant le sous-ministre du Revenu du Québec.

Pierre Cossette et Guy Laperrière, pour l'appelante Sa Majesté la Reine.

Reynald Auger et Jean-Patrick Dallaire, pour les intimées la Caisse populaire Desjardins de Montmagny et Raymond Chabot inc., en sa qualité de syndic à la faillite de 9083-4185 Québec inc.

Mason Poplaw et Miguel Bourbonnais, pour l'intimée Raymond Chabot inc., en sa qualité de syndic à l'actif de la débitrice Consortium Promecan inc.

Marc Germain, pour l'intimée la Banque Nationale du Canada.

Éric Vallières and Sidney Elbaz, for the interveners.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] In these three cases, the Canadian and Quebec tax authorities, on the one hand, and the trustees in bankruptcy of certain businesses and financial institutions holding various security interests in the property of the bankrupts, on the other, disagree about what should be done with taxes on consumption that had been collected but not remitted, or were collectible, as of the date of the bankruptcy. The tax authorities submit that they are entitled to the amounts in issue as the owners thereof. The respondents contend that, under the law applicable in bankruptcy matters, the federal or provincial Crown is only an ordinary creditor and must be ranked as such with the debtors' other creditors. The financial institutions submit that their security interests can be set up against the Crown as against any ordinary creditor. The Quebec Superior Court found for the Crown. The Quebec Court of Appeal set aside the judgments and accepted the arguments of the trustees and financial institutions. In my view, that decision is well founded, and I would uphold it.

II. Origins of the Cases

[2] These three cases result from the bankruptcies of a number of businesses and from problems that arose as a result of their insolvency in respect of the administration of the federal goods and services tax ("GST") imposed under the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 ("ETA"), and the Quebec sales tax ("QST") payable under the *Act respecting the Québec sales tax*, R.S.Q., c. T-0.1 ("AQST"). To begin, I will summarize the facts that must be considered to understand these cases. The relevant statutory provisions are reproduced in the Appendix.

Éric Vallières et Sidney Elbaz, pour l'intervenante.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Dans ces trois dossiers, les autorités fiscales du Canada et du Québec, d'une part, et les syndicis à des faillites d'entreprises ainsi que les institutions financières titulaires de garanties diverses sur les biens des faillies, d'autre part, s'affrontent au sujet du sort de montants de taxes à la consommation perçus, mais non remis, ou percevables à la date de la faillite. Le fisc soutient que ces sommes lui reviennent de droit car il en serait propriétaire. Les intimées rétorquent que le droit applicable en cas de faillite réduit la Couronne fédérale ou provinciale au rang de créancière ordinaire et qu'elle doit être colloquée en cette qualité avec les autres créanciers des débiteurs. Selon les institutions financières, leurs sûretés sont opposables à l'État, comme à tous les créanciers ordinaires. La Cour supérieure du Québec a donné raison à l'État. La Cour d'appel du Québec a cassé ces jugements et admis les prétentions des syndicis et des institutions financières. À mon avis, cet arrêt est bien fondé et je le confirmerais.

II. Origine des litiges

[2] Ces trois affaires résultent de la faillite d'entreprises commerciales et des problèmes découlant de leur insolvabilité quant à l'application de la taxe fédérale sur les produits et services (« TPS ») imposée en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« LTA »), et de la taxe de vente du Québec (« TVQ ») exigible sous l'autorité de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., ch. T-0.1 (« LTVQ »). Je résumerai d'abord les faits essentiels à la compréhension de ces litiges. Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe.

A. *Deputy Minister of Revenue of Quebec and Her Majesty the Queen in Right of Canada v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny and Raymond Chabot Inc., in Its Capacity as Trustee in Bankruptcy of 9083-4185 Québec Inc.*

[3] In this case, a manufacturing company required, as a supplier, to collect the GST and the QST went bankrupt on September 7, 2005. Raymond Chabot Inc. was appointed trustee in bankruptcy. The debtor had hypothecated its claims and accounts receivable in favour of the respondent Caisse populaire Desjardins de Montmagny. Quebec's Deputy Minister of Revenue gave the trustee notice that he considered it to be his mandatar for the recovery of GST and QST amounts that had been collected but not remitted or were collectible. The tax authorities claimed that they owned the amounts in question. Furthermore, the record shows that some of the taxes that had been collected or were collectible at the time of the bankruptcy had been payable for more than 60 days. The Caisse populaire Desjardins de Montmagny claimed to hold valid security interests, which could be set up against the tax authorities, in the tax amounts related to the claims hypothecated in its favour. In view of these conflicting claims, the trustee asked the Superior Court to determine to whom the tax amounts belonged.

B. *Deputy Minister of Revenue of Quebec and Her Majesty the Queen in Right of Canada v. Raymond Chabot Inc. in Its Capacity as Trustee for the Estate of the Debtor, Consortium Promecan Inc.*

[4] In this case, Consortium Promecan Inc. went bankrupt on March 20, 2004, and Raymond Chabot Inc. was appointed trustee. The debtor had not filed returns with respect to the GST and the QST since February 1, 2004. Quebec's Deputy Minister of Revenue asked the trustee to remit to him all GST and QST amounts in respect of the period between February 1 and March 20, 2004 that had been collected or were collectible. The trustee replied that, in its view, the Deputy Minister was only an ordinary creditor in the bankruptcy, and it denied his

A. *Sous-ministre du Revenu du Québec et Sa Majesté la Reine du chef du Canada c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny et Raymond Chabot inc., en sa qualité de syndic à la faillite de 9083-4185 Québec inc.*

[3] Dans cette affaire, une entreprise manufacturière assujettie comme fournisseur à la TPS et à la TVQ a fait faillite le 7 septembre 2005. La société Raymond Chabot inc. a été nommée syndic à sa faillite. La débitrice avait hypothéqué ses créances et comptes à recevoir en faveur de l'intimée la Caisse populaire Desjardins de Montmagny. Le sous-ministre du Revenu du Québec a donné avis au syndic qu'il le considérait comme son mandatar pour le recouvrement des montants de TPS et de TVQ perçus, mais non remis, ou percevables. Le fisc affirmait être propriétaire de ces montants. Par ailleurs, il appert du dossier qu'une partie des taxes perçues ou percevables au moment de la faillite étaient exigibles depuis plus de 60 jours. La Caisse populaire Desjardins de Montmagny a prétendu détenir des sûretés valables et opposables au fisc sur les taxes afférentes aux créances hypothéquées en sa faveur. Devant ces prétentions contradictoires, le syndic a demandé à la Cour supérieure de déterminer à qui appartenaient les montants des taxes.

B. *Sous-ministre du Revenu du Québec et Sa Majesté la Reine du chef du Canada c. Raymond Chabot inc., en sa qualité de syndic à l'actif de la débitrice Consortium Promecan inc.*

[4] Dans cette affaire, Consortium Promecan inc. a fait faillite le 20 mars 2004 et la société Raymond Chabot inc. a été nommée syndic. La débitrice n'avait pas produit de déclaration de TPS et de TVQ depuis le 1^{er} février 2004. Le sous-ministre du Revenu du Québec a alors demandé au syndic de lui remettre tous les montants de TPS et de TVQ perçus ou percevables entre le 1^{er} février et le 20 mars 2004. Le syndic lui a répondu qu'il ne lui reconnaissait qu'un statut de créancier ordinaire dans la faillite et a rejeté sa demande. L'État

request. The Crown appealed that decision to the Superior Court.

C. *Deputy Minister of Revenue of Quebec and Her Majesty the Queen in Right of Canada v. National Bank of Canada*

[5] The tax claims in this case result from the bankruptcies of two companies, Alternative Granite et Marbre inc. and Stone Vogue Ressources inc., on November 5, 2004. The Crown claimed GST and QST amounts related to the accounts receivable of the bankrupt debtors. The National Bank of Canada had obtained, on those accounts, security under s. 427 of the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, and movable hypothecs. It tried to exercise its rights under these various security interests and claimed the proceeds of the accounts receivable as well as the GST and QST amounts related to these claims. It then applied to the Superior Court to resolve the resulting dispute between itself and the tax authorities. In the meantime, the Bank's mandatary, the trustee and the Crown all collected portions of the disputed taxes and even of the accounts receivable.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court*

[6] The Superior Court heard the three cases separately. The result was the same in all of them. All three judges concluded that the Crown owned the disputed GST and QST amounts. If the trustee in bankruptcy collected them, it was as a mandatary of the tax authorities. Quebec's Deputy Minister of Revenue and the Minister of National Revenue could not be considered to be mere ordinary creditors. In essence, the Superior Court judges held that the GST and QST amounts were not part of the bankrupt's patrimony: 2006 QCCS 2108, 34 C.B.R. (5th) 245 (*per* Boisvert J.), 2006 QCCS 6370, [2006] J.Q. n° 15239 (QL) (*per* St-Julien J.), 2006 QCCS 2656, 21 C.B.R. (5th) 289 (*per* Bouchard J.). All three judgments were appealed to the Quebec Court of Appeal.

a alors interjeté appel de cette décision devant la Cour supérieure.

C. *Sous-ministre du Revenu du Québec et Sa Majesté la Reine du chef du Canada c. Banque Nationale du Canada*

[5] Les réclamations de taxes dans ce dossier proviennent de la faillite de deux entreprises, Alternative Granite et Marbre inc. et Stone Vogue Ressources inc., le 5 novembre 2004. L'État a réclamé la TPS et la TVQ afférentes aux comptes clients des débitrices en faillite. Ceux-ci étaient alors grevés d'une sûreté constituée en vertu de l'art. 427 de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, et d'hypothèques mobilières en faveur de la Banque Nationale du Canada. Cette dernière a invoqué ses droits en vertu de ces diverses sûretés et réclamé le produit des comptes clients ainsi que les montants de TPS et de TVQ afférents à ces créances. La Banque s'est alors adressée à la Cour supérieure pour faire trancher le débat qui l'opposait ainsi au fisc. Entre-temps, le mandataire de la Banque, le syndic de faillite et l'État auraient tous perçu des parties des taxes en litige et même des comptes clients.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec*

[6] La Cour supérieure a entendu ces trois affaires séparément. Dans chacune d'entre elles, le résultat a été le même. Les trois jugements ont conclu que l'État était propriétaire des montants de TPS et de TVQ en litige. Si le syndic de faillite les recouvrait, il agissait alors à titre de mandataire du fisc. Le sous-ministre du Revenu du Québec et le ministre du Revenu du Canada ne pouvaient être considérés comme de simples créanciers ordinaires. En substance, les juges de la Cour supérieure ont décidé que les montants de TPS et de TVQ ne faisaient pas partie du patrimoine du failli : 2006 QCCS 2108, 34 C.B.R. (5th) 245 (le juge Boisvert), 2006 QCCS 6370, [2006] J.Q. n° 15239 (QL) (le juge St-Julien), 2006 QCCS 2656, 21 C.B.R. (5th) 289 (le juge Bouchard). Des appels ont été institués dans les trois dossiers devant la Cour d'appel du Québec.

B. *Quebec Court of Appeal, Forget, Doyon and Duval Hesler JJ.A.*

[7] Duval Hesler J.A., writing for the Court of Appeal, allowed the appeals and set aside the Superior Court's judgments: 2007 QCCA 1837, 2007 QCCA 1835, 2007 QCCA 1813, [2008] R.J.Q. 39. She acknowledged that the QST and the GST are direct taxes payable by the recipient of the good or service. But in her view, as a result of the 1992 amendments to the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("BIA"), the tax authorities must be treated as an ordinary creditor in such a case. They do not own tax amounts payable by purchasers of goods and services that are subject to the GST and QST, but instead have a claim against the supplier. Furthermore, any deemed trust in favour of the tax authorities ended at the time of the bankruptcy. The tax amounts in issue were therefore part of the bankrupt's patrimony but remained subject to any security interests that had been validly granted to creditors like the Caisse populaire Desjardins de Montmagny and the National Bank of Canada. This Court granted leave for three appeals from that judgment.

IV. Analysis

A. *Issues and Positions of the Parties*

[8] The issue is the nature of the rights of the tax authorities, the trustee in bankruptcy and the secured creditors to GST and QST amounts that have been collected but not remitted or are collectible at the time of the bankruptcy of a supplier within the meaning of the *AQST* and the *ETA*. In sum, the tax authorities submit that they own these amounts. In their opinion, the trustee collects the taxes on their behalf, as their mandatary, and these amounts are not part of the bankrupt's patrimony. The respondents reply that the amounts are part of the bankrupt's patrimony, subject to any validly granted security interests. In their view, the Crown does not have a right of ownership in the tax amounts and enjoys only the rights of an ordinary creditor in a bankruptcy situation. To resolve this issue, it will be necessary to begin by considering

B. *Cour d'appel du Québec, les juges Forget, Doyon et Duval Hesler*

[7] Au nom de la Cour d'appel, la juge Duval Hesler a accueilli les pourvois et infirmé les jugements de la Cour supérieure : 2007 QCCA 1837, 2007 QCCA 1835, 2007 QCCA 1813, [2008] R.J.Q. 39. Ses motifs reconnaissent que la TVQ et la TPS sont des taxes directes exigibles de l'acquéreur du bien ou du service. Cependant, selon la juge, depuis les modifications apportées en 1992 à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« LFI »), le fisc doit être traité comme un créancier ordinaire dans ce cas. Il n'est pas propriétaire des montants des taxes exigibles des acheteurs de biens et de services assujettis à la TPS et à la TVQ, mais plutôt titulaire d'une créance contre le fournisseur. Par ailleurs, toute fiducie réputée en faveur du fisc se termine au moment de la faillite. En conséquence, les montants des taxes en litige font partie du patrimoine de la faillite, mais demeurent grevés des sûretés qui avaient été valablement constituées en faveur de créanciers comme la Caisse populaire Desjardins de Montmagny ou la Banque Nationale du Canada. Trois pourvois contre cet arrêt ont été autorisés par notre Cour.

IV. Analyse

A. *Les questions en litige et la position des parties*

[8] La question en jeu est celle de la nature des droits du fisc, du syndic de faillite et des créanciers garantis sur les montants de TPS et de TVQ perçus mais non remis ou percevables au moment de la faillite d'un fournisseur au sens de la *LTVQ* et de la *LTA*. En somme, le fisc plaide qu'il est propriétaire de ces montants. Il soutient que le syndic perçoit les taxes pour son compte, comme son mandataire, et que ces taxes n'entrent pas dans le patrimoine du failli. Les intimées répondent que les montants en question font partie de ce patrimoine, sous réserve des sûretés valablement créées. Selon eux, l'État ne détient pas un droit de propriété sur les taxes et ne jouit que des droits d'un créancier ordinaire en cas de faillite. Pour régler ce litige, il faudra donc au départ examiner la nature et le mode d'application des deux taxes en cause, la TPS et la TVQ. Avant

the nature of the two taxes in issue, the GST and the QST, and the mechanism for administering them. I will also need, before ruling on the legal characterization of the Crown's rights, to discuss the effect of the 1992 amendments to the *BIA*.

B. *Nature of the GST and the QST*

[9] The GST and the QST are similar types of taxes on consumption. The legal framework for imposing them was established almost 20 years ago now. They are considered to be direct taxes, and the ultimate recipient of taxable goods and services is responsible for paying them. However, the taxes are collected, and credits apply, at each step of the manufacturing and marketing chains. In principle, the supplier acts only as a mandatary of the Crown in collecting and remitting these taxes (*Reference re Quebec Sales Tax*, [1994] 2 S.C.R. 715, at pp. 720-22).

[10] The GST, which was implemented in 1990 by legislation that amended the *ETA* (S.C. 1990, c. 45), replaced the former federal manufacturers' sales tax. The GST can be regarded as a value-added tax. It is collected at every stage of the manufacturing and marketing of goods and services and is payable by the recipient, who is regarded as the debtor in respect of the tax liability to the Crown (s. 165 *ETA*). However, the supplier is responsible for collecting and remitting the tax (s. 221(1) *ETA*). The supplier is deemed to hold the amounts so collected in trust for Her Majesty (s. 222(1) and (3) *ETA*) and must periodically file returns and make remittances. In addition, the Act establishes a system under which input credits can be claimed, at each step of the marketing and supply of the good, in respect of the taxes the supplier has had to pay to his or her own suppliers (ss. 141.01 and 169(1) *ETA*). The ultimate recipient bears the full burden of the tax (R. Brakel & Associates Ltd., *Value-Added Taxation in Canada: GST, HST, and QST* (2nd ed. 2003), at pp. 2-3). This Court has confirmed this as a valid exercise of the Parliament of Canada's taxing power (*Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445).

de se prononcer sur la qualification juridique des droits de l'État, il faudra aussi s'interroger sur l'effet des modifications à la *LFI* survenues en 1992.

B. *Nature de la TPS et de la TVQ*

[9] La TPS et la TVQ représentent toutes deux des formes voisines de taxes à la consommation. Le cadre juridique de leur imposition a été établi, il y a maintenant près de 20 ans. Elles sont considérées comme des taxes directes, dont le dernier acquéreur des produits et services taxables est responsable. Toutefois, les taxes sont prélevées et créditées à chaque étape de la fabrication et de la mise en marché. En principe, le fournisseur n'agit que comme mandataire de la Couronne pour la perception et la remise de ces taxes (*Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715, p. 720-722).

[10] Mise en œuvre en 1990 par une loi modifiant la *LTA* (L.C. 1990, ch. 45), la TPS a remplacé l'ancienne taxe fédérale sur les ventes des fabricants. La TPS peut être considérée comme une taxe sur la valeur ajoutée. Elle est prélevée à toutes les étapes de la fabrication et de la mise en marché des produits et des services et est exigible de l'acquéreur, qui est considéré comme le débiteur de l'obligation fiscale à l'égard de l'État (art. 165 *LTA*). Cependant, le fournisseur demeure responsable de la perception et de la remise de la taxe (par. 221(1) *LTA*). Il est réputé détenir les montants perçus en fiducie pour Sa Majesté (par. 222(1) et (3) *LTA*). Il doit produire des déclarations et faire des remises périodiques. Par ailleurs, la loi établit, à chaque étape de la commercialisation ou de la fourniture du produit, un système de crédits pour intrants, correspondant aux taxes que chaque fournisseur a dû verser à ses propres fournisseurs (art. 141.01 et par. 169(1) *LTA*). Le dernier acquéreur supporte le poids entier de la taxe (R. Brakel & Associates Ltd., *Value-Added Taxation in Canada : GST, HST, and QST* (2^e éd. 2003), p. 2-3). Notre Cour a confirmé la validité de cette forme d'exercice du pouvoir de taxation du Parlement du Canada (*Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445).

[11] In parallel with this federal tax reform, an in-depth review of the consumption tax system took place in Quebec. In 1991, the National Assembly enacted new sales tax legislation, the *Act respecting the Québec sales tax and amending various fiscal legislation*, S.Q. 1991, c. 67. The National Assembly's intention in enacting this statute was to achieve extensive harmonization with the GST and to align this aspect of Quebec's tax system with the model chosen by the Parliament of Canada. The legislation came into force on July 1, 1992 (Brakel, at pp. 3-4). Under an agreement with the Government of Canada, the Quebec government is responsible for collecting both the GST and the QST in Quebec (Brakel, at p. 4). Moreover, pursuant to s. 20 of the *Act respecting the Ministère du Revenu*, R.S.Q., c. M-31 ("AMR"), amounts collected by suppliers of goods and services are deemed to be held in trust for the State. This Court held that this new sales tax falls within the provincial taxing power under s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867* (*Reference re Quebec Sales Tax*).

C. *Effects of the Amendments to the BIA on the Status of Claims of the Crown*

[12] In 1992, the Parliament of Canada also made extensive changes to the *BIA*, and those changes are of particular relevance to this issue of the nature and extent of the Crown's rights to recover the GST and QST amounts. The amendments in question were set out in the *Act to amend the Bankruptcy Act and to amend the Income Tax Act in consequence thereof*, S.C. 1992, c. 27. Some of these changes related to the Crown's priority in bankruptcy situations. The federal government seemed at the time to want to respond to criticisms that the system establishing the priority of the Crown's claims often left nothing for a bankrupt's ordinary creditors. A government spokesperson acknowledged these concerns at the time of the introduction of the legislation to revise the Crown priority system:

[11] Parallèlement à cette réforme de la fiscalité fédérale, une révision en profondeur du régime de taxation de la consommation a eu lieu au Québec. En 1991, l'Assemblée nationale a adopté une nouvelle loi sur la taxe de vente, la *Loi sur la taxe de vente du Québec et modifiant diverses dispositions législatives d'ordre fiscal*, L.Q. 1991, ch. 67. L'Assemblée nationale cherchait alors à réaliser une harmonisation poussée avec la TPS et à aligner cette partie de la fiscalité québécoise sur le modèle fiscal choisi par le Parlement du Canada. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1992 (Brakel, p. 3-4). Une entente entre le gouvernement du Canada et celui du Québec a confié à ce dernier la responsabilité de percevoir à la fois la TPS et la TVQ au Québec (Brakel, p. 4). Par ailleurs, en raison de l'art. 20 de la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., ch. M-31 (« LMR »), les sommes prélevées par les fournisseurs de biens et de services sont réputées détenues en fiducie pour l'État. Notre Cour a reconnu que cette nouvelle taxe de vente respectait les limites du pouvoir de taxation accordé aux provinces par le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*).

C. *Les modifications apportées à la LFI et leurs effets sur le statut des créances de l'État*

[12] En 1992, le Parlement du Canada a aussi apporté des changements importants à la *LFI*, dont l'application joue un rôle important dans le présent débat sur la nature et l'étendue des droits de l'État au recouvrement des montants de TPS et de TVQ. Ces modifications se retrouvent dans la *Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l'impôt sur le revenu en conséquence*, L.C. 1992, ch. 27. Certains de ces changements touchent les priorités de l'État en cas de faillite. Le gouvernement du Canada semblait alors soucieux de répondre aux critiques selon lesquelles le régime des priorités des créances de l'État ne laissait souvent rien dans les faillites pour les créanciers ordinaires. Un porte-parole du gouvernement a reconnu ces préoccupations lors de la présentation des mesures législatives destinées à revoir le régime des priorités de l'État :

We also took steps to limit the priority of the Crown, one of the more blatantly unfair aspect[s] of the present Bankruptcy Act.

(*House of Commons Debates*, vol. II, 3rd Sess., 34th Parl., June 19, 1991, at p. 2106)

[13] Felix Holtmann, the Chairman of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations, also acknowledged the problems and injustices caused by the proliferation of deemed trusts developed to protect the Crown's claims. He stressed the need to reduce the extent of such trusts in order to achieve a better balance among creditors in bankruptcy situations:

One of the main areas is Crown priority. Under the present Bankruptcy Act the Crown has a preferred claim for various types of taxes and ranks ahead of all unsecured creditors. In 1970 a study report made reference to Crown priority; then again in 1986 proposed bankruptcy amendments recommended the abolition of the Crown priority. With the Crown priority, creditors are less likely to participate in an insolvency, in a bankruptcy, and today rarely come out to meetings of creditors because there are no assets. The assets are fully secured to the secured creditors, banks and major lenders as well as to Crowns. As a result there is virtually nothing left for the unsecureds. We recommend that the Crown priority be abolished and that if the Crown wants to contract directly with the debtor, it be entitled to a contractual priority but not a Crown priority.

(*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 9, September 5, 1991, at p. 9:5)

[14] During the parliamentary debates on Bill C-22 regarding the amendment of the *BIA*, comments by the government spokesperson confirmed that the government intended to reduce the Crown to the rank of an ordinary creditor in bankruptcy situations:

Nous avons également pris des mesures pour réduire les priorités de la Couronne, une des injustices les plus flagrantes de l'actuelle loi sur la faillite.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 3^e sess., 34^e lég., 19 juin 1991, p. 2106)

[13] Le président du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale, M. Felix Holtmann, avait lui aussi reconnu les difficultés et les injustices causées par la prolifération des fiducies réputées instituées pour protéger des créances de l'État. Il avait souligné la nécessité d'en réduire la portée afin de réaliser un meilleur équilibre entre les créanciers à la suite d'une faillite :

L'un des éléments clés des mesures étudiées concerne la priorité accordée à la Couronne. Aux termes de la Loi sur la faillite actuelle, la Couronne bénéficie d'un droit préférentiel pour le recouvrement de différentes catégories d'impôt et se place au premier rang de tous les créanciers non garantis. Une étude réalisée en 1970 faisait mention de la priorité accordée à la Couronne, et cette question a été reprise en 1986 quand des modifications à la loi qui étaient proposées recommandaient l'abolition de cette priorité de la Couronne. En effet, du fait de cette priorité, les créanciers s'intéressent moins à une participation à un cas d'insolvabilité, à une faillite, et, même, ne se présentent que rarement de nos jours aux réunions de créanciers, car il n'y a tout simplement pas d'actifs. Les actifs sont grevés de privilèges en faveur des créanciers garantis, des banques et des principaux prêteurs ainsi que de la Couronne. En conséquence, il ne reste pratiquement rien pour compenser les créanciers non garantis. Nous recommandons l'abolition du traitement préférentiel accordé à la Couronne, et si celle-ci désire établir des rapports contractuels avec le débiteur, elle serait alors autorisée à se réclamer d'une priorité contractuelle, et non pas d'un privilège de la Couronne.

(*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n^o 9, 5 septembre 1991, p. 9:5)

[14] Au cours des débats parlementaires au sujet du projet de loi C-22 portant sur la modification de la *LFI*, des remarques du porte-parole du gouvernement ont confirmé l'intention de celui-ci de ramener l'État au rang de créancier ordinaire en cas de faillite :

A second very important point in the legislation is that the Government of Canada, the Crown, does not put itself in a priority position. It stands in line with the unsecured creditors in almost all cases except for the deductions of tax and unemployment owed.

(*House of Commons Debates*, vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., November 1, 1991, at p. 4354)

In the course of the discussions in the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations, the government spokesperson had clearly expressed the intention to abolish the deemed trust in respect of the GST in bankruptcy situations:

As far as the GST is concerned, if there is a deemed trust for GST, it will not come under this particular provision so it will not survive. If there is a statutory lien or priority, or a statutory security interest for GST, it will not take priority under this legislation unless it is a registered interest.

(*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 10, September 5, 1991, at p. 10:18)

[15] The amendments to the bankruptcy legislation appear to be consistent with the legislative intention announced during the parliamentary debates. First of all, s. 67 *BIA* reinforces the principle that all the bankrupt's property is part of the estate of the bankrupt and constitutes the common pledge of the creditors, although with the exception of property held in trust for another person. However, s. 67(2) *BIA* provides that, with certain exceptions, property may not be regarded as held in trust unless it would be so regarded in the absence of a statutory provision. This renders statutory trusts ineffective without affecting trusts resulting from the common law or the civil law or statutory trusts that secure claims of the federal and provincial Crowns related to source deductions for income tax, a comprehensive pension plan or the federal employment insurance program (s. 67(3) *BIA*). No mention is made of trusts related to the GST or to provincial taxes such as the QST. Moreover, s. 86(1) *BIA* confirms that

Le deuxième élément important de ce projet de loi, c'est que le gouvernement du Canada, l'État, ne se place pas en position prioritaire, mais au même rang que les créanciers non garantis dans tous les cas, sauf pour les retenues d'impôt et d'assurance-chômage qui sont dues.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 3^e sess., 34^e lég., 1^{er} novembre 1991, p. 4354)

Au cours des discussions au Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale, l'intention d'abolir la fiducie réputée pour la TPS, en cas de faillite, a été clairement exprimée par le porte-parole du gouvernement :

Dans le cas de la TPS, s'il existe une fiducie présumée pour cette taxe, elle ne sera pas visée par cette disposition particulière et elle s'éteindra d'elle-même. S'il y a une obligation ou une priorité prévue par la loi, ou s'il y a une garantie prévue par la loi pour la TPS, cette mesure législative ne lui donnera pas de priorité, à moins qu'il ne s'agisse d'un droit enregistré.

(*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n^o 10, 5 septembre 1991, p. 10:18)

[15] Les modifications apportées à la législation sur la faillite paraissent correspondre à l'intention législative annoncée au cours des débats parlementaires. D'abord, l'art. 67 *LFI* consolide le principe selon lequel l'ensemble des biens du failli fait partie de l'actif de la faillite et constitue le gage commun des créanciers, à l'exception toutefois des biens détenus en fiducie pour autrui. Cependant, selon le par. 67(2) *LFI* et sauf exception, aucun bien ne peut être considéré comme détenu en fiducie dans les cas où il ne serait pas considéré comme détenu en fiducie en l'absence d'une disposition législative. Cette mesure prive d'effet les fiducies législatives sans toucher aux fiducies qui résultent de la common law ou du droit civil ou aux fiducies législatives qui garantissent les créances de l'État fédéral et des provinces relatives aux retenues à la source pour l'impôt sur le revenu et un régime de pension général, ainsi que pour le régime fédéral d'assurance-emploi (par. 67(3) *LFI*). Aucune mention n'est faite

the Crown is only an ordinary creditor in a bankruptcy situation:

86. (1) In relation to a bankruptcy or proposal, all provable claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or of any body under an Act respecting workers' compensation, in this section and in section 87 called a "workers' compensation body", rank as unsecured claims.

[16] In addition, not long after these changes to the *BIA*, the Parliament of Canada enacted concordance amendments with regard to GST claims (S.C. 1993, c. 27). It added subs. (1.1) to s. 222 *ETA*. As a result of this provision, deemed trusts intended to secure GST claims are ineffective in bankruptcy situations:

222. . . .

(1.1) Subsection (1) does not apply, at or after the time a person becomes a bankrupt (within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act*), to any amounts that, before that time, were collected or became collectible by the person as or on account of tax under Division II.

[17] The Quebec legislation respecting the QST does not contain a provision similar to s. 222(1.1) *ETA* that renders the deemed trust in favour of the tax authorities ineffective in bankruptcy situations. However, according to a settled principle of constitutional law regarding the Parliament of Canada's legislative authority over bankruptcy and insolvency, the provincial legislatures may not modify the order of priority established in the *BIA*. In the event of conflict, the *BIA* will prevail and the provincial statute will be inapplicable regardless of the legislature's intention (*D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 52, [2005] 2 S.C.R. 564, at para. 12, *per* Deschamps J.).

[18] The tax authorities do not dispute the clear terms of the statutory provisions. Rather, they argue that those provisions do not apply to the GST and the QST and that the Crown is not a creditor, but the owner of the tax amounts. Thus, the amounts

des fiducies relatives à la TPS ou à des taxes provinciales comme la TVQ. Par ailleurs, le par. 86(1) *LFI* confirme que l'État n'est qu'un créancier ordinaire en cas de faillite :

86. (1) Dans le cadre d'une faillite ou d'une proposition, les réclamations prouvables — y compris les réclamations garanties — de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province ou d'un organisme compétent au titre d'une loi sur les accidents du travail prennent rang comme réclamations non garanties.

[16] De plus, peu de temps après ces changements à la *LFI*, le Parlement du Canada a adopté des modifications de concordance au sujet des créances relatives à la TPS (L.C. 1993, ch. 27). Le Parlement a ajouté à l'art. 222 *LTA* un par. (1.1) qui prive d'effet les fiducies réputées destinées à garantir les créances relatives à la TPS en cas de faillite :

222. . . .

(1.1) Le paragraphe (1) ne s'applique pas, à compter du moment de la faillite d'un failli, au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, aux montants perçus ou devenus percevables par lui avant la faillite au titre de la taxe prévue à la section II.

[17] La législation québécoise sur la TVQ ne contient pas de disposition analogue à celle du par. 222(1.1) *LTA* pour mettre fin à la fiducie réputée en faveur du fisc en cas de faillite. On se rappellera, toutefois, qu'un principe de droit constitutionnel bien établi et concernant la mise en œuvre de la compétence législative du Parlement du Canada sur la faillite et l'insolvabilité ne permet pas aux législatures provinciales de créer des priorités incompatibles avec l'ordre de collocation établi par la *LFI*. Cette loi prévaut en cas de conflit et rend la législation provinciale inapplicable, sans égard à l'intention de la législature (*D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 52, [2005] 2 R.C.S. 564, par. 12, la juge Deschamps).

[18] Le fisc ne conteste pas la teneur évidente des textes législatifs. Il plaide plutôt qu'ils ne s'appliquent pas à la TPS et à la TVQ. L'État ne serait pas créancier, mais propriétaire des montants des taxes. Ainsi, les montants perçus ou percevables

collected or collectible at the time of the bankruptcy in respect of the GST or the QST do not form part of the bankrupt's patrimony. As a result, they are not included in the property that is to be liquidated in accordance with the order of priority established in the *BIA*. It will therefore be necessary to resolve the issue of the legal characterization of the Crown's rights with respect to the GST and QST amounts. The characterization of those rights will essentially resolve the dispute before this Court.

D. *Legal Characterization of the Crown's Rights*

[19] In this analysis, it is important to abide by the fundamental rules of contemporary statutory interpretation. Parliament's intent must be ascertained, and to do this, it is often necessary to review the statutory provisions at issue in their overall context (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 276). This approach casts doubt on the validity of the tax authorities' arguments.

[20] The appellants' arguments consist of a few fundamental propositions. They submit, first, that the GST and the QST are direct taxes on consumption. They are imposed on the consumer, and more specifically on the ultimate recipient of a taxable good or service. The legislation establishes a direct link between the Crown and the recipient, as the former may claim the taxes payable directly from the latter if they have not been collected (s. 296(1)(b) *ETA*). The appellants contend that where the GST is collected by a trustee in bankruptcy, the trustee, like the bankrupt supplier, collects it as an agent of, and on behalf of, the Crown. And the Crown is in a similar legal situation where the QST is concerned. The recipient owes the sales tax to the Crown pursuant to ss. 16 and 82 *AQST*. The supplier collects the tax on the Crown's behalf and is deemed to be a mandatary of the Crown pursuant to s. 422 *AQST*. Moreover, under s. 23 *AMR*, a person who does not collect a tax he or she was required to collect becomes a debtor of the State for that amount. The appellants further submit that, in the context of the *ETA* and the *AQST*, the

au moment de la faillite, au titre de la TPS ou de la TVQ, ne feraient pas partie du patrimoine du failli et donc de l'ensemble des biens destinés à être liquidés conformément au régime de collocation établi par la *LFI*. Il faut donc régler le problème de la qualification juridique des droits de l'État à l'égard des montants de TPS et de TVQ. Cette qualification résoudra l'essentiel du débat dont notre Cour est saisie.

D. *La qualification juridique des droits de l'État*

[19] Il importe, au cours de cette analyse, de rester fidèle aux règles fondamentales de l'interprétation législative contemporaine. Il faut rechercher l'intention du législateur et, pour ce faire, il est souvent nécessaire d'étudier les dispositions législatives en cause dans leur cadre d'ensemble (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 276). L'usage de cette méthode provoque un peu de scepticisme à l'égard de la validité des arguments du fisc.

[20] Les moyens des appelants se composent de quelques propositions fondamentales. D'abord, selon leurs prétentions, la TPS et la TVQ conservent leur caractère de taxes directes à la consommation. Elles sont imposées au consommateur, plus précisément au dernier acquéreur du bien ou service taxable. La loi crée un lien direct entre l'État et l'acquéreur, puisque le premier peut réclamer directement au second les taxes exigibles lorsqu'elles n'ont pas été perçues (al. 296(1)(b) *LTA*). Dans le cas où la TPS est perçue par un syndic de faillite, les appelants soutiennent que le syndic la recouvre, comme le fournisseur failli, à titre de mandataire de l'État, pour le compte de celui-ci. Dans le cas de la TVQ, la situation juridique de l'État serait semblable. L'acquéreur doit la taxe de vente à l'État selon les art. 16 et 82 *LTVQ*. Le fournisseur perçoit la taxe pour le compte de l'État, dont il est réputé être le mandataire, selon l'art. 422 *LTVQ*. Par ailleurs, la personne qui n'a pas perçu la taxe qu'elle devait percevoir en devient débitrice envers l'État, suivant l'art. 23 *LMR*. Toujours selon les appelants, dans le contexte établi par la *LTA* et

supplier, a mandatary of the Crown, is responsible, after supplying a taxable service or good to a consumer, for the recovery of property — a GST or QST amount — that belongs to the Crown and that remains Crown property, until it is remitted to the Crown. The legal situation is the same regardless of whether the tax is collected by the supplier or by a trustee after its bankruptcy. In the appellants' view, when the collected tax is remitted, the mandatary does not settle a claim, but remits to the Crown its own property. Moreover, according to this argument, this Court has established a general principle that, in performing its obligation, the mandatary does not discharge a debt, but delivers over property belonging to the mandator (*Victuni AG v. Minister of Revenue of Quebec*, [1980] 1 S.C.R. 580, at p. 584, *per* Pigeon J.).

[21] This set of legal propositions disregards the mechanisms for administering the GST and the QST. The legal characterization of the relationships between the tax authorities and the suppliers and recipients of goods and services cannot be considered in isolation from the overall context of the system for the collection and remittance of these taxes and from the provisions of the *BIA*.

[22] An initial comment must be made about the impact of the federal bankruptcy legislation. The appellants are oversimplifying the trustee's role and, in particular, his or her legal situation *vis-à-vis* the bankrupt. This Court has noted the complexity of the trustee's duties in, for example, *Lefebvre (Trustee of)*, 2004 SCC 63, [2004] 3 S.C.R. 326, at paras. 35-37. The trustee's role is not limited to representing the bankrupt. The trustee manages the bankrupt's patrimony and is seized thereof as a result of the bankruptcy, but he or she also represents the creditors and is responsible to them for the liquidation and orderly distribution of the patrimony.

[23] In the cases before the Court, the trustees were responsible for liquidating a patrimony that included the GST and QST amounts in issue, as the Court of Appeal concluded (see paras. 51-55). In her reasons, Duval Hesler J.A. clearly and correctly defined the nature of the trustee's role in this

la *LTVQ*, le fournisseur, mandataire de l'État, est chargé de recouvrer un bien, la TPS ou la TVQ, qui appartient à l'État et qui demeure sa propriété jusqu'à ce qu'il lui soit remis après la fourniture du service ou du bien taxable au consommateur. La situation juridique ne change pas, que le recouvrement de la taxe soit fait par le fournisseur ou par le syndic à sa faillite. Selon les appelants, au moment de la remise de la taxe perçue, le mandataire ne règle pas une créance, mais remet à l'État un bien qui lui appartient. D'ailleurs, d'après cet argument, notre Cour aurait posé comme principe général que le mandataire, en exécutant son obligation, n'acquitte pas sa dette, mais livre son bien au mandant (*Victuni AG c. Ministre du Revenu du Québec*, [1980] 1 R.C.S. 580, p. 584, le juge Pigeon).

[21] Ce faisceau de propositions juridiques fait fi des mécanismes d'application de la TPS et de la TVQ. En effet, la qualification juridique des rapports entre le fisc, les fournisseurs et les acquéreurs de biens et services ne saurait être isolée de l'ensemble du contexte établi par le système de perception et de remise de ces taxes et par les dispositions de la *LFI*.

[22] Une première remarque s'impose au sujet de l'impact de la législation fédérale sur les faillites. Les appelants simplifient à l'excès le rôle du syndic et, notamment, sa situation juridique vis-à-vis du failli. Notre Cour a d'ailleurs souligné la complexité des fonctions du syndic, par exemple dans l'arrêt *Lefebvre (Syndic de)*, 2004 CSC 63, [2004] 3 R.C.S. 326, par. 35-37. Son rôle ne se réduit pas à la seule représentation du failli. Il assure la gestion du patrimoine du failli, dont la faillite lui donne la saisine, mais il représente aussi les créanciers à l'égard desquels il est responsable de la liquidation et de la distribution ordonnée de ce patrimoine.

[23] Dans les cas que notre Cour examine, les syndics avaient la charge de liquider un patrimoine qui comprenait les montants de TPS et de TVQ en litige, comme l'a conclu la Cour d'appel (voir par. 51-55). L'opinion de la juge Duval Hesler définit d'ailleurs clairement et correctement la nature du rôle du

respect. The reason why the supplier was given the status of a mandatary was to ensure that the tax qualified as a direct tax so that the imposition, by the province of Quebec, of the QST in a form compatible with that of the federal GST would be constitutional (para. 50). However, the fact that this tax is ultimately borne by the recipient does not support a finding that the supplier and then the trustee, the bankrupt's representative, merely collect and remit the Crown's "property" or "thing". The nature of the collection mechanism for the two taxes suggests another interpretation of the legal situation.

[24] This mechanism is designed to implement a direct tax that is also a tax on the value added at each stage of the production and marketing of the good or service until it is acquired by its ultimate recipient. In such a system, as Duval Hesler J.A. noted, [TRANSLATION] "[t]he dollar collected is not the dollar remitted" (para. 52).

[25] First of all, the collection mechanism does not require separate invoices for the GST and the QST. These taxes are indicated and included in the invoice or other document given to the recipient (s. 223 *ETA*; s. 425 *AQST*). Next, the tax amounts collected by suppliers are remitted in accordance with the accrual, not cash, method of accounting. At periodic intervals, which vary depending on the individual supplier's sales and sometimes on the nature of the business, suppliers remit to the tax authorities amounts corresponding to the tax amounts that have been billed for and are collectible during the reporting period in question even if these collectible amounts have not in fact been collected from the recipients. When sending remittances, suppliers deduct from the amounts being remitted credits corresponding to their own inputs, that is, to the taxes they have paid to their own suppliers. Thus, they remit net tax amounts based on the difference between the taxes they have collected and the taxes they themselves have paid (s. 228 *ETA*; s. 437 *AQST*). At times, under this system, they can obtain rebates.

[26] Moreover, nothing in the legislation respecting the GST and the QST requires suppliers to keep

syndic en cette matière. La création du mandat du fournisseur visait à conserver à la taxe son caractère de taxe directe, pour sauvegarder la capacité constitutionnelle de la province de Québec d'imposer la TVQ dans une forme compatible avec la TPS fédérale (par. 50). Cependant, le fait que cette taxe repose en définitive sur l'acquéreur ne permet pas de conclure que le fournisseur, puis le syndic, représentant du failli, ne font que percevoir et remettre « le bien », « la chose » de l'État. La nature du mécanisme de perception des deux taxes suggère une autre interprétation de la situation juridique.

[24] En effet, ce mécanisme vise à mettre en place une taxe directe qui est aussi une taxe sur la valeur ajoutée, à toutes les étapes de la production et de la mise en marché, jusqu'à l'acquisition du bien ou du service par son dernier acquéreur. Dans un tel régime, comme le souligne la juge Duval Hesler : « Le dollar perçu n'est pas le dollar remis » (par. 52).

[25] D'abord, le mécanisme de perception mis en place n'exige pas une facturation distincte de la TPS et de la TVQ. Ces taxes se trouvent indiquées et incluses dans la facture ou dans le document remis à l'acquéreur (art. 223 *LTA*; art. 425 *LTVQ*). Ensuite, la remise des taxes perçues par les fournisseurs se fait sur la base d'une comptabilité d'exercice et non de caisse. À des échéances périodiques, qui varient selon son chiffre d'affaires et parfois d'après la nature de son entreprise, le fournisseur remet au fisc des montants correspondant aux taxes facturées et percevables, au cours de la période visée par son rapport, même s'il ne les a pas effectivement recouvrées des acquéreurs. En envoyant sa remise, il déduit de son paiement des crédits correspondant à ses propres intrants, c'est-à-dire aux taxes qu'il a payées à ses fournisseurs. Chaque fournisseur remet donc une taxe nette basée sur la différence entre la taxe qu'il a perçue et celle qu'il a lui-même versée (art. 228 *LTA*; art. 437 *LTVQ*). Ce système lui permet parfois d'obtenir des remboursements.

[26] Par ailleurs, rien dans les lois relatives à la TPS et à la TVQ n'oblige le fournisseur à conserver

the taxes they collect separate. Until a bankruptcy occurs, only the deemed trusts established by s. 222 *ETA* and s. 20 *AMR* lead to this legal result by giving the tax authorities a right to equivalent amounts from the suppliers' assets. Finally, while it is true that the recipient owes the tax to the Crown, a supplier who has remitted the tax owed by the recipient but has not collected it has a cause of action against the recipient (s. 224 *ETA*; s. 427 *AQST*).

[27] The statutory mandate imposed on the supplier to collect the GST and the QST differs from the mandate in issue in *Victuni*, which related to the acquisition and development of an immovable. The mandate with respect to the two taxes involves the performance of obligations to collect and then to remit, not the amounts collected, but a balance resulting from offsetting claims of the Crown and the supplier. The existence of these offsetting claims confirms that claims for the amounts collected by suppliers are fungible, as this Court in fact pointed out in *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, at pp. 34-35.

[28] I note that the appellants' position amounts to maintaining that the deemed trusts established by s. 222 *ETA* and s. 20 *AMR* continue to exist after a bankruptcy. The appellants' argument is inconsistent with the nature of their rights under the system for the collection and remittance of the GST and QST. It also conflicts with Parliament's clear intent and with the very explicit wording of the relevant statutory provisions regarding what is to happen if a supplier goes bankrupt. Before 1992, the Crown held a priority where certain tax claims were concerned. These claims were often protected by an increasingly complex series of statutory deemed trusts. The 1992 amendments to the *BIA* rendered these trusts ineffective in a bankruptcy situation, although there were exceptions with respect, for example, to claims for income tax source deductions (see, for example, *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond v. Canada*, 2009 SCC 29, [2009] 2 S.C.R. 94). Other than where these exceptions apply, when a debtor goes bankrupt, the Crown becomes an ordinary creditor. The trustee will give it the same priority as other

à part les taxes perçues. Jusqu'à la faillite, seules les fiducies réputées établies par l'art. 222 *LTA* et l'art. 20 *LMR* permettent ce résultat juridique, en créant un droit en faveur du fisc sur des montants équivalents des actifs des fournisseurs. Enfin, s'il est vrai que l'acquéreur doit la taxe à l'État, le fournisseur qui a effectivement remis la taxe due par l'acquéreur, sans l'avoir perçue, obtient un recours contre celui-ci (art. 224 *LTA*; art. 427 *LTVQ*).

[27] Le mandat législatif imposé au fournisseur pour la perception de la TPS et de la TVQ diffère du mandat étudié dans l'arrêt *Victuni*, qui portait sur l'acquisition et l'exploitation d'un immeuble. Le mandat relatif aux deux taxes vise l'exécution d'obligations de perception, suivies de la remise non pas des sommes perçues, mais du solde résultant de la compensation des créances de l'État et du fournisseur. Ce système de compensation confirme la fungibilité des créances relatives aux sommes perçues par les fournisseurs, fungibilité que soulignait d'ailleurs notre Cour dans l'arrêt *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24, p. 34-35.

[28] Je constate que la position des appelants équivaut à soutenir que les fiducies réputées établies par l'art. 222 *LTA* et l'art. 20 *LMR* survivent à la faillite. La thèse défendue par les appelants s'avère incompatible avec la nature des droits que leur reconnaît le système de perception et de remise de la TPS et de la TVQ. Elle ne respecte pas non plus l'intention claire du Parlement fédéral et la rédaction fort explicite des textes législatifs pertinents, lorsque survient la faillite d'un fournisseur. Avant 1992, l'État détenait des priorités pour protéger certaines créances fiscales. Ces créances se trouvaient souvent protégées par un ensemble de plus en plus touffu de fiducies législatives réputées. Les modifications apportées en 1992 à la *LFI* ont privé ces fiducies d'effet en cas de faillite, sauf quelques exceptions comme les créances pour la retenue à la source des impôts sur le revenu (voir, pour un cas d'application, *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94). Pour le surplus, une fois la faillite survenue, l'État devient un créancier ordinaire. Le syndic le colloquera avec les autres créanciers de

creditors of the same rank. The trustee will be personally responsible for paying the GST or QST in respect of its own activities only (s. 265 *ETA*; s. 302.1 *AQST*).

[29] Canadian tax authorities are bound by the choice of legislative policy now expressed in the *BIA*. The order of priority established in the *BIA* is also binding on the Quebec tax authorities, even though the *AMR* is silent on what happens to the deemed trust established in s. 20 thereof in the event of bankruptcy. The appellants' arguments conflict with both the words of the statutory provisions in question and their underlying legislative intent, and cannot be accepted.

V. Conclusion

[30] For these reasons, I would affirm the decision of the Quebec Court of Appeal and dismiss the appellants' appeals with costs.

APPENDIX

Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15

165. (1) Subject to this Part, every recipient of a taxable supply made in Canada shall pay to Her Majesty in right of Canada tax in respect of the supply calculated at the rate of 5% on the value of the consideration for the supply.

. . .

221. (1) Every person who makes a taxable supply shall, as agent of Her Majesty in right of Canada, collect the tax under Division II payable by the recipient in respect of the supply.

. . .

222. (1) Subject to subsection (1.1), every person who collects an amount as or on account of tax under Division II is deemed, for all purposes and despite any security interest in the amount, to hold the amount in trust for Her Majesty in right of Canada, separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, until the amount is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2).

même rang. Le syndic ne sera tenu personnellement au paiement de la TPS et de la TVQ que pour ses propres opérations (art. 265 *LTA*; art. 302.1 *LTVQ*).

[29] Les autorités fiscales canadiennes sont liées par le choix de politique législative exprimée aujourd'hui dans la *LFI*. L'ordre de collocation établi par celle-ci lie également le fisc québécois, même si la *LMR* demeure muette à propos du sort de la fiducie réputée établie par son art. 20 à la suite d'une faillite. Les prétentions des appelants contredisent le texte des dispositions législatives en question et l'intention législative qui leur est sous-jacente, et ne sauraient être retenues.

V. Conclusion

[30] Pour ces motifs, je confirmerais l'arrêt de la Cour d'appel du Québec et je rejetterais les pourvois des appelants avec dépens.

ANNEXE

Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15

165. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, l'acquéreur d'une fourniture taxable effectuée au Canada est tenu de payer à Sa Majesté du chef du Canada une taxe calculée au taux de 5 % sur la valeur de la contrepartie de la fourniture.

. . .

221. (1) La personne qui effectue une fourniture taxable doit, à titre de mandataire de Sa Majesté du chef du Canada, percevoir la taxe payable par l'acquéreur en vertu de la section II.

. . .

222. (1) La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ceux de la personne, jusqu'à ce qu'il soit versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2).

(1.1) Subsection (1) does not apply, at or after the time a person becomes a bankrupt (within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act*), to any amounts that, before that time, were collected or became collectible by the person as or on account of tax under Division II.

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, and

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was collected, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

An Act respecting the Québec sales tax, R.S.Q., c. T-0.1

16. Every recipient of a taxable supply made in Québec shall pay to the Minister of Revenue a tax in respect of the supply calculated at the rate of 7.5% on the value of the consideration for the supply.

422. Every person who makes a taxable supply shall, as a mandatary of the Minister, collect the tax payable by the recipient under section 16 in respect of the supply.

(1.1) Le paragraphe (1) ne s'applique pas, à compter du moment de la faillite d'un failli, au sens de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, aux montants perçus ou devenus percevables par lui avant la faillite au titre de la taxe prévue à la section II.

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est perçu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté du chef du Canada a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

Loi sur la taxe de vente du Québec, L.R.Q., ch. T-0.1

16. Tout acquéreur d'une fourniture taxable effectuée au Québec doit payer au ministre du Revenu une taxe à l'égard de la fourniture calculée au taux de 7,5 % sur la valeur de la contrepartie de la fourniture.

422. Toute personne qui effectue une fourniture taxable doit, à titre de mandataire du ministre, percevoir la taxe payable par l'acquéreur en vertu de l'article 16 à l'égard de cette fourniture.

An Act respecting the Ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31

20. Every person who deducts, withholds or collects any amount under a fiscal law is deemed to hold it in trust for the State, separately from the person's patrimony and the person's own funds, for payment to the State in the manner and at the time provided under a fiscal law.

Where at any time an amount deemed by the first paragraph to be held by a person in trust for the State is not paid to the State in the manner and at the time provided under a fiscal law, an amount equal to the amount thus deducted, withheld or collected is deemed, from the time the amount is deducted, withheld or collected, to be held in trust for the State, separately from the person's patrimony and the person's own funds, and to form a separate fund not forming part of the property of that person, whether or not the amount has in fact been held separately from that person's patrimony or that person's own funds.

. . .

23. Every person who does not collect a duty that he was bound to collect as a mandatary of the Minister or does not withhold a duty that he was bound to withhold, under a fiscal law or a regulation made under such a law, shall become a debtor of the State for the amount of that duty, with the exception of the withholding provided for in section 1015 of the Taxation Act (chapter I-3), unless the withholding concerns a duty that a person was required to withhold from an amount paid to another person who is not resident in Canada for services performed in Québec.

. . .

24. Every person who deducts, withholds or collects an amount under a fiscal law is bound to pay to the Minister, at the date fixed by such law, or in accordance with the provision for such payment, an amount equal to that which the person must remit under the said Act.

. . .

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3

67. (1) The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31

20. Toute personne qui déduit, retient ou perçoit un montant quelconque en vertu d'une loi fiscale est réputée le détenir en fiducie pour l'État, séparé de son patrimoine et de ses propres fonds, et en vue de le verser à l'État selon les modalités et dans le délai prévus par une loi fiscale.

En cas de non-versement à l'État, selon les modalités et dans le délai prévus par une loi fiscale, d'un montant qu'une personne est réputée par le premier alinéa détenir en fiducie pour l'État, un montant égal au montant ainsi déduit, retenu ou perçu est réputé, à compter du moment où le montant est déduit, retenu ou perçu, être détenu en fiducie pour l'État, séparé de son patrimoine et de ses propres fonds, et former un fonds séparé ne faisant pas partie des biens de cette personne, que ce montant ait été ou non, dans les faits, tenu séparé du patrimoine de cette personne ou de ses propres fonds.

. . .

23. Toute personne qui ne perçoit pas un droit qu'elle était tenue de percevoir comme mandataire du ministre ou ne retient pas un droit qu'elle était tenue de retenir, en vertu d'une loi fiscale ou d'un règlement adopté en vertu d'une telle loi, devient débitrice envers l'État du montant de ce droit, à l'exception de la retenue prévue à l'article 1015 de la Loi sur les impôts (chapitre I-3), sauf si cette retenue concerne un droit qu'une personne devait retenir sur un montant payé à une autre personne qui ne réside pas au Canada pour services rendus au Québec.

. . .

24. Toute personne qui déduit, retient ou perçoit un montant en vertu d'une loi fiscale est tenue de payer au ministre, à la date fixée par cette loi ou conformément à la disposition prévue pour un tel paiement, un montant égal à celui qu'elle est tenue de remettre en vertu de cette loi.

. . .

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3

67. (1) Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants :

(a) property held by the bankrupt in trust for any other person,

a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne;

(2) Subject to subsection (3), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a bankrupt shall not be regarded as held in trust for Her Majesty for the purpose of paragraph (1)(a) unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, pour l'application de l'alinéa (1)a), être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(3) Subsection (2) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”) nor in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province where

(3) Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but d'assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d'une loi de cette province, dans la mesure où, dans ce dernier cas, se réalise l'une des conditions suivantes :

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

(b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

b) cette province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, notwithstanding any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

Pour l'application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier du failli et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

86. (1) In relation to a bankruptcy or proposal, all provable claims, including secured claims, of Her

86. (1) Dans le cadre d'une faillite ou d'une proposition, les réclamations prouvables — y compris les

Majesty in right of Canada or a province or of any body under an Act respecting workers' compensation, in this section and in section 87 called a "workers' compensation body", rank as unsecured claims.

réclamations garanties — de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province ou d'un organisme compétent au titre d'une loi sur les accidents du travail prenant rang comme réclamations non garanties.

87. (1) A security provided for in federal or provincial legislation for the sole or principal purpose of securing a claim of Her Majesty in right of Canada or of a province or of a workers' compensation body is valid in relation to a bankruptcy or proposal only if the security is registered under a prescribed system of registration before the date of the initial bankruptcy event.

87. (1) Les garanties créées aux termes d'une loi fédérale ou provinciale dans le seul but — ou principalement dans le but — de protéger des réclamations mentionnées au paragraphe 86(1) ne sont valides, dans le cadre d'une faillite ou d'une proposition, que si elles ont été enregistrées, conformément à un système d'enregistrement prescrit, avant l'ouverture de la faillite.

Appeals dismissed with costs.

Pourvois rejetés avec dépens.

Solicitor for the appellant the Deputy Minister of Revenue of Quebec: Attorney General of Quebec, Montréal.

Procureur de l'appelant le sous-ministre du Revenu du Québec : Procureur général du Québec, Montréal.

Solicitor for the appellant Her Majesty The Queen: Attorney General of Canada, Montréal.

Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine : Procureur général du Canada, Montréal.

Solicitors for the respondents Caisse populaire Desjardins de Montmagny and Raymond Chabot Inc., in its capacity as Trustee in bankruptcy of 9083-4185 Québec Inc.: Langlois Kronström Desjardins, Lévis.

Procureurs des intimées la Caisse populaire Desjardins de Montmagny et Raymond Chabot inc., en sa qualité de syndic à la faillite de 9083-4185 Québec inc. : Langlois Kronström Desjardins, Lévis.

Solicitors for the respondent Raymond Chabot Inc., in its capacity as Trustee for the estate of the debtor, Consortium Promecan Inc.: McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intimée Raymond Chabot inc., en sa qualité de syndic à l'actif de la débitrice Consortium Promecan inc. : McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the respondent the National Bank of Canada: Stein Monast, Québec.

Procureurs de l'intimée la Banque Nationale du Canada : Stein Monast, Québec.

Solicitors for the intervener: McMillan, Montréal.

Procureurs de l'intervenante : McMillan, Montréal.

2010 TCC 415, 2010 CCI 415
Cour canadienne de l'impôt [procédure générale]

Société en Commandite Sigma-Lamaque c. R.

2010 CarswellNat 3211, 2010 CarswellNat 4438, 2010 TCC 415, 2010 CCI
415, [2010] G.S.T.C. 137, 2010 G.T.C. 96 (Fr.), 2011 G.T.C. 906 (Eng.)

**Société en Commandite Sigma-Lamaque,
appelante et Sa Majesté la Reine, intimée**

Lucie Lamarre J.

Audience: 14 juin 2010
Jugement: 10 septembre 2010
Dossier: 2008-3200(GST)G

Avocat: Dominic C. Belley, Vincent Dionne, pour appelante
Pierre Zemaitis, pour intimée

Sujet: Goods and Services Tax (GST)

Classifications d'Abridgment connexes

Tax

III Goods and Services Tax

III.10 Rebates

III.10.h Tax paid or remitted in error

Sommaire

Tax --- Goods and Services Tax — Rebates — Tax paid or remitted in error

Limited partnership SL was contractor — In 2002, SL leased equipment from C for 60 months, with purchase option for \$1,618,238.80 US — SL provided bank letter of credit to C as security, in amount of \$425,000 — In 2003, SL ceased activity and filed notice of intention to make proposal in bankruptcy — C seized equipment and resold it to A for \$7.5 million plus taxes — C also cashed letter of credit — C demanded from SL amounts unpaid under lease — SL made proposal in bankruptcy, which was accepted — Under proposal, all of SL's assets were sold to CM, which paid off creditors including C with cash and shares — SL claimed on its GST return a rebate of \$542,000 for GST paid in error, and input tax credit (ITC) of \$472,000 for GST deemed included in C's net tax by [Excise Tax Act s. 182](#) — Minister allowed only ITC of \$37,000 under [s. 182](#) for GST included in letter of credit — SL appealed — Appeal allowed with respect to rebate — C's claim for unpaid rent should not have had GST added, as C was no longer making supply to SL — When CM paid out C's claim, SL was paying GST in error to C — SL thus entitled to rebate for GST paid in error — ITC under [s. 182](#) not available — Although C received payment as a result of SL's breach of lease, such payment was actual payment by A for supply of equipment to A — Such payment was not contemplated by [s. 182](#) — Allowing claim under [s. 182](#) would constitute double counting, since A already paid GST on this amount to C — [Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, ss. 169\(1\), 182, 261\(1\)](#).

Tax --- Goods and Services Tax — Special rules — Breach or termination of contract

Limited partnership SL was contractor — In 2002, SL leased equipment from C for 60 months, with purchase option for \$1,618,238.80 US — SL provided bank letter of credit to C as security, in amount of \$425,000 — In 2003, SL ceased activity and filed notice of intention to make proposal in bankruptcy — C seized equipment and resold it to A for \$7.5 million plus taxes — C also cashed letter of credit — C demanded from SL amounts unpaid under lease — SL made proposal in bankruptcy, which was accepted — Under proposal, all of SL's assets were sold to CM, which paid off creditors including C with cash and shares — SL claimed on its GST return a rebate of \$542,000 for GST paid in error, and input tax credit (ITC) of \$472,000 for GST deemed included in C's net tax by [Excise Tax Act s. 182](#) — Minister allowed only ITC of \$37,000 under [s. 182](#) for GST included in letter of credit — SL appealed — Appeal allowed with respect to rebate — C's claim for unpaid rent should not

have had GST added, as C was no longer making supply to SL — When CM paid out C's claim, SL was paying GST in error to C — SL thus entitled to rebate for GST paid in error — ITC under s. 182 not available — Although C received payment as a result of SL's breach of lease, such payment was actual payment by A for supply of equipment to A — Such payment was not contemplated by s. 182 — Allowing claim under s. 182 would constitute double counting, since A already paid GST on this amount to C — *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15, ss. 169(1), 182, 261(1).

Table des précédents

Cases considered by *Lucie Lamarre J.*:

Canada Trustco Mortgage Co. v. R. (2005), (sub nom. *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*) 2005 D.T.C. 5523 (Eng.), (sub nom. *Hypothèques Trustco Canada v. Canada*) 2005 D.T.C. 5547 (Fr.), [2005] 5 C.T.C. 215, 2005 SCC 54, (sub nom. *Minister of National Revenue v. Canada Trustco Mortgage Co.*) 340 N.R. 1, 2005 CarswellNat 3212, 2005 CarswellNat 3213, 259 D.L.R. (4th) 193, [2005] 2 S.C.R. 601 (S.C.C.) — followed

ITA Travel Agency Ltd. v. R. (2000), 2000 CarswellNat 3036, [2001] G.S.T.C. 5, 2001 G.T.C. 258 (T.C.C. [General Procedure]) — referred to

ITA Travel Agency Ltd. v. R. (2002), (sub nom. *ITA International Travel Agency Ltd. v. R.*) 2002 G.T.C. 1192, 2002 FCA 200, 2002 CarswellNat 1085, [2002] G.S.T.C. 58 (Fed. C.A.) — referred to

Johns-Manville Canada Inc. v. R. (1985), [1985] 2 S.C.R. 46, 85 D.T.C. 5373, [1985] 2 C.T.C. 111, 21 D.L.R. (4th) 210, 60 N.R. 244, 1985 CarswellNat 313, 1985 CarswellNat 666 (S.C.C.) — followed

McDonnell v. R. (2005), 2005 CarswellNat 3708, 2005 CCI 301, 2005 G.T.C. 999-89, [2005] G.S.T.C. 134, 2005 CarswellNat 1954, 2005 TCC 301 (T.C.C. [Informal Procedure]) — considered

MI Sask Industries Ltd. v. R. (2007), [2007] G.S.T.C. 17, 2007 TCC 73, 2007 CarswellNat 316, 2007 CCI 73, 2007 CarswellNat 5572, 2007 G.T.C. 822 (Eng.) (T.C.C. [Informal Procedure]) — referred to

Strick v. Regent Oil Co. (1965), [1965] 3 All E.R. 174, [1966] A.C. 295, [1965] 3 W.L.R. 636, 43 T.C. 1 (U.K. H.L.) — referred to

Statutes considered:

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3

Generally — referred to

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64

art. 1373 — considered

art. 1553 — considered

art. 1554 — considered

art. 1555 — considered

art. 1556 — considered

art. 1567 — considered

art. 1568 — considered

art. 1604 — considered

art. 1607 — considered

art. 1608 — considered

art. 1611 — considered

art. 1613 — considered

art. 1622 — considered

art. 1671 — considered

art. 1687 — considered

art. 1842 — considered

art. 1850 — considered

Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15

s. 169(1) [en. 1990, c. 45, s. 12(1)] — considered

s. 182 [en. 1990, c. 45, s. 12(1)] — considered

s. 182(1) [en. 1990, c. 45, s. 12(1)] — considered

s. 182(1)(a) [en. 1990, c. 45, s. 12(1)] — considered

s. 182(1)(b) [en. 1990, c. 45, s. 12(1)] — considered

s. 261(1) [en. 1990, c. 45, s. 12(1)] — considered

Excise Tax Act, the Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act, the Income Tax Act, the Debt Servicing and Reduction Account Act and related Acts, Act to amend the, S.C. 1997, c. 10

Generally — referred to

APPEAL from Minister's assessment, disallowing GST reimbursement and input tax credits.

Lucie Lamarre J.:

1 L'appelante a produit une déclaration de taxe sur les produits et services (*TPS*) pour la période de novembre 2004 dans laquelle elle a réclamé un montant de 543 080,21 \$ au titre de la TPS payée par erreur, aux termes du paragraphe 261(1) de la *Loi sur la taxe d'accise (LTA)*, de même qu'un crédit de taxe sur les intrants (*CTI*) pour la même période au montant de 472 379,67 \$ pour la TPS réputée payée, aux termes du paragraphe 169(1) et de l'article 182 de la *LTA* (voir formulaire de déclaration pour un montant total de 1 015 566,30 \$, représentant la somme des deux montants réclamés susmentionnés, en sus d'un petit montant relié à d'autres débours, avec cédule de calcul explicative, pièce A-1, onglet 6, pages 205-206).

2 Par cotisation en date du 9 juillet 2008, le ministre du Revenu du Québec, agissant pour et au nom du ministre du Revenu national (*ministre*), n'a accordé des CTI que pour un montant de 37 344,95 \$ et a refusé de rembourser en totalité la soi-disant taxe payée par erreur (voir réponse à l'avis d'appel, paragraphes 57, 68 et 69).

3 L'appelante conteste cette cotisation au motif qu'elle a droit à la totalité des CTI réclamés, de même qu'au remboursement de la taxe payée par erreur.

Faits

4 Le 20 juin 2002, l'appelante et une société du nom de « Les Services Financiers Caterpillar Limitée » (*Caterpillar*) ont conclu une convention de crédit-bail (*crédit-bail*) relativement à huit unités d'équipement lourd (pièce A-1, onglet 1). Par ce crédit-bail, Caterpillar (*le bailleur*) acceptait de louer à l'appelante (*le preneur*) deux pelles hydrauliques et six camions sur un terme de 60 mois, au bout duquel l'appelante avait l'option, entre autres, d'acheter l'ensemble des unités selon un prix prédéterminé de 1 618 328,80 \$US (plus toutes taxes applicables). Le montant financé, ou 100% du prix d'achat au moment de la signature, s'élevait à 8 517 520 \$US.

5 Pendant la durée du crédit-bail, l'appelante s'engageait à payer à Caterpillar le loyer de chaque unité par versements et selon les périodes de paiement prévues dans chacune des annexes du crédit-bail, incluant toutes les taxes fédérales et provinciales applicables sur lesdits versements (article 2.2 du crédit-bail, de même que les annexes s'y rattachant, pièce A-1, onglet 1, page

9 et pages 26 à 68.12). Par ailleurs, l'article 2.3 du crédit-bail prévoyait que les obligations tant du bailleur que du preneur ne pouvaient être affectées par suite, entre autres, de l'insolvabilité ou de la survenance de toute procédure de faillite par ou à l'encontre du preneur. Ainsi, tout paiement ou autre montant exigible du preneur en vertu du crédit-bail était payable en toute circonstance conformément aux paiements prévus aux annexes (pièce A-1, onglet 1, page 10). En vertu de l'article 4.6 du crédit-bail, les unités demeuraient la propriété mobilière du bailleur, et à l'article 4.7, on prévoyait que, s'il ne survenait aucun cas de défaut, le preneur avait droit à la possession et à l'utilisation des unités durant toute la durée du crédit-bail, sans empêchement de la part du bailleur. Selon l'article 8.1, alinéa e), il y avait un cas de défaut si le preneur cessait de faire affaires ou déposait une proposition ou donnait un avis d'intention s'y rapportant ou prenait des procédures en vertu de toute loi concernant la faillite, la réorganisation, l'insolvabilité ou permettant un arrangement. En cas de défaut, le bailleur pouvait mettre fin au crédit-bail par avis écrit au preneur, ce dernier demeurant néanmoins responsable en vertu du crédit-bail. Le bailleur avait alors discrétion pour déclarer immédiatement payable la valeur actuelle de la totalité du solde dû en regard des unités et récupérer tous dommages additionnels et dépenses encourus par le bailleur en raison du défaut du preneur et exiger que le preneur lui remette les unités (article 8.2). Le bailleur pouvait ensuite vendre les unités et le produit de la vente servirait, entre autres, à payer les montants dus par le preneur, de même que la valeur actuelle de la totalité du solde dû, à titre de dommages liquidés (article 8.3).

6 Il était également prévu, à l'article 13, que le titre et la propriété des unités resteraient ceux du bailleur à titre de garantie pour les obligations du preneur et que les droits du preneur à la jouissance et à l'utilisation paisibles des unités existeraient tant et aussi longtemps que le preneur ne serait pas en défaut. Le crédit-bail était régi par les lois de la province de Québec (article 16).

7 L'appelante (le preneur) avait convenu d'obtenir, et de remettre à Caterpillar, (le bailleur) une lettre de garantie irrévocable d'un montant de 425 876 \$US en vertu de laquelle, le bailleur pouvait, en tout temps, advenant le défaut du preneur de respecter ses obligations, demander paiement de cette lettre de garantie (article 1.4 du crédit-bail). Cette lettre de garantie irrévocable a été donnée par la Banque Nationale du Canada (pièce A-1, onglet 2).

8 Le 1^{er} octobre 2003, l'appelante cessait ses opérations, et le 15 janvier 2004, elle déposait un avis d'intention de faire une proposition à ses créanciers conformément à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI)* (pièce A-1, onglet 3, pages 82-84).

9 Le 12 février 2004, Caterpillar, par le biais de ses avocats, demandait à l'appelante de lui payer les montants qui lui étaient dus et de lui remettre ses unités (pièce A-1, onglet 3, pp 83-84), et déposait une réquisition d'un bref de saisie avant-jugement auprès de la Cour Supérieure du Québec, le 26 février 2004 (pièce A-1, onglet 3, pages 85 et suivantes).

10 La proposition de l'appelante, dans laquelle est intervenue Raymond Chabot Inc., à titre de syndic, a été déposée le 7 juin 2004 (pièce A-1, onglet 3, pages 95 et suivantes). Par cette proposition, l'appelante envisageait de vendre la totalité de ses actifs, par l'intermédiaire du syndic, à Century Mining Corporation (*Century*) pour un montant approximatif de 25 826 416 \$. Century s'engageait à payer les créanciers de l'appelante en argent comptant ou en actions de Century, au choix du créancier, jusqu'à concurrence d'un certain montant.

11 En ce qui concerne Caterpillar, elle a fait une première réclamation, pour un montant de 8 999 068,24 \$CAN (pièce A-1, onglet 4, pages 136-138). Cette réclamation a été établie en fonction du solde des loyers mensuels prévus aux annexes du crédit-bail, auquel on a rajouté les versements de TPS et de TVQ qui auraient été perçus si l'appelante avait respecté son engagement en vertu du crédit-bail jusqu'à terme. Ceci a été bien expliqué par M. Emmanuel Phaneuf, le syndic de faillite, avec documents à l'appui.

12 Suite à cette première réclamation, Caterpillar a encaissé la lettre de garantie de la Banque Nationale du Canada pour un montant de 570 844,19 \$CAN et a vendu les unités qu'elle avait reprises à l'appelante à une entreprise du nom de Acton Construction Inc. (*Acton*), pour lesquelles Caterpillar a reçu un produit net de la vente de 7 560 597,42 \$CAN. Caterpillar a donc déposé une réclamation amendée auprès du syndic de l'appelante, réduisant le montant initial réclamé du montant reçu de la banque sur la lettre de garantie et d'Acton sur le produit de vente des unités. Le montant de la réclamation amendée s'élevait donc maintenant à 867 626,63 \$CAN (pièce A-1, onglet 4, pages 141-142). Caterpillar aurait été payée pour cette nouvelle réclamation, par le syndic, en actions de Century et en argent (pièce A-1, onglet 4, page 126 et page 129).

13 Pour ce qui est de la vente des unités par Caterpillar à Acton, le syndic n'est pas intervenu et la vente s'est faite par l'intermédiaire d'un agent, qui a reçu une commission sur le produit de la vente. Acton a payé la TPS à l'achat des unités (pièce A-1, onglet 5, pages 182-192).

14 Madame Guylaine Dallaire, C.A., fiscaliste, est venue témoigner pour expliquer pourquoi l'appelante avait réclamé un montant de TPS payé par erreur. Selon elle, la réclamation faite par Caterpillar demandait les loyers impayés en sus de la TPS et de la TVQ. Or, Caterpillar avait pris possession des équipements et l'appelante n'exploitait plus d'entreprise. Le montant réclamé par Caterpillar était fondé sur le montant du loyer qui aurait dû être payé par l'appelante si elle avait complété le terme du crédit-bail, mais dans les faits, c'est dans un contexte de rupture de contrat que la réclamation était faite, et, en l'occurrence, il n'y avait pas de TPS payable. Or, le montant réclamé par Caterpillar incluait la TPS au montant de 543 080,21 \$CAN, lequel montant reflète ce que l'appelante demande au ministre comme TPS payée par erreur, aux termes du paragraphe 261(1) LTA.

15 Par ailleurs, après avoir soustrait ce montant de TPS payé par erreur, madame Dallaire a considéré l'application de l'article 182 LTA selon lequel une taxe est réputée payée lorsqu'un montant est versé par suite d'une rupture de contrat. Cette taxe est réputée incluse dans le montant versé, et correspond au montant réclamé par l'appelante de 472 379,67 \$CAN, qui fait également l'objet du présent litige. L'article 182 LTA se lit comme suit:

182. (1) Renonciation et remise de dette — Pour l'application de la présente partie, dans le cas où, à un moment donné, par suite de l'inexécution, de la modification ou de la résiliation, après 1990, d'une convention portant sur la réalisation d'une fourniture taxable au Canada, sauf une fourniture détaxée, par un inscrit au profit d'une personne, un montant est payé à l'inscrit, ou fait l'objet d'une renonciation en sa faveur, autrement qu'à titre de contrepartie de la fourniture, ou encore une dette ou autre obligation de l'inscrit est réduite ou remise sans paiement au titre de la dette ou de l'obligation, les présomptions suivantes s'appliquent:

a) la personne est réputée avoir payé, au moment donné, un montant de contrepartie pour la fourniture égal au résultat du calcul suivant :

$$A/B \times C$$

où :

A représente 100 %,

B le pourcentage suivant :

(i) si la taxe prévue au paragraphe 165(2) était payable relativement à la fourniture, la somme de 107% et du taux de taxe applicable à la province participante où la fourniture a été effectuée,

(ii) dans les autres cas, 107 %,

C le montant payé, ayant fait l'objet de la renonciation ou remis, ou le montant dont la dette ou l'obligation a été réduite;

b) la personne est réputée avoir payé, et l'inscrit avoir perçu, au moment donné, la totalité de la taxe relative à la fourniture qui est calculée sur cette contrepartie, laquelle taxe est réputée égale au montant suivant :

(i) si la taxe prévue au paragraphe 165(2) était payable relativement à la fourniture, le total des taxes prévues à ce paragraphe et au paragraphe 165(1) calculées sur cette contrepartie,

(ii) dans les autres cas, la taxe prévue au paragraphe 165(1), calculée sur cette contrepartie.

[Je souligne.]

16 Le ministre a accepté de considérer que le montant recouvré par Caterpillar de la Banque Nationale du Canada sur la lettre de garantie était visé par l'article 182. Le ministre a donc accordé des CTI à l'appelante sur cette partie seulement, et c'est pourquoi le montant de 37 344,95 \$CAN a été octroyé en CTI dans la cotisation du 9 juillet 2008.

17 Toutefois, le ministre n'a pas accepté d'appliquer l'article 182 au montant reçu par Caterpillar de Acton lors de la vente des unités saisies qui faisaient l'objet du crédit-bail. Selon le ministre, la somme versée par Acton n'aurait pas été payée dans le contexte de l'inexécution du crédit-bail, mais dans le contexte d'une vente d'équipements entre Caterpillar et Acton. En ce qui concerne la taxe payée par erreur, le ministre a également refusé de payer cette somme au motif que l'appelante n'avait pas, dans les faits, payé cette taxe.

Arguments de l'appelante

18 Le noeud du litige résiderait, selon l'avocat de l'appelante, dans le fait que la réclamation de Caterpillar a été calculée de façon erronée. En effet, Caterpillar n'aurait pas dû inclure la TPS et la TVQ dans sa preuve de réclamation, car il n'y avait plus de fourniture taxable. Si l'on considère le montant reçu sur la lettre de garantie auquel on ajoute le produit net de la vente reçu de Acton, Caterpillar était compensée entièrement pour les montants qui lui étaient dus en vertu du crédit-bail. En fait, le solde indiqué dans la réclamation amendée au montant de 867 626, 63 \$CAN, correspond aux taxes de vente (TPS et TVQ) réclamées par Caterpillar. Autrement dit, si Caterpillar n'avait pas inclus ces taxes dans sa réclamation, la dette de l'appelante envers elle aurait été complètement payée à même la lettre de garantie et le produit net de la vente reçu de Acton. C'est pourquoi l'appelante soutient qu'elle a elle-même payé ces taxes (dont la TPS) par erreur, puisque ces taxes sont venues s'ajouter au montant de la réclamation des créanciers, pour laquelle Caterpillar a reçu de l'argent et des actions de Century, cette dernière ayant repris tous les actifs de l'appelante, en assumant les dettes dues à ses créanciers.

19 Quant à la taxe réputée, prévue à l'article 182 LTA, l'appelante soutient qu'il n'est pas nécessaire pour son application qu'elle ait payé elle-même une somme à Caterpillar. Ce qui compte, c'est que Caterpillar ait été payée par suite de l'inexécution du crédit-bail, et, dans ce contexte, la TPS est réputée incluse dans le paiement. Et pour preuve que le montant reçu de Acton a été versé dans le contexte de l'inexécution du crédit-bail, on argumente que cette somme a servi à réduire la créance de Caterpillar vis-à-vis de l'appelante, Caterpillar ayant donné quittance à cette dernière. En tout état de cause, l'appelante soutient que le passage introductif *in fine* du paragraphe 182(1) (*182 in fine*) s'applique puisque l'obligation qu'avait Caterpillar envers l'appelante de lui fournir l'équipement a été remise du fait de la saisie. Selon l'appelante, la valeur attribuable à l'utilisation par elle-même de l'équipement de Caterpillar a été quantifiée à 7 560 597,42 \$CAN en vertu de la réclamation amendée. Ainsi, en vendant les unités à Acton, Caterpillar déniait à l'appelante son droit de pleine jouissance en conformité avec le crédit-bail, et de ce fait, réduisait de 7 560 597,42 \$CAN l'obligation qu'elle avait aux termes de l'article 4.7 du crédit-bail.

20 L'appelante conclut donc qu'elle a droit de réclamer des CTI sur cette taxe réputée, qu'elle a estimée à 472 379,67 \$CAN (pièce A-1, onglet 6, p. 206).

Arguments de l'intimée

21 En ce qui concerne l'application de l'article 182 LTA, l'intimée soutient que le paiement effectué par Acton à Caterpillar a été fait en contrepartie de la vente d'équipements, pour laquelle Acton a elle-même payée la TPS. Ce paiement n'a pas été fait dans le cadre de l'inexécution du crédit-bail, la preuve étant que le syndic n'était aucunement impliqué. L'article 182 ne s'applique pas lorsque le paiement est fait en contrepartie d'une fourniture, ce qui est précisément le cas ici.

22 Pour ce qui est de l'article 182 *in fine*, l'intimée soutient que cela vise le cas où l'inscrit (Caterpillar) aurait eu une dette envers l'appelante et que cette dernière aurait renoncé à sa créance par suite de l'inexécution par elle de ses obligations en vertu du crédit-bail. Selon l'intimée, Caterpillar n'avait plus d'obligation envers l'appelante du moment que celle-ci se trouvait en défaut, Caterpillar ayant le droit, en vertu du crédit-bail, de reprendre ses unités, lesquelles lui appartenaient de toute façon.

23 En ce qui concerne la taxe payée par erreur, l'intimée soutient qu'il n'y a aucune preuve qu'une taxe ait été payée. Il n'y a aucune facturation qui démontre ceci. Par ailleurs, il n'y a aucune indication ou documentation qui dit que les actions de Century

et le paiement en argent remis à Caterpillar par le syndic représentent la taxe payée par erreur. Ceci est une pure interprétation de l'appelante qui, en faisant des calculs, a considéré que cela pouvait être le cas. L'intimée soutient que la preuve ne démontre pas que l'appelante a effectivement payé la taxe qu'elle dit avoir payée par erreur. Cela ne peut se faire par déduction, comme tente de le faire l'appelante. Le fait que les dommages-intérêts réclamés par Caterpillar aient été calculés d'une certaine façon ne permet pas de déduire, après coup, que nécessairement on a exigé la TPS.

Analyse

24 Les autres dispositions législatives pertinentes de la LTA se lisent comme suit:

169. (1) Règle générale — Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, un crédit de taxe sur les intrants d'une personne, pour sa période de déclaration au cours de laquelle elle est un inscrit, relativement à un bien ou à un service qu'elle acquiert, importe ou transfère dans une province participante, correspond au résultat du calcul suivant si, au cours de cette période, la taxe relative à la fourniture, à l'importation ou au transfert devient payable par la personne ou est payée par elle sans qu'elle soit devenue payable :

$$A \times B$$

où :

A représente la taxe relative à la fourniture, à l'importation ou au transfert, selon le cas, qui, au cours de la période de déclaration, devient payable par la personne ou est payée par elle sans qu'elle soit devenue payable;

B :

a) dans le cas où la taxe est réputée, par le paragraphe 202(4), avoir été payée relativement au bien le dernier jour d'une année d'imposition de la personne, le pourcentage que représente l'utilisation que la personne faisait du bien dans le cadre de ses activités commerciales au cours de cette année par rapport à l'utilisation totale qu'elle en faisait alors dans le cadre de ses activités commerciales et de ses entreprises;

b) dans le cas où le bien ou le service est acquis, importé ou transféré dans la province, selon le cas, par la personne pour utilisation dans le cadre d'améliorations apportées à une de ses immobilisations, le pourcentage qui représente la mesure dans laquelle la personne utilisait l'immobilisation dans le cadre de ses activités commerciales immédiatement après sa dernière acquisition ou importation de tout ou partie de l'immobilisation;

c) dans les autres cas, le pourcentage qui représente la mesure dans laquelle la personne a acquis ou importé le bien ou le service, ou l'a transféré dans la province, selon le cas, pour consommation, utilisation ou fourniture dans le cadre de ses activités commerciales.

261. (1) Remboursement d'un montant payé par erreur — Dans le cas où une personne paie un montant au titre de la taxe, de la taxe nette, des pénalités, des intérêts ou d'une autre obligation selon la présente partie alors qu'elle n'avait pas à le payer ou à le verser, ou paie un tel montant qui est pris en compte à ce titre, le ministre lui rembourse le montant, indépendamment du fait qu'il ait été payé par erreur ou autrement.

I - Remboursement de TPS payée par erreur: paragraphe 261(1) LTA

25 Il ne semble pas contesté que l'appelante n'avait pas de TPS à payer sur le montant de la réclamation faite par Caterpillar au syndic de faillite. Bien que l'agent d'opposition ait reconnu dans son mémoire que Caterpillar avait déterminé la valeur actuelle de la totalité du solde dû par l'appelante à titre de dommages-intérêts sur la base des montants de loyer à payer mensuellement, incluant la TPS et la TVQ, il était d'avis qu'il n'y avait aucune fourniture taxable effectuée au profit de l'appelante sur laquelle il y aurait eu une taxe applicable en vertu de la LTA (voir Mémoire sur opposition, pièce A-1, onglet 13, page 240).

26 Ainsi, la pierre d'achoppement réside non pas dans le fait qu'il n'y avait aucune taxe payable, mais dans le fait que l'intimée ne reconnaît pas qu'il y ait eu paiement de la taxe, alors que l'appelante dit qu'elle a bel et bien payé cette taxe par erreur. De fait, pour avoir droit au remboursement, l'appelante doit établir qu'elle a, dans les faits, payé cette taxe qui ne devait pas être payée.

27 L'appelante soutient qu'elle l'a payée puisque la TPS a été prise en compte pour établir le montant de la réclamation de Caterpillar, laquelle a reçu en retour de l'argent et des actions de Century, qui avait auparavant fait l'acquisition de tous les actifs de l'appelante en assumant ses dettes.

28 Que Caterpillar ait remis ou non la TPS au gouvernement (ce quelle devait faire si elle l'a réellement perçue¹), cela ne modifie pas le droit de l'appelante de recevoir le remboursement, si, effectivement, elle prouve qu'elle a versé cette taxe par erreur au fournisseur (ici Caterpillar). Dans la mesure où elle peut prouver que Caterpillar a exigé la taxe par erreur, et qu'elle l'a payée, l'appelante a droit à un remboursement. De même, si Caterpillar a remis dans les faits cette taxe au gouvernement, ce n'est pas cette dernière qui peut réclamer un remboursement, puisqu'elle n'aurait remis qu'un montant perçu au titre de la taxe et payé par l'appelante. (Voir *McDonell v. R.*, [2005] G.S.T.C. 134 (T.C.C. [Informal Procedure]), aux paragraphes 21-34)

29 Quant à savoir si Caterpillar a exigé la TPS par erreur, j'aurais tendance à répondre par l'affirmative. L'article 8.5 du crédit-bail, qui s'appliquait en cas de défaut, se lit comme suit:

8.5 Les recours en vertu des présentes en faveur du bailleur ne devront pas être considérés comme étant exclusifs mais seront cumulatifs et devront s'ajouter à tout autre recours dont il pourrait disposer en droit ou en équité; pourvu, néanmoins, que le bailleur ne soit pas autorisé à recouvrer un montant en dommages-intérêts qui soit supérieur à ce [...] qu'il aurait pu gagner par suite de l'exécution complète, en temps opportun, des obligations du preneur en vertu de ce crédit-bail, incluant tous les frais, dépenses et coûts encourus par le bailleur pour exercer ses droits en vertu de ce crédit-bail et toutes les charges afférentes à un paiement en retard, tel que prévu à la clause 2.2 des présentes.

30 Ainsi, le bailleur (Caterpillar) n'était pas autorisé à recouvrer un montant en dommages-intérêts qui était supérieur à ce qu'il aurait pu gagner par suite de l'exécution complète, en temps opportun, des obligations du preneur (l'appelante) en vertu du crédit-bail. Il me semble évident que de tels dommages-intérêts ne pouvaient inclure la TPS puisque cette taxe perçue en temps normal aurait été remise au gouvernement. Autrement dit, la TPS ne peut être ajoutée au montant qu'aurait pu gagner, ou recevoir à son profit, Caterpillar, si le crédit-bail avait été exécuté jusqu'au bout.

31 La question qui se pose maintenant est celle de savoir si l'appelante a effectivement payé cette TPS qu'elle réclame aujourd'hui en vertu du paragraphe 261(1) LTA. L'appelante a invoqué les articles suivants du *Code civil du Québec* (CcQ):

1553. Par paiement on entend non seulement le versement d'une somme d'argent pour acquitter une obligation, mais aussi l'exécution même de ce qui est l'objet de l'obligation.

1554. Tout paiement suppose une obligation: ce qui a été payé sans qu'il existe une obligation est sujet à répétition.

La répétition n'est cependant pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

1555. Le paiement peut être fait par toute personne, lors même qu'elle serait un tiers par rapport à l'obligation; le créancier peut être mis en demeure par l'offre d'un tiers d'exécuter l'obligation pour le débiteur, mais il faut que cette offre soit faite pour l'avantage du débiteur et non dans le seul but de changer de créancier.

Toutefois, le créancier ne peut être contraint de recevoir le paiement d'un tiers lorsqu'il a intérêt à ce que le paiement soit fait personnellement par le débiteur.

1556. Pour payer valablement, il faut avoir dans ce qui est dû un droit qui autorise à le donner en paiement.

Néanmoins, si ce qui est dû est une somme d'argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, le paiement ne peut être recouvré contre le créancier qui l'a consommé de bonne foi, quoique ce paiement ait été fait par une personne qui n'était pas autorisée à le faire.

[...]

1567. Les frais du paiement sont à la charge du débiteur.

1568. Le débiteur qui paie a droit à une quittance et à la remise du titre original de l'obligation.

[...]

1604. Le créancier, s'il ne se prévaut pas du droit de forcer, dans les cas qui le permettent, l'exécution en nature de l'obligation contractuelle de son débiteur, a droit à la résolution du contrat, ou à sa résiliation s'il s'agit d'un contrat à exécution successive.

[...]

1607. Le créancier a droit à des dommages-intérêts en réparation du préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel, que lui cause le défaut du débiteur et qui en est une suite immédiate et directe.

1608. L'obligation du débiteur de payer des dommages-intérêts au créancier n'est ni atténuée ni modifiée par le fait que le créancier reçoive une prestation d'un tiers, par suite du préjudice qu'il a subi, sauf dans la mesure où le tiers est subrogé aux droits du créancier.

[...]

1611. Les dommages-intérêts dus au créancier compensent la perte qu'il subit et le gain dont il est privé.

[...]

1613. En matière contractuelle, le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir au moment où l'obligation a été contractée, [...]

[...]

1622. La clause pénale est celle par laquelle les parties évaluent par anticipation les dommages-intérêts en stipulant que le débiteur se soumettra à une peine au cas où il n'exécuterait pas son obligation.

Elle donne au créancier le droit de se prévaloir de cette clause au lieu de poursuivre, dans les cas qui le permettent, l'exécution en nature de l'obligation; mais il ne peut en aucun cas demander en même temps l'exécution et la peine, à moins que celle-ci n'ait été stipulée que pour le seul retard dans l'exécution de l'obligation.

32 Ici, Caterpillar a fait une réclamation pour dommages-intérêts, qu'elle a calculés en fonction des loyers mensuels résiduels à payer, auxquels elle a ajouté les taxes à percevoir. Tout le monde s'entend qu'il n'y avait aucune taxe à percevoir sur les dommages-intérêts réclamés. Pourtant, Caterpillar a inclus cette taxe dans le montant global de la réclamation pour laquelle elle a reçu des actions de Century et de l'argent, et elle a donné ensuite quittance complète en ce qui concerne la dette de l'appelante. Par ailleurs, il semble que les frais, dépenses et coûts engagés par Caterpillar pour exercer ses droits en vertu du crédit-bail et toutes les charges afférentes aux paiements en retard ont été pris en compte séparément sous la rubrique « Repossession Costs » (pièce A-1, onglet 4, page 142).

33 À mon avis, l'appelante a raison d'invoquer le fait qu'elle a payé cette taxe. N'eût été ces montants de taxe dont Caterpillar s'est servi pour établir le montant de sa réclamation, Century, par l'intermédiaire du syndic, n'aurait pas eu à payer Caterpillar

en actions et en argent. Ceci ressort bien de la preuve qui démontre que, sans le montant rajouté pour les taxes, Caterpillar avait été complètement dédommagée à même la lettre de garantie de la banque et le produit de la vente des unités à Acton. Caterpillar s'est bel et bien enrichie au détriment de l'appelante, qui, elle, a transféré ses actifs à Century qui, à son tour, en assumant les dettes de l'appelante, en a fait profiter Caterpillar en lui remettant, par l'intermédiaire du syndic, de l'argent et des actions pour une valeur équivalant au montant total de la taxe ajoutée dans la réclamation. Par la suite, Caterpillar a donné quittance complète à l'appelante, reconnaissant ainsi que cette dernière s'était acquittée de sa dette. Or, cette dette payée en argent et en actions de Century par le syndic correspondait à la portion de TPS et de TVQ ajoutée aux montants de loyers encore à percevoir par Caterpillar. Caterpillar n'était pas justifiée de percevoir cette taxe puisqu'elle n'effectuait plus aucune fourniture taxable. Je conclus donc que l'appelante a droit au remboursement réclamé en vertu du paragraphe 261(1) LTA.

II - Taxe réputée payée: article 182 LTA

34 La version anglaise du passage introductif du paragraphe 182(1) de la LTA se lit comme suit:

182. (1) Forfeiture, extinguished debt, etc. — For the purposes of this Part, where at any time, as a consequence of the breach, modification or termination after 1990 of an agreement for the making of a taxable supply (other than a zero-rated supply) of property or a service in Canada by a registrant to a person, an amount is paid or forfeited to the registrant otherwise than as consideration for the supply, or a debt or other obligation of the registrant is reduced or extinguished without payment on account of the debt or obligation,

[Je souligne.]

35 La Cour suprême du Canada a établi les balises quant aux principes généraux d'interprétation des lois, entre autres, dans *Canada Trustco Mortgage Co. v. R.*, [2005] 2 S.C.R. 601 (S.C.C.), à la page 610, paragraphe 10:

5.1 Principes généraux d'interprétation

Il est depuis longtemps établi en matière d'interprétation des lois qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur »: voir *65302 British Columbia Ltd. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d'un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L'incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l'objet sur le processus d'interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d'une loi comme formant un tout harmonieux.

[...]

36 À la lecture du texte de loi, l'article 182 de la LTA trouvera application dans un premier temps si, « par suite » (ou, dans la version anglaise, "as a consequence of") de l'inexécution d'une convention portant sur la réalisation d'une fourniture taxable au Canada par un inscrit au profit d'une personne, un montant est payé à l'inscrit autrement qu'à titre de contrepartie de la fourniture. Si on applique ces termes législatifs dans le contexte actuel, il faudrait que, par suite de l'inexécution du crédit-bail portant sur la location des unités par Caterpillar à l'appelante, un montant ait été payé à Caterpillar autrement qu'à titre de contrepartie pour ces unités.

37 À la lecture du texte même, je ne pense pas que l'on puisse dire que cette partie de l'article 182 LTA trouve application relativement au paiement fait par Acton. En effet, selon le texte, il est vrai que quiconque peut payer l'inscrit (ici, Caterpillar), mais à condition que ce paiement ne soit pas fait en contrepartie de la fourniture (les unités, en ce qui nous concerne). En achetant les unités saisies par Caterpillar, Acton payait Caterpillar le prix demandé en contrepartie de la disposition de ces mêmes unités. Acton a elle-même payé la TPS à l'achat de ces unités. S'il est vrai que c'est suite à l'inexécution du crédit-bail que Caterpillar a saisi les unités en faisant l'objet, Acton a acquis ces mêmes unités dans un contexte tout à fait indépendant, non relié en soi

à l'inexécution du crédit-bail. Acton a payé Caterpillar en contrepartie des unités qu'elle a acquises dans l'exploitation de sa propre entreprise.

38 Le fait que le paiement reçu de Acton par Caterpillar ait servi à réduire la dette de l'appelante vis-à-vis de Caterpillar ne modifie en rien, selon moi, la non-application de l'article 182. La dette a été réduite par application de l'article 8.3 du crédit-bail. Si une personne liée à l'appelante, ou ayant intérêt à ce que la dette de l'appelante soit éteinte, ou obligée d'effectuer le paiement, comme ce fut le cas de la Banque Nationale, avait payé le montant dû par l'appelante en vertu du crédit-bail, alors on aurait pu invoquer l'article 182 pour dire qu'il y avait une taxe réputée.

39 Selon ce que je comprends, l'article 182 vise le cas où le paiement effectué est un substitut économique du montant qui aurait dû être payé en vertu de la convention² (ici, le crédit-bail), auquel cas, le fournisseur qui reçoit le paiement est obligé de remettre au gouvernement la taxe réputée incluse, laquelle peut ensuite être réclamée à titre de CTI. C'est pourquoi l'article 182 exclut tout paiement fait en contrepartie de la fourniture, car dans ce cas, la TPS est payable en sus de ce paiement et est remise au gouvernement par l'inscrit qui l'a prélevée. En effet, il serait illogique, il me semble, qu'une taxe soit réputée incluse dans le paiement fait par Acton, alors que cette dernière a dû verser cette taxe séparément. Donner raison à l'appelante aurait pour effet de compter deux fois la taxe sur la fourniture du même bien pour la même période. Selon le raisonnement de l'appelante, parce que sa dette consistant en les loyers résiduels à payer a été réduite du montant équivalant au produit de la disposition des unités en faveur d'Acton, Caterpillar devrait aussi remettre au gouvernement, en sus de la taxe perçue de Acton, une taxe réputée sur l'utilisation qui aurait été faite par l'appelante de ces mêmes unités pour la même période, si le crédit-bail n'avait pas pris fin. Cela ne peut certainement pas être l'intention du législateur. En acceptant de donner quittance à l'appelante, Caterpillar reconnaissait avoir été dédommée autrement pour ce qui est du montant qu'elle aurait dû percevoir en vertu du crédit-bail, puisque cette somme lui a été remise par Acton. Toutefois, cette dernière a versé la TPS lors de l'acquisition de ces unités, dans le contexte d'une activité commerciale. Selon moi, on ne peut dire qu'il y a eu paiement à l'inscrit (Caterpillar) autrement qu'à titre de contrepartie de la fourniture.

40 Quant à l'argument de l'appelante que l'article 182 *in fine* devrait s'appliquer au motif qu'une obligation de Caterpillar aurait été remise sans paiement du fait de la saisie des unités, je ne peux souscrire à cet argument.

41 Les articles 1842 et 1850 C.c.Q traitent du crédit-bail comme suit:

1842. Le crédit-bail est le contrat par lequel une personne, le crédit-bailleur, met un meuble à la disposition d'une autre personne, le crédit-preneur, pendant une période de temps déterminée et moyennant une contrepartie.

Le bien qui fait l'objet du crédit-bail est acquis d'un tiers par le crédit-bailleur, à la demande du crédit-preneur et conformément aux instructions de ce dernier.

Le crédit-bail ne peut être consenti qu'à des fins d'entreprise.

[...]

1850. Lorsque le contrat de crédit-bail prend fin, le crédit-preneur est tenu de rendre le bien au crédit-bailleur, à moins qu'il ne se soit prévalu, le cas échéant, de la faculté que lui réserve le contrat de l'acquérir.

42 En vertu du crédit-bail, Caterpillar avait l'obligation de laisser la possession et l'utilisation des unités à l'appelante, dans la mesure où celle-ci exécutait ses paiements. La convention de crédit-bail prévoyait que, dès qu'il y avait défaut, Caterpillar était en droit de mettre fin au crédit-bail et de reprendre possession des unités, qui, au demeurant, étaient toujours sa propriété (articles 4.6 et 8.2 du crédit-bail). Par ailleurs, le droit du preneur (de l'appelante) à la jouissance et à l'utilisation des unités prenait fin en cas de défaut (article 13 du crédit-bail). Dès lors, on ne peut plus parler d'obligation de mettre les unités à la disposition de l'appelante à partir du moment où cette dernière se retrouvait en défaut.

43 Dans le contexte de l'article 1373 C.c.Q., l'obligation est « un lien de droit, existant entre deux ou plusieurs personnes, par lequel une personne, appelée débiteur, est tenue envers une autre, appelée créancier, d'exécuter une prestation consistant à faire

ou à ne pas faire quelque chose, sous la menace d'une contrainte juridique »³. De plus, l'article 1671 C.c.Q. prévoit l'extinction de l'obligation par la remise. Dans le contexte de l'article 1687 C.c.Q., la remise de dette est « l'acte conventionnel par lequel le créancier décharge son débiteur de l'exécution de la totalité ou d'une partie de son obligation »⁴.

44 On ne peut donc invoquer la remise ou la réduction de l'obligation sans paiement ici, puisque cette obligation de Caterpillar envers l'appelante n'existait plus tout simplement, du fait que cette dernière s'est retrouvée en défaut. L'appelante ne pouvait plus exercer aucune contrainte juridique contre Caterpillar. Caterpillar ne devait rien à l'appelante et n'avait aucune obligation envers l'appelante dès le moment où cette dernière était en défaut. L'appelante, n'ayant plus aucun droit à la jouissance et à l'utilisation des unités, ne pouvait décharger Caterpillar de l'exécution d'une obligation que celle-ci n'avait pas.⁵

45 J'en conclus que l'appelante n'a pas démontré qu'il y avait eu remise d'obligation sans paiement en ce qui concerne Caterpillar.

46 Par ailleurs, dans les notes explicatives concernant le projet de loi C-70 (L.C. 1997, ch.10), reproduites dans Taxes à la consommation, Législation annotée 2008, 17^e édition (CCH), sous la rubrique, Archives des notes explicatives, aux pages 394 et 395, on disait ceci:

Projet de loi C-70 — TVH (L.C. 1997, c. 10): L'article 182 porte sur le cas où, par suite de l'inexécution, de la modification ou de l'annulation d'une convention portant sur une fourniture taxable par un inscrit, des montants sont payés par une personne à l'inscrit, ou font l'objet d'une renonciation par une personne en faveur d'un inscrit, autrement qu'à titre de contrepartie de la fourniture. Cet article porte également sur les cas où la dette ou autre obligation d'un inscrit envers une personne est réduite ou éteinte sans paiement au titre de la dette ou de l'obligation. Dans les deux cas, l'inscrit est réputé avoir effectué une fourniture taxable au profit de la personne et avoir perçu la taxe sur le montant payé, réduit, éteint ou ayant fait l'objet d'une renonciation. La personne qui paie le montant, ou y renonce, est réputée avoir payé la taxe; si elle est un inscrit, elle peut avoir droit à un crédit de taxe sur les intrants au titre de cette taxe.

[...]

Cette modification entre en vigueur le 1^{er} avril 1997.

Projet de loi C-70 (L.C. 1997, c. 10): L'article 182 traite des cas où, par suite de l'inexécution, de la modification ou de l'annulation d'une convention portant sur la réalisation d'une fourniture taxable par un inscrit au profit d'une personne, un montant est payé à l'inscrit, ou fait l'objet d'une renonciation en sa faveur, autrement qu'à titre de contrepartie de la fourniture. L'article 182 traite aussi des cas où une dette ou autre obligation de l'inscrit est réduite ou remise sans paiement au titre de la dette ou de l'obligation. Dans les deux cas, l'inscrit est réputé avoir effectué une fourniture taxable au profit de cette personne et avoir perçu un montant de taxe égal à 7/107 du montant payé, ayant fait l'objet de la renonciation ou remis, ou du montant dont la dette ou l'obligation a été réduite. La personne ayant payé le montant ou y ayant renoncé est réputée avoir payé la taxe et, si elle est un inscrit, peut avoir droit à un crédit de taxe sur les intrants à l'égard de cette taxe.

[...] selon l'article 182, la taxe s'applique aux montants payés, ayant fait l'objet d'une renonciation ou appliqués en réduction ou en extinction d'une dette ou d'une autre obligation par suite du bris, de la modification ou de la cessation d'une convention concernant une fourniture taxable.

La modification apportée aux règles d'application de la TPS fait en sorte que l'article 182 s'applique aux montants payés, réduits, remis ou ayant fait l'objet d'une renonciation après 1990, peu importe le moment auquel la convention a été conclue. Cette règle d'application n'est pas nécessaire selon la loi actuelle puisqu'une nouvelle fourniture est réputée effectuée d'après le paragraphe 182(1) et que les dispositions transitoires de la TPS précisent que la taxe s'applique à toute fourniture qui est réputée avoir été effectuée. Par contraste, selon la version modifiée du paragraphe 182(1), le montant payé, ayant fait l'objet d'une renonciation ou appliqué en réduction ou en extinction d'une dette ou autre obligation est considéré comme la contrepartie de la fourniture initiale.

Cette modification entre en vigueur le 24 avril 1996.

47 Ainsi, le législateur parle, entre autres, de montants appliqués en réduction ou en extinction d'une dette ou d'une autre obligation par suite de la rupture ou de la cessation d'une convention concernant une fourniture taxable. Ici, par suite de la rupture de la convention de crédit-bail, le bailleur, Caterpillar, n'avait aucune obligation de mettre les équipements à la disposition du preneur, l'appelante. Au contraire, Caterpillar avait maintenant un droit de reprendre possession de ses unités qui faisaient l'objet du crédit-bail et l'appelante n'avait plus aucun droit sur ces unités. On ne peut donc parler d'un montant de 7 560 597.42 \$ CAN appliqué en réduction ou en extinction d'une obligation de Caterpillar de mettre ces équipements à la disposition de l'appelante, tel que plaidé par cette dernière.

48 Finalement, pour les raisons indiquées plus haut, et à la lecture de ces notes explicatives, je ne peux concevoir que l'intention du législateur ait été que la taxe soit réputée incluse alors que cette taxe a été payée séparément par Acton.

49 Dans l'arrêt de la Cour Suprême dans l'affaire *Johns-Manville Canada Inc. v. R.*, 1985 CarswellNat at 666, [1985] 2 S.C.R. 46 (S.C.C.), le juge Estey a cité le passage de l'arrêt *Strick v. Regent Oil Co.* [(1965), [1966] A.C. 295 (U.K. H.L.)] portant sur le « bons sens »:

24 Cette analyse de la jurisprudence nous ramène à l'idée première exprimée par lord Reid dans l'arrêt *Regent Oil Co. v. Strick*, [1966] A.C. 295, à la p. 313:

[TRADUCTION] Il n'est donc pas surprenant qu'aucun critère, principe ou règle pratique ne soit déterminant. En définitive, il s'agit d'une question de droit que la cour doit trancher, mais c'est là une question à laquelle il faut répondre en fonction de toutes les circonstances dont il faut raisonnablement tenir compte; le poids qu'il faut accorder aux circonstances particulières d'un cas donné doit dépendre du bon sens plutôt que de l'application stricte d'un principe juridique quelconque.

50 Je suis du même avis que l'intimée, à savoir que l'article 182 *in fine* trouverait application dans le cas où Caterpillar aurait elle-même eu une dette ou une obligation indépendante déjà existante envers l'appelante, pour laquelle il y aurait eu compensation par suite de l'inexécution de la convention par l'appelante. Ce n'est pas le cas ici.

51 Pour ces raisons, je suis d'avis d'accueillir l'appel afin d'accorder le remboursement de la taxe payée par erreur au montant de 543 080,21 \$, aux termes du paragraphe 261(1) LTA. Toutefois, la cotisation demeure inchangée en ce qui concerne les CTI réclamés sur la taxe réputée, aux termes du paragraphe 169(1) et de l'article 182 LTA. L'intimée n'a pas à payer des CTI au-delà de ce qui a déjà été accordé par la cotisation du 9 juillet 2008. Chaque partie assumera ses propres dépens.

Appeal allowed in part.

Notes de bas de page

- 1 Voir *ITA Travel Agency Ltd. v. R.*, [2002] F.C.J. No. 733, 2002 FCA 200, [2002] G.S.T.C. 58 (Fed. C.A.), qui confirme [2000] T.C.J. No. 866, [2001] G.S.T.C. 5 (T.C.C. [General Procedure])
- 2 Voir commentaires de David Sherman dans l'éditorial suivant la décision rendue dans *MI Sask Industries Ltd. v. R.*, [2007] G.S.T.C. 17 (T.C.C. [Informal Procedure]).
- 3 Jean-Louis Baudoin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais 1998, p. 17.
- 4 *Ibid.* p. 786.
- 5 Par ailleurs, bien qu'aucune partie en l'instance n'ait soulevé ce point, je note que la version anglaise du paragraphe 182(1) *in fine* diffère de la version française. On parle d'une obligation qui est "reduced or extinguished" alors qu'en français, on parle de « réduite ou remise ». Cependant, pour les fins du présent litige, je ne crois pas que cela ait une importance puisque je conclus à la non-existence

d'une obligation envers l'appelante après la rupture de la convention de crédit-bail. S'il n'y a pas d'obligation, on n'a dès lors plus à se poser la question si celle-ci a été réduite ou remise, ou « reduced or extinguished ».

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N°: 500-09-006796-981
(500-17-001081-978)

DATE: 1 AOÛT 2001

EN PRÉSENCE DE: LES HONORABLES CLAUDE VALLERAND J.C.A.
MARIE DESCHAMPS J.C.A.
FRANÇOIS PELLETIER J.C.A.

IKEA LIMITED,
APPELANTE-Défenderesse

c.
S.P. HOLDINGS CANADA,
INTIMÉE-Demanderesse

ARRÊT

[1] **La Cour**, statuant sur le pourvoi de l'appelante contre un jugement de la Cour supérieure, district de Montréal, (l'honorable Jeannine M. Rousseau), rendu oralement le 29 mai 1998 et transcrit et révisé le 9 juin 1998, qui a condamné l'appelante à payer à l'intimée, en fiducie pour les autorités gouvernementales respectives, la somme de 652 231 \$ avec intérêts et pénalités en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise* et la *Loi sur la taxe de vente du Québec* à compter du 31 août 1996, plus les dépens.

[2] Après étude du dossier, audition et délibéré;

[3] Pour les motifs énoncés dans l'opinion jointe du juge Pelletier, motifs auxquels souscrivent les juges Vallerand et Deschamps;

[4] **ACCUEILLE** le pourvoi avec dépens;

[5] **INFIRME** le jugement de première instance; et

AUTHENTIFICATION = 00YUL9Y7KYV25

500-09-006796-981

PAGE: 2

[6] **REJETTE** l'action avec dépens.

CLAUDE VALLERAND J.C.A.

MARIE DESCHAMPS J.C.A.

FRANÇOIS PELLETIER J.C.A.

Mes Denis Lachance et Louis Tassé
(Fasken Martineau)
Avocats de l'appelante.

Me Carmine Mercadante
(Bissonnet Mercadante)
Avocate de l'intimée.

Date d'audience: 29 mai 2001
Domaine du droit: CONTRAT
FISCALITÉ
PROCÉDURE CIVILE

AUTHENTIFICATION = 00YUL9Y7KYV25

OPINION DU JUGE PELLETIER

[7] Dans quelle mesure le fournisseur de biens et services sujets à la T.P.S. et à la T.V.Q. peut-il réclamer judiciairement ces taxes de l'acquéreur sans les payer préalablement ou en rendre compte? Voilà l'une des questions centrales que soulève ce pourvoi contre un jugement de la Cour supérieure qui a condamné l'appelante IKEA Limited (IKEA) à payer à l'intimée S.P. Holdings Canada (S.P.), en fidéicomis au bénéfice des autorités fiscales, la somme de 652 231 \$ avec en plus les intérêts et les pénalités que prévoient la *Loi sur la taxe d'accise*¹ et la *Loi sur la taxe de vente du Québec*².

[8] Les faits à l'origine de l'affaire remontent à 1981 alors que l'appelante IKEA ouvre un magasin de vente au détail dans un local situé dans un centre commercial dont l'intimée S.P. deviendra propriétaire pendant la durée du bail souscrit par IKEA. Ce bail est d'une durée de 20 ans.

[9] En 1996, cinq ans avant la fin du bail, IKEA décide de fermer cette succursale déficitaire. Elle se voit cependant empêchée de quitter le local par une injonction interlocutoire prononcée à la demande de S.P. Les hostilités judiciaires qui s'ensuivent aboutissent à un règlement hors cour le 28 juin 1996. S.P. autorise alors IKEA à quitter les lieux en contrepartie de certaines prestations dont, notamment, le versement d'une somme forfaitaire de 5 000 000 \$ pour compenser les pertes découlant de l'abandon des lieux avant terme.

[10] Lors de la remise des exemplaires de la transaction signée par les représentants de S.P., les avocats de cette dernière remettent à ceux d'IKEA une lettre couverture dans laquelle on retrouve le texte suivant :

We also confirm your advice that you have received, in trust, from Ikea Canada Limited Partnership the sum of 5 114 442.47 \$, which will unconditionally and irrevocably be paid by your firm immediately after signature of the Lease Termination and Settlement Out of Court Agreement, by Metropolitan Life Insurance Company to the following parties, in the following amounts:

- a) The sum of 5 000 000 \$ to S.P. Holdings Canada Inc., pursuant to Section 4 of the Lease Termination and Settlement Out of Court Agreement.
- b) The sum of 89 442.47 \$ to S.P. Holdings Canada Inc., pursuant to Section 1 of the Lease Termination and Settlement Out of Court Agreement.

¹ L.R.C. (1985), c. E-15.

² L.R.Q., c. T-0.1.

500-09-006796-981

PAGE: 2

- c) The sum of 25 000 \$ to Gurman, Crevier, Chabot, on account of their fees, pursuant to agreement and your letter of June 7, 1996.

To the extent that GST and QST is applicable in respect to the foregoing amounts, Ikea agrees to pay it to the applicable parties, in trust for the respective governmental authorities.

[11] Les avocats d'IKEA acquiescent à ce contenu en signant la formule prévue à cette fin.

[12] Quelque temps après, les avocats de S.P. demandent à ceux d'IKEA de leur remettre une somme de 652 231 \$ au titre des taxes qui seraient dues sur le versement de 5 000 000 \$. Ils s'appuient alors sur la conclusion à laquelle en est arrivé Me François Giroux, un avocat externe consulté spécifiquement sur la question. Voici cependant qu'au grand dam des avocats de S.P., IKEA refuse au motif que la T.P.S. et la T.V.Q. se trouveraient incluses dans le versement de 5 000 000 \$. C'est ainsi que s'engage le second débat judiciaire entre les parties, celui que la juge de première instance a tranché en faveur de S.P.

[13] IKEA propose quatre moyens d'appel:

- La Cour supérieure aurait dû rejeter les objections formulées contre la production des lettres d'opinion obtenues par les avocats de S.P.;
- Elle aurait de toute façon dû accueillir la requête verbale en irrecevabilité présentée au tout début de l'instance en raison de l'absence d'intérêt juridique de S.P.;
- À défaut d'accueillir la requête en irrecevabilité, la juge de première instance aurait dû rejeter l'action au fond en raison de la présomption irréfragable d'inclusion des taxes découlant du libellé des articles 182 L.t.a. et 318 L.t.v.Q.;
- Subsidiairement, la Cour supérieure aurait dû rejeter la réclamation portant sur les intérêts et les pénalités.

[14] Je suis d'avis qu'IKEA a raison de prétendre que l'action est irrecevable parce que S.P. n'a jamais déclaré ni payé les taxes qu'elle réclame en son nom personnel. Elle plaide au nom d'autrui, un obstacle que la juge de première instance a contourné de son propre chef en condamnant l'appelante à payer les sommes en fidéicommiss au bénéfice des autorités fiscales concernées. Avec déférence, j'estime que la première juge ne pouvait éviter cet écueil aussi facilement.

[15] Aucun texte ne permet à S.P. de plaider au bénéfice du ministre du Revenu ou du Receveur général du Canada. D'autre part, pour pouvoir réclamer en son nom personnel, comme elle l'a fait, il faudrait que S.P. puisse se prévaloir des articles pertinents de la *Loi sur la taxe d'accise* et de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*. Ceux-ci disposent :

224. LOI SUR LA TAXE D'ACCISE - Le fournisseur, ayant effectué une fourniture taxable au profit d'un acquéreur et tenu par la présente partie de percevoir la taxe de celui-ci relativement à la fourniture, qui s'est conformé au paragraphe 223(1) en ce qui concerne la fourniture et qui a rendu compte au receveur général de la taxe payable relativement à la fourniture, ou la lui a versée, sans la percevoir de l'acquéreur peut intenter, devant un tribunal compétent, une action en recouvrement de la taxe de l'acquéreur comme s'il s'agissait d'un montant que celui-ci lui doit.

427. LOI SUR LA TAXE DE VENTE DU QUÉBEC – Un fournisseur qui a effectué une fourniture taxable à un acquéreur, qui est tenu en vertu du présent titre de percevoir de celui-ci la taxe relative à cette fourniture, qui s'est conformé à l'article 425 en ce qui concerne la fourniture et qui a rendu compte ou versé au ministre la taxe payable par l'acquéreur à l'égard de la fourniture sans la percevoir de ce dernier, peut intenter une action devant un tribunal compétent pour recouvrer la taxe de l'acquéreur comme s'il s'agissait d'un montant que celui-ci lui doit.

[16] Dans sa tentative pour contrer l'argument d'irrecevabilité, S.P. plaide que, par le biais de l'avocat Giroux, elle a obtenu une confirmation de Revenu Québec voulant que le montant de 5 000 000 \$ soit sujet aux taxes. Elle soutient que l'échange épistolaire entre Revenu Québec et Me Giroux tient lieu de la reddition de compte dont traitent les articles pertinents. Cet argument tient difficilement le cap dans le contexte des faits que la preuve révèle. Ainsi, la demande d'opinion adressée à Revenu Québec par l'avocat Giroux présente la situation en ces termes : « *Nous aimerions obtenir vos commentaires sur l'application des articles 182 de la LTA et 318 de la LTVQ à la situation hypothétique suivante* : » [je souligne].

[17] Voilà qui est loin de la reddition de compte ou de la reconnaissance de dette qu'on cherche maintenant à invoquer.

[18] S.P. veut se prévaloir de l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans *Occo Developments Limited c. Martin McCauley*³, notamment des propos qu'y tient le juge Bastarache, maintenant à la Cour suprême du Canada:

It is my view that "accounting for" tax under the terms of s. 224 is a recognition vis-à-vis Revenue Canada of the obligation to remit the tax to Revenue Canada, Occo has recognized its obligation to remit GST on account of the supply of the apartment to Dr. McCauley. There is no requirement to make a second recognition on account of the same supply.

³ [1996] N.B.J. n° 192, paragr. 15 (C.A. Nouveau-Brunswick).

500-09-006796-981

PAGE: 4

[19] Cet arrêt apporte peu de secours à la thèse de S.P. car les faits de cette affaire sont très différents de ceux qui nous occupent. Dans *Occo*, l'appelante avait en effet déjà déclaré et payé des taxes afférentes à la « fourniture taxable » reçue du Dr McCauley, mais avait été cotisée pour un montant supplémentaire par suite d'une révision du calcul de la taxe par Revenu Canada. Elle réclamait donc ce montant supplémentaire au Dr McCauley après avoir échoué dans sa tentative de contester la nouvelle cotisation. À la lumière de cette circonstance particulière, on comprend mieux pourquoi le juge Bastarache affirme: « *There is no requirement to make a second recognition on account of the same supply* ».

[20] Ici, S.P. n'a pas directement rendu compte de la fourniture sujette à la taxe et je suis d'avis que la correspondance échangée entre Me Giroux et Revenu Québec ne constitue pas un substitut susceptible de la décharger de son obligation. J'en conclus qu'elle ne peut invoquer à son profit les articles 224 L.t.a et 427 L.t.v.Q.

[21] Je note au passage que la même opinion du juge Bastarache milite contre l'octroi des sommes réclamées au titre de la pénalité et des intérêts que la première juge a malgré tout octroyées : « *The debt attributable to penalties and interests arose by reason of the failure of Occo to make its remittance and it is therefore not recoverable from the apartment owners (see Lloyd v. Reiersen, [1995] G.S.T.C. 26 (B.C. Prov. Ct., de Villiers, P.C.J.)*».⁴

[22] S.P. propose cependant un autre moyen. L'obligation d'IKEA de lui payer un montant correspondant à celui des taxes et même des pénalités ne reposerait pas sur un texte de loi mais plutôt sur un engagement contractuel. L'argument est séduisant quoique l'autorité qui le supporte semble ne se résumer qu'à l'obiter du juge Bastarache dans le même arrêt majoritaire de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick⁵ :

The trial Judge found that no alternative recourse was open to Occo to claim the outstanding amount of GST. It is not clear from reading the decision whether the trial Judge found that s. 224 established an exclusive right of action, as did Searle, J. in Pellizzari at p. 8, or whether she found that Occo had no alternative recourse because it had not established the existence of a collateral contract to support such an action. I find no support for the proposition that the right of action in s. 224 is exclusive. In the present case, it is not necessary to determine whether there exists a contractual obligation on Dr McCauley to pay the GST to Occo.

⁴ *Occo Developments Limited c. Martin McCauley*, [1996] N.B.J. n° 192, paragr. 17 (C.A. Nouveau-Brunswick).

⁵ *Occo Developments Limited c. Martin McCauley*, [1996] N.B.J. n° 192, paragr. 18 (C.A. Nouveau-Brunswick).

500-09-006796-981

PAGE: 5

[23] En prenant pour hypothèse que le moyen proposé par S.P. soit fondé en droit, ce sur quoi je ne me prononce pas, encore faudrait-il que la preuve révèle un engagement non équivoque de la part du débiteur.

[24] En l'espèce, l'engagement sur lequel s'appuie S.P. découle de l'acquiescement d'IKEA à la lettre couverture dans laquelle figure le texte suivant : « *To the extent that GST or QST is applicable in respect to the foregoing amounts, Ikea agrees to pay it to the applicable parties, in trust for the respective governmental authorities.* » Contrairement à la juge de première instance, et avec égards pour son opinion, je ne puis voir dans ce texte un engagement clair d'IKEA de payer la TPS et la TVQ en sus de la somme de 5 000 000 \$. Ce que dit cette clause, c'est qu'IKEA paiera les taxes en surplus dans la mesure où la loi prévoit que ces montants y sont sujets. Au mieux pour S.P., l'engagement est équivoque et ne permet pas de tirer la conclusion désirée.

[25] Cela dit, j'estime pour ma part qu'IKEA a raison de prétendre que les lois fédérale et provinciale créent ici une présomption irréfragable que le versement de 5 000 000 \$ inclut les taxes. Je référerai uniquement aux textes applicables de la *Loi sur la taxe d'accise*, les articles correspondant de la *Loi sur la taxe de vente du Québec* étant strictement au même effet.

[26] L'article 165(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* pose la règle générale que la TPS est payable en plus du montant de la fourniture.

[27] Néanmoins, par l'effet de l'article 182⁶, le législateur a inversé la règle dans le cas particulier de l'inexécution, de la modification ou de l'annulation d'une convention portant sur la réalisation d'une fourniture taxable. En pareil cas, la taxe est réputée incluse dans le montant payé :

182. Pour l'application de la présente partie, dans le cas où, à un moment donné, par suite de l'inexécution, de la modification ou de l'annulation d'une convention portant sur la réalisation d'une fourniture taxable au Canada (sauf une fourniture détaxée) par un inscrit ou à son profit, soit un montant est payé, devient payable ou fait l'objet d'une renonciation par une personne à l'inscrit autrement qu'à titre de contrepartie de la fourniture, soit une dette ou autre obligation (sauf la contrepartie de la fourniture) de l'inscrit envers une personne est réduite ou remise sans paiement, les présomptions suivantes s'appliquent :

- a) l'inscrit est réputé avoir effectué une fourniture taxable au Canada au profit de la personne;
- b) l'inscrit est réputé avoir perçu la taxe de la personne à ce moment, égale à la fraction de taxe du montant ainsi payé, payable, remis ou ayant fait l'objet d'une renonciation, ou dont la dette ou l'obligation a ainsi été réduite;

⁶ *Loi modifiant la Loi sur la taxe d'accise, le Code criminel, la Loi sur les douanes, le Tarif des douanes, la Loi sur l'accise, la Loi de l'impôt sur le revenu, la Loi sur la statistique et la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.C. 1990, c. 45, art. 12.

500-09-006796-981

PAGE: 6

- c) la personne est réputée avoir payé cette taxe à ce moment et avoir reçu le bien ou le service fourni.

[28] Il s'ensuit qu'en 1990, la Loi ne prévoit pas que le montant de 5 000 000 \$ est sujet à la taxe mais dispose au contraire qu'il l'inclut.

[29] C'est d'ailleurs la raison pour laquelle S.P. plaide qu'elle jouit de l'exception édictée par le législateur en 1993 lors de l'adoption du texte suivant⁷ :

182(2) Pour l'application de la présente partie, dans le cas où, à un moment donné, par suite de l'inexécution, de la modification ou de l'annulation, après 1990, d'une convention portant sur la réalisation d'une fourniture taxable au Canada, sauf une fourniture détaxée, par un inscrit ou à son profit, une dette ou autre obligation (sauf la contrepartie de la fourniture) de l'inscrit envers une personne est réduite ou remise sans paiement au titre de la dette ou de l'obligation, les présomptions suivantes s'appliquent :

- a) l'inscrit est réputé avoir effectué au profit de la personne, et celle-ci avoir reçu de l'inscrit, une fourniture taxable pour une contrepartie égale à la fraction de contrepartie du montant remis ou du montant dont la dette ou l'obligation a été réduite;
- b) à moins que la convention n'ait été conclue par écrit avant 1991, que la dette ou l'obligation n'ait été réduite ou remise après 1992 et que la taxe relative au montant n'ait pas été prévue par la convention, l'inscrit est réputé avoir perçu, et la personne avoir payé, au moment donné et relativement à la fourniture, la taxe calculée sur cette contrepartie. [je souligne]

[30] Ce moyen n'est pas fondé.

[31] L'exception dont il s'agit est une règle transitoire destinée à empêcher que ne soient pénalisés des contractants qui, avant que ne soit en vigueur le régime de la T.P.S., avaient prévu des pénalités ou des dommages liquidés à l'avance sans préciser l'identité de celui qui serait responsable du paiement d'une éventuelle taxe. Il était, avant l'amendement de 1993, injuste de priver l'inscrit d'une partie de la pénalité en raison de l'entrée en vigueur du régime de la T.P.S. L'amendement a pour seul but d'exempter les paiements faits après 1992 en application d'une clause pénale inscrite avant 1991. Les mots « *n'ait pas été prévue* » au paragraphe b) de l'article 182(2)

⁷ Loi modifiant la Loi sur la taxe d'accise, la Loi sur l'accès à l'information, le Régime de pensions du Canada, la Loi sur les douanes, la Loi sur la Cour fédérale, la Loi de l'impôt sur le revenu, la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, la Loi sur la cession du droit au remboursement en matière d'impôt, la Loi sur l'assurance-chômage et une loi connexe, L.C. 1993, c. 27, art. 46. Il s'agit du texte en vigueur lors de la transaction entre les parties.

500-09-006796-981

PAGE: 7

qualifient seulement la taxe et non la pénalité qui, elle, doit avoir été prévue. C'est le sens non équivoque des notes techniques émises par le ministère des Finances⁸:

[...] where the agreement fixed the "penalty" payable as a consequence of a termination, for example, and that amount was not treated as a GST-included amount when the agreement was entered into, the tax, calculated on 100/107ths of the penalty, would be imposed on the penalty rather than serving to reduce the net amount received by the person to whom the penalty is paid. Conversely, where the contract contemplated the application of GST to the amount to be paid or forfeited, the existing rules apply – i.e., the person paying or forfeiting the amount is deemed to have paid tax equal to 7/107ths of that amount and the person to whom the amount is paid or forfeited is deemed to have collected that tax.

[32] On retrouve également l'analyse suivante dans *Canadian Goods & Services Tax Reporter*⁹ :

As well, the 1993 amendments provide a transitional rule for agreements entered into before 1991 that are breached, modified or cancelled. Where GST was not contemplated under such agreements when determining the amount to be paid or forfeited, subsections 181(1) and 181(2) provide that for amounts paid or forfeited or debts extinguished after 1992, the person paying is deemed to also pay the GST on 100/107ths of the amount. Therefore, for contracts entered into before 1991 that do not include GST in the penalty, the person paying the penalty after 1992 would pay tax on 100/107ths of the penalty so that the person receiving the payment would not receive a reduced amount.

[33] En l'espèce, le bail de 1981 ne prévoyait aucune pénalité ni aucun dommage liquidé à l'avance. Ce sont les parties qui, en 1996, ont choisi de régler la résolution du bail dont il s'agit contre paiement d'une somme forfaitaire de 5 000 000 \$. Au moment de cette transaction, la loi prévoyait clairement qu'un tel versement incluait la taxe, S.P. étant réputée l'avoir perçue. Cette présomption est irréfragable. L'interprétation que S.P. propose maintenant signifierait que la règle posée par l'article 182 serait inapplicable au règlement de tous les litiges découlant de contrats conclus avant 1992, même ceux qui ne prévoyaient aucune pénalité. Cette interprétation ne peut correspondre à l'intention du législateur.

[34] Dans ce contexte, la mention « *To the extent that GST or QST is applicable in respect of the foregoing amounts* », laquelle renvoie au montant total de la pénalité,

⁸ David M. Sherman, « Canada GST Service », binder C-2, Carswell, 1996, p. 182-105.

⁹ Feuilles mobiles, Montréal, CCH, 1995, p.4702.

500-09-006796-981

PAGE: 8

5 000 000 \$, est plus compatible avec la thèse voulant que IKEA ne se soit engagée à payer que si la taxe n'était pas déjà incluse.

[35] Sur le tout, je conclus que la mention à la lettre de présentation invoquée par S.P. n'est pas suffisamment claire pour constituer un engagement contractuel distinct suivant lequel IKEA se serait engagée à payer à S.P. un montant de taxe équivalent à celui déjà inclus dans le montant convenu au terme de leur transaction. S.P. ne pouvait donc réclamer les taxes en sus du versement de 5 000 000 \$, ce qui emporte bien sûr la conclusion qu'elle ne peut non plus réclamer les intérêts et les pénalités qui s'y rapportent. Vu la conclusion à laquelle j'en arrive, il n'est pas nécessaire de discuter du moyen portant sur le rejet des objections formulées par IKEA.

[36] Je propose en conséquence d'accueillir le pourvoi, d'infirmer le jugement de première instance et de rejeter l'action de l'intimée, le tout avec dépens.

FRANÇOIS PELLETIER J.C.A.

AUTHENTIFICATION = 00YUL9Y7KYV25

**COUR SUPÉRIEURE
(Chambre commerciale)**

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-11-057716-199

DATE : Le 18 février 2020

SOUS LA PRÉSIDENTE DE : L'HONORABLE LOUIS J. GOUIN, J.C.S.

**DANS L'AFFAIRE DE LA LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES
CRÉANCIERS DES COMPAGNIES :**

**NEMASKA LITHIUM INC.
NEMASKA LITHIUM SHAWINIGAN TRANSFORMATION INC.
NEMASKA LITHIUM P1P INC.
NEMASKA LITHIUM WHABOUCHI MINE INC.
NEMASKA LITHIUM INNOVATION INC.**

Débitrices

et

PRICEWATERHOUSECOOPERS INC.

Contrôleur

et

NEMASKA EENOU, J.V.

Créancière/Requérante

JUGEMENT

[1] Le 23 décembre 2019, les débitrices ont obtenu la protection du Tribunal aux termes de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*¹ («**LACC**») et le soussigné supervise leur restructuration.

[2] Le Tribunal est maintenant saisi d'une «Demande modifiée par la créancière Nemaska Eenou, J.V. en déclaration d'inapplicabilité de l'avis de résiliation du contrat et pour ordonnance de paiement des obligations courantes» datée du 12 février 2020 (la «**Demande**»), la version initiale de la Demande étant datée du 24 janvier 2020.

1. ORDONNANCE INITIALE

[3] L'Ordonnance initiale rendue par le Tribunal le 23 décembre 2019, telle que modifiée le 7 janvier 2020 par l'«*Amended and Restated Initial Order*», (l'«**Ordonnance initiale**») comprend, entre autres, les dispositions suivantes :

[27] ORDERS that, except as otherwise provided to the contrary herein, the Debtors shall be entitled but not required to pay all reasonable expenses incurred by the Debtors in carrying on the Business in the ordinary course after this Order, and in carrying out the provisions of this Order, which expenses shall include, without limitation:

(a) all expenses and capital expenditures reasonably necessary for the preservation of the Property or the Business; and

(b) payment for goods or services actually supplied to the Debtors following the date of this order [(les «**Dépenses post-filing**»)].

[40] DECLARES that, to facilitate the orderly restructuring of their business and financial affairs (the "**Restructuring**") but subject to such requirements as are imposed by the CCAA, the Debtors shall have the right, subject to approval of the Monitor or further order of the Court, to:

[...]

(e) subject to the provisions of Section 32 of the CCAA, disclaim or resiliate, any of their agreements, contracts or arrangements of any nature whatsoever, with such disclaimers or resiliation to be on such terms as may be agreed between the Debtors, as applicable, and the relevant party, or failing such agreement, to make provision for the consequences thereof in the Plan; and

[...]

(le Tribunal ajoute les [__])

2. DROIT

2.1 Article 32 LACC

[4] L'article 32 LACC, en vigueur depuis le 18 septembre 2009, prévoit, entre autres, ce qui suit :

Résiliation de contrats

32 (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), la compagnie débitrice peut — sur préavis donné en la forme et de la manière réglementaires aux autres parties au contrat et au contrôleur et après avoir obtenu l'acquiescement de celui-ci relativement au projet de résiliation — résilier tout contrat auquel elle est partie à la date à laquelle une procédure a été intentée sous le régime de la présente loi.

Contestation

(2) Dans les quinze jours suivant la date à laquelle la compagnie donne le préavis mentionné au paragraphe (1), toute partie au contrat peut, sur préavis aux autres parties au contrat et au contrôleur, demander au tribunal d'ordonner que le contrat ne soit pas résilié.

Absence d'acquiescement du contrôleur

(3) Si le contrôleur n'acquiesce pas au projet de résiliation, la compagnie peut, sur préavis aux autres parties au contrat et au contrôleur, demander au tribunal d'ordonner la résiliation du contrat.

Facteurs à prendre en considération

(4) Pour décider s'il rend l'ordonnance, le tribunal prend en considération, entre autres, les facteurs suivants :

- a) l'acquiescement du contrôleur au projet de résiliation, le cas échéant;
- b) la question de savoir si la résiliation favorisera la conclusion d'une transaction ou d'un arrangement viable à l'égard de la compagnie;
- c) le risque que la résiliation puisse vraisemblablement causer de sérieuses difficultés financières à une partie au contrat.

Résiliation

(5) Le contrat est résilié :

- a) trente jours après la date à laquelle la compagnie donne le préavis mentionné au paragraphe (1), si aucune demande n'est présentée en vertu du paragraphe (2);
- b) trente jours après la date à laquelle la compagnie donne le préavis mentionné au paragraphe (1) ou à la date postérieure fixée par le tribunal, si ce dernier rejette la demande présentée en vertu du paragraphe (2);
- c) trente jours après la date à laquelle la compagnie donne le préavis mentionné au paragraphe (3) ou à la date postérieure fixée

par le tribunal, si ce dernier ordonne la résiliation du contrat en vertu de ce paragraphe.

[...]

Pertes découlant de la résiliation

(7) En cas de résiliation du contrat, toute partie à celui-ci qui subit des pertes découlant de la résiliation est réputée avoir une réclamation prouvable.

[...]

(le Tribunal souligne)

2.2 Jurisprudence

[5] Le Tribunal retient, entre autres, les règles suivantes établies et réitérées par la jurisprudence relativement à l'article 32 LACC :

- a. l'acquiescement du contrôleur au projet de résiliation est une simple question factuelle²;
- b. «...it is not necessary that a proposed disclaimer be essential for the restructuring; it has to be advantageous and beneficial.»³;
- c. dans son analyse de la question de savoir si la résiliation projetée favorisera la conclusion d'une transaction ou d'un arrangement viable à l'égard de la débitrice, le Tribunal prend en considération l'intérêt de tous les créanciers [le portrait global] et non seulement celui du créancier opposant⁴;
- d. ainsi, le traitement équitable des créanciers d'une même catégorie favorise la conclusion d'une transaction ou d'un arrangement viable à l'égard de la débitrice⁵;
- e. Le créancier opposant a le fardeau d'établir que la résiliation projetée lui causera vraisemblablement de sérieuses difficultés financières, et non seulement des pertes de revenus⁶;

² *Boutique Jacob inc. (Arrangement relatif à)*, 2011 QCCS 276, par. [37]; *Target Canada Co. (Re)*, 2015 ONSC 1028, par. [16]

³ *AbitibiBowater Inc. (Re)*, 2009 CarswellQue 4937 (Qué. C.S.), par. [23]; *Boutique Jacob inc. (Arrangement relatif à)*, précité note 2, par. [41]; *Homburg Invest Inc. (Arrangement relatif à)*, 2011 QCCS 6376, par. [103]; *Timminco Limited (Re)*, 2012 ONSC 4471, par. [54].

⁴ *Timminco Limited (Re)*, précité note 3, par. [62]; *Target Canada Co. (Re)*, précité note 2, par. [23] - [24].

⁵ *Timminco Limited (Re)*, précité note 3, par. [52], [53] et [62].

⁶ *Boutique Jacob inc. (Arrangement relatif à)*, précité note 2, par. [47], [48], [52], [53] et [55]; *Timminco Limited (Re)*, précité note 3, par. [60]; *Aveos Fleet Performance Inc./Aveos Fleet performance aéronautique inc. (Arrangement relatif à)*, 2012 QCCS 6796, par. [40].

- f. tel que prévu à l'article 32(7) LACC, les pertes résultant de la résiliation d'un contrat constituent une réclamation prouvable.

(le Tribunal souligne)

[6] Par ailleurs, une Dépense *post filing* aux termes de l'Ordonnance initiale est celle née après l'émission de l'Ordonnance initiale et résulte d'une obligation née après l'émission de l'Ordonnance initiale⁷.

3. PRÉAVIS

[7] Le 20 janvier 2020, conformément au paragraphe [40](e) de l'Ordonnance initiale, la débitrice Nemaska Lithium Whabouchi Mine inc.⁸ («**Whabouchi**») notifie à la créancière/requérante Nemaska Eenou, J.V. («**Eenou**») un «Préavis de résiliation de contrat par la compagnie débitrice (Formulaire 4)» (le «**Préavis**»)⁹ aux termes de l'article 32(1) de la LACC, incluant l'acquiescement du contrôleur PricewaterhouseCoopers inc. (le «**Contrôleur**») à cet effet.

[8] Par le Préavis, Whabouchi donne préavis à Eenou de son intention de résilier le contrat (le «**Contrat**»)¹⁰ suivant :

«Contrat relatif à la prestation de services (et à l'approvisionnement en produits connexes) : Contrat n°WS-1686-00 intervenu entre Nemaska Lithium Whabouchi Mine Inc. et le Cocontratant [Eenou] le 31 mars 2019.»

(le Tribunal ajoute les [__])

[9] De plus, Whabouchi précise ce qui suit dans le Préavis:

3. En vertu du paragraphe 32(2) de la Loi [LACC], toute partie au contrat peut, sur préavis aux autres parties au contrat et au Contrôleur, dans les quinze jours suivant la date du présent avis, demander au tribunal d'ordonner que le contrat ne soit pas résilié.
4. En vertu de l'alinéa 32(5)a) de la Loi, si aucune demande n'est présentée en vertu du paragraphe 32(2) de la Loi, le contrat est résilié le 19 février 2020, soit trente jours après la date du présent préavis.

(le Tribunal souligne)

⁷ Arrangement relatif à Métaux Kitco inc., 2017 QCCA 268, par. [77].

⁸ Pièce C-1.

⁹ Pièce N-1.

¹⁰ Pièce C-2.

4. CONTRAT

[10] Le Contrat prévoit l'installation, la location et l'entretien de modules de logement (les «**Modules**»)¹¹ par Eenou à Whabouchi pour les fins de ses employés travaillant à la mine Whabouchi, les services offerts touchant la location de chambres/roulottes, leur entretien et la conciergerie.

[11] Par ailleurs, le Contrat¹² prévoit spécifiquement ce qui suit quant aux Frais de démobilisation (définis ci-après) :

À la fin du Contrat le Fournisseur de service [sic] [Eenou] prendra en charge la désinstallation des bâtiments (414 chambres) incluant le débranchement aux services, la démobilisation et transport de retour au site du locateur des roulottes [(collectivement les «**Frais de démobilisation**»)] sans autre charge additionnelle à la Société [Whabouchi].

(le Tribunal souligne et ajoute les [__])

[12] Quant au prix convenu (le «**Prix**»), le Contrat¹³ prévoit ce qui suit :

Le Fournisseur de services [Eenou] facturera les prix et/ou taux tels qu'indiqués dans les Bons de commandes et/ou Énoncés de travaux émis de temps à autre par la Société [Whabouchi].

Le prix des Services se compose des montants suivants :

- Une somme forfaitaire de \$ 5 460 031 \$ pour le transport, la location des roulottes pour 12 mois, la désinstallation des roulottes ainsi que la démobilisation et le transport retour à la fin du Contrat [les Frais de démobilisation], et payable comme suit :
 - Un paiement de 1,500,000 \$ pour la mobilisation et le transport (déjà payé au Fournisseur de services et ce dernier en accuse réception)
 - Un paiement de 1 320 010.33 \$ payable le 1^{er} février 2019
 - Un paiement de 1 320 010.33 \$ payable le 1^{er} avril 2019

¹¹ Pièces C-9 et N-7.

¹² Pièce C-2, p. 6, 2^e par.

¹³ Pièce C-2, Annexe D.

- Un dernier paiement de 1 320 010.33 \$ payable le 1^{er} juin 2019.

Une somme pour l'exploitation du campement (414 chambres) avec service de maintenance pour la somme de \$4 954 776.15 payable comme suit :

- \$412 898.01 par mois, payable au début de chaque mois dès l'entrée en service des chambres

(extrait reproduit tel quel, sauf les [] ajoutés par le Tribunal)

[13] Le Préavis ne concerne que les services reliés à la première composante du Prix, soit celle relative à la somme forfaitaire de 5 460 031 \$ et, plus spécifiquement, le paiement de 1 320 010,33 \$ qui était payable le 1^{er} juin 2019, mais ne fut pas effectué¹⁴.

[14] Les parties ont d'ailleurs entrepris des négociations de règlement dès l'automne 2019, entre autres, à cet égard¹⁵, lesquelles ne furent pas concluantes, de telle sorte qu'aucune modification ne fut apportée au Contrat.

[15] Par contre, Eenou souhaite quand même retenir de ces négociations des éléments aux fins de justifier sa position à l'égard des Frais de démobilisation à titre de Dépenses *post filing* aux termes du paragraphe [27](b) de l'Ordonnance initiale, ce qui ne peut être retenu par le Tribunal, vu qu'aucune transaction n'est intervenue entre les parties dans le cadre de ces négociations de règlement.

5. CONTESTATION DU PRÉAVIS PAR LA DEMANDE

[16] Le 24 janvier 2020, soit à l'intérieur du délai de quinze jours prévu à l'article 32(2) LACC, Eenou dépose la version initiale de la Demande, modifiée le 12 février 2020, dans laquelle elle demande au Tribunal ce qui suit :

DÉCLARER inapplicable à la Créancière NEMASKA EENOU, J.V. le préavis du 20 janvier 2020 de la Débitrice NEMASKA LITHIUM WHABOUCHI MINE INC. en résiliation du contrat;

ORDONNER à la Débitrice de payer à la Créancière NEMASKA EENOU, J.V. dans les cinq (5) jours du jugement la somme de 276 918,65 \$ **[sujet à ajustements vu les paiements effectués par Whabouchi les 3 et 14 février 2020]** (plus taxes) représentant partie résiduelle des obligations courantes à payer depuis le 23 décembre 2019 **[sujet à ajustements vu les paiements effectués**

¹⁴ Pièces C-3.1, N-3 et N-4.

¹⁵ Pièces C-3.2, C-4, C-4.1, C-4.2, C-5 et C-10.

par Whabouchi les 3 et 14 février 2020] jusqu'à l'échéance du contrat C-2 au 31 mars 2020;

ORDONNER à la Débitrice de payer à la Créancière NEMASKA EENOU, J.V. dans les cinq (5) jours du jugement la somme de 546 258,00 \$ (plus taxes) afin de couvrir partie des frais de désinstallation, de démantèlement et du transport de retour vers Timmins Ontario de tous les modules loués [Frais de démobilisation et Dépenses *post filing*];

ORDONNER à la Débitrice de faire procéder selon les normes au débranchement des services d'utilité publique (eau – gas [sic] – électricité) et de libérer les accès au plus tard au 31 mars 2020 pour permettre à la Créancière de reprendre possession des modules loués selon les termes du contrat C-2;

SUBSIDIAIREMENT :

ORDONNER à la Débitrice de payer à la Créancière NEMASKA EENOU, J.V. dans les cinq (5) jours du jugement la somme de 109 228,39 \$ **[sujet à ajustements vu les paiements effectués par Whabouchi les 3 et 14 février 2020]** (plus taxes) représentant partie résiduelle des obligations courantes à payer depuis le 23 décembre 2019 **[sujet à ajustements vu les paiements effectués par Whabouchi les 3 et 14 février 2020]** jusqu'à l'ordonnance de terminaison du contrat C-2 au 19 février 2020 [Dépenses *post filing*];

ORDONNER à la Débitrice de payer à la Créancière NEMASKA EENOU, J.V. dans les cinq (5) jours du jugement la somme de 546 258,00 \$ (plus taxes) afin de couvrir partie des frais de désinstallation, de démantèlement et du transport de retour vers Timmins Ontario de tous les modules loués [Frais de démobilisation et Dépenses *post filing*];

ORDONNER à la Débitrice de faire procéder selon les normes au débranchement des services d'utilité publique (eau – gas [sic] – électricité) et de libérer les accès au plus tard le 19 février 2020 pour permettre à la Créancière de reprendre possession des modules loués selon les termes du contrat C-2;

(le Tribunal ajoute les [__])

[17] Par la Demande, Eenou soumet d'abord que le pouvoir de résiliation prévu au paragraphe [40](e) de l'Ordonnance initiale n'existe que pour les cas où une telle résiliation n'existe pas déjà dans le contrat liant les parties ou aux termes d'une loi.

[18] Or, vu que le Contrat prévoit un droit de résiliation lorsqu'il existe un événement de défaut¹⁶, Eenou prétend que Whabouchi ne peut invoquer ledit paragraphe [40](e) de l'Ordonnance initiale, ni l'article 32 LACC, pour justifier l'envoi du Préavis.

[19] Ainsi, vu qu'aucun avis de défaut n'a été donné par Whabouchi à Eenou aux termes du Contrat relativement aux services reliés à la location des Modules, sa résiliation ne serait pas alors possible.

[20] Eenou appuie une telle prétention en référant à l'affaire *Hart Stores Inc./Magasins Hart inc. (Arrangement relatif à)*¹⁷ (l'«**Affaire Hart**»).

[21] Le Tribunal rejette immédiatement cet argument d'Eenou, l'*Affaire Hart* ayant plutôt pour effet de ne pas éliminer, par l'effet de l'article 32 LACC, des dispositions contractuelles ou statutaires de résiliation existantes, lesquelles peuvent être plus simples et rapides que celles de l'article 32 LACC.

[22] Les dispositions de l'article 32 LACC sont additionnelles, supplémentaires aux dispositions contractuelles ou statutaires existantes.

[23] Par ailleurs, Eenou soumet que la résiliation du Contrat n'est pas nécessaire pour permettre à Whabouchi de conclure une transaction ou un arrangement viable et qu'elle sera directement préjudiciée par une telle résiliation, étant donné ses propres engagements contractuels auprès de ses sous-traitants.

[24] Par contre, aucun de ces engagements n'a été produit par Eenou.

[25] Qui plus est, vu qu'il ne reste qu'un mois et demi à courir aux termes du Contrat, il serait juste, selon Eenou, d'attendre cette échéance, et elle fait donc appel à la sympathie du Tribunal à cet égard.

[26] Aussi, Eenou prétend que Whabouchi a reconnu implicitement, et ce, dans le cadre de leurs négociations de règlement de l'automne dernier, que le dernier paiement aux termes du Contrat couvrirait, entre autres, les Frais de démobilisation.

[27] Dans ces circonstances, le dernier paiement n'ayant pas encore été effectué par Whabouchi, Eenou soumet que les Frais de démobilisation deviennent ainsi des Dépenses *post filing* aux termes du paragraphe [27](b) de l'Ordonnance initiale et qu'elles doivent donc être payées par Whabouchi concurremment à la démobilisation des Modules, soit un montant qu'elle a évalué, lors desdites négociations, à 546 258 \$.

[28] Par ailleurs, dans l'éventualité où le Tribunal confirmerait la résiliation du Contrat, Eenou réclame alors des frais de location des Modules pour la période entre le 23 décembre 2019, date de l'émission de la première version de l'Ordonnance initiale, et la

¹⁶ Pièce C-2, Annexe G, clause 6.

¹⁷ 2012 QCCS 1094.

date effective de la résiliation, le tout sujet à ajustements vu les paiements effectués par Whabouchi les 3 et 14 février 2020.

[29] Eenou établit ces frais de location à 123 764 \$ par mois, et elle demande aussi qu'un délai de 30 jours soit pris en considération aux fins de préparer adéquatement la démobilisation des Modules, les frais de location devant être payés pendant ce délai.

[30] Enfin, Eenou réclame, à titre de Dépenses *post filing*, les frais reliés à l'utilisation du service Bell Express Vu (le «**Service Express Vu**») pour les téléviseurs situés dans les chambres des Modules.

[31] Même si les cartes d'accès au Service Express Vu ont déjà été retirées par Eenou pour les chambres non occupées des Modules, Eenou soumet que Whabouchi doit quand même payer le Service Express Vu pour toutes les chambres, étant donné que l'entente entre Eenou et Bell ne fait aucune distinction à cet égard. Cette entente ne fut pas produite.

[32] Le montant réclamé à ce chapitre est aussi sujet à ajustements, vu les paiements effectués par Whabouchi les 3 et 14 février 2020.

6. CONTESTATION DE LA DEMANDE

[33] Essentiellement, Whabouchi soumet qu'elle se doit de donner le Préavis vu que les travaux à la mine Whabouchi ont été suspendus depuis le 3 décembre 2019.

[34] Eenou a d'ailleurs été avisée de la gravité de la situation depuis au moins octobre 2019¹⁸.

[35] Ainsi, Whabouchi n'ayant plus que 8 employés sur place, les Modules, prévus pour accueillir jusqu'à 326 employés, ne lui sont plus d'aucune utilité.

[36] Selon Whabouchi, les économies découlant du Préavis seront importantes et favoriseront la conclusion d'un arrangement viable à l'égard de l'ensemble de ses créanciers.

[37] De plus, le Contrôleur a approuvé l'envoi du Préavis.

[38] Par ailleurs, Whabouchi soumet qu'Eenou n'a présenté aucune preuve à l'effet que la résiliation du Contrat lui causerait de sérieuses difficultés financières, loin de là. Il est plutôt question de profits moins substantiels qu'anticipé.

[39] Bref, selon Whabouchi, considérant que la résiliation projetée du Contrat satisfait les trois facteurs énumérés à l'article 32(4) *LACC*, le Contrat doit donc être résilié, et ce, à compter du 19 février 2020, soit la date mentionnée dans le Préavis.

¹⁸ Pièces N-2 et C-4.1.

[40] Quant aux Frais de démobilisation, ils constituent, selon Whabouchi, des frais de terminaison prévus au Contrat et font partie du Prix déjà convenu aux termes du Contrat.

[41] Par conséquent, Whabouchi soumet qu'elle n'a pas à assumer quelque montant additionnel que ce soit, et ce, même si les obligations d'Eenou à cet égard, nées avant l'émission de l'Ordonnance initiale, seront exécutées après l'émission de l'Ordonnance initiale.

[42] Quant aux frais reliés au Service Express Vu, Whabouchi a confirmé les avoir acquittés jusqu'au 31 janvier 2020, date à laquelle Eenou a retiré tout accès à ce service pour les chambres des Modules où il était encore opérationnel, les cartes d'accès ayant par ailleurs déjà été reprises par Eenou pour toutes les autres chambres des Modules, et ce, avant l'émission de l'Ordonnance initiale le 23 décembre 2019.

[43] Selon Whabouchi, même si Eenou doit quand même payer à Bell les frais du Service Express Vu, et ce, même si les chambres des Modules ne sont pas occupées ou les cartes d'accès ont été retirées, cela n'affecte aucunement Whabouchi, laquelle n'est aucunement liée par les termes de l'entente pouvant exister entre Bell et Eenou à cet égard¹⁹.

[44] Enfin, dans sa contestation écrite de la Demande, Whabouchi réclame d'Eenou le paiement de ses honoraires extrajudiciaires encourus en lien avec sadite contestation.

[45] Aucune représentation ne fut faite à cet égard lors de l'audition de la Demande et le Tribunal tient pour acquis que Whabouchi a retiré cette réclamation.

7. POSITION DU CONTRÔLEUR

[46] Le Contrôleur confirme avoir déjà acquiescé au projet de résiliation du Préavis et réitère qu'il appuie la position de Whabouchi.

8. QUESTIONS EN LITIGE

[47] Le Tribunal identifie les trois questions suivantes :

- a. À la lumière des dispositions de l'article 32 *LACC* et des règles applicables en la matière, le Préavis est-il justifié?
- b. Les Frais de démobilisation constituent-ils des Dépenses *post filing* devant être acquittées par Whabouchi aux termes du paragraphe [27](b) de l'Ordonnance initiale?

¹⁹ Pièce C-2, Annexe G, clause 14.

- c. Est-ce que les frais reliés au Service Express Vu pour les chambres des Modules constituent des Dépenses *post filing* devant être acquittées par Whabouchi aux termes du paragraphe [27](b) de l'Ordonnance initiale, que ce service soit toujours disponible ou pas, et ce, pour la période allant au moins jusqu'à la résiliation du Contrat?

9. DISCUSSION

9.1 À la lumière des dispositions de l'article 32 LACC et des règles applicables en la matière, le Préavis est-il justifié?

[48] Le Tribunal est d'avis que le Préavis satisfait aux facteurs de l'article 32(4) LACC et que Whabouchi a justifié son envoi à Eenou.

[49] L'analyse du Tribunal à cet égard s'effectue toujours dans un cadre de «portrait global», et le Tribunal ne peut se permettre de le perdre de vue lorsqu'il considère un cas particulier, tel celui d'Eenou.

[50] Il doit en être ainsi afin d'assurer le traitement équitable des créanciers de Whabouchi, d'autant plus que cette dernière prévoit donner plus de 200 préavis de résiliation de contrats, et ce, afin de favoriser la conclusion éventuelle d'un arrangement viable.

[51] Certes, un seul cas, tel celui d'Eenou, n'est peut-être pas important dans la balance des contrats de Whabouchi, mais que dire à ceux qui recevront éventuellement de Whabouchi des préavis de résiliation et qui s'empresseront alors de demander d'obtenir le même traitement que celui d'Eenou.

[52] Le Tribunal ne peut permettre qu'il en soit ainsi, il en va de la crédibilité de l'exercice du pouvoir de résiliation octroyé à Whabouchi par l'Ordonnance initiale et l'article 32 LACC, et du rôle du Tribunal à cet égard.

[53] Il ne fait aucun doute que le «portrait global» doit toujours prévaloir, permettant ainsi au Tribunal d'assurer un traitement équitable lors de cet exercice du pouvoir de résiliation par Whabouchi.

[54] De plus, refuser le Préavis au motif qu'il ne reste qu'un mois et demi à courir aux termes du Contrat ne peut être retenu, le Tribunal ne pouvant ainsi ajouter un facteur temporel à son analyse, constamment assujettie au critère du «portrait global».

[55] Un mois et demi peut sembler peu, mais 200 fois un mois et demi, c'est beaucoup. La sympathie ne peut remplacer l'équité!

[56] Par ailleurs, Eenou n'a nullement rencontré son fardeau de prouver le risque que la résiliation du Contrat puisse vraisemblablement lui causer de sérieuses difficultés financières.

[57] Aucun état financier d'Eenou n'a été produit et son représentant, Hamid Eddahir, n'a pas été en mesure de fournir quelque détail éclairant à cet égard. Il ne s'agissait que d'une simple évaluation approximative, sans preuve de pertes. Il est plutôt question de profits substantiels moins élevés que ceux anticipés.

[58] Que les revenus soient moins élevés que prévu, cela va de soi pour tous ceux qui seront affectés par des préavis de résiliation, mais encore faut-il que cela puisse vraisemblablement causer de sérieuses difficultés financières.

[59] Aucune telle preuve ne fut présentée par Eenou.

[60] Le Tribunal est donc d'avis que le Préavis, lequel inclut l'acquiescement du Contrôleur, est justifié dans les circonstances et qu'il constitue l'un des éléments mis en place par Whabouchi afin de favoriser éventuellement la conclusion d'un arrangement viable.

[61] Par contre, vu les dispositions de l'article 32(5)b) LACC et la preuve quant au délai raisonnable requis pour assurer une démobilisation efficace, ainsi que les représentations de Whabouchi à l'effet qu'elle fera le maximum afin de faciliter le tout et ainsi réduire, dans la mesure du possible, les Frais de démobilisation d'Eenou, le Tribunal déclarera que la résiliation du Contrat sera effective en date du 29 février 2020.

[62] Par conséquent, et vu que Whabouchi a déjà payé à Eenou les frais de location des Modules réclamés pour la période du 23 décembre 2019 au 19 février 2020, Whabouchi devra payer à Eenou les frais de location des Modules pour la période du 20 au 29 février 2020, soit 42 677,24 \$ (123 764 \$ ÷ 29 × 10).

9.2 Les Frais de démobilisation constituent-ils des Dépenses *post filing* devant être acquittées par Whabouchi aux termes du paragraphe [27](b) de l'Ordonnance initiale?

[63] Les Frais de démobilisation font partie du montant forfaitaire prévu au Contrat au chapitre du Prix des services, sans distinction à leur égard.

[64] Il ne peut être dit que le dernier paiement à venir a pour objet le paiement des Frais de démobilisation et qu'ils constituent des Dépenses *post filing* aux termes du paragraphe [27](b) de l'Ordonnance initiale au motif qu'ils sont effectivement engagés après l'obtention de l'Ordonnance initiale.

[65] Ces dépenses reliées à la fin du Contrat résultent des termes mêmes du Contrat et constituent des obligations d'Eenou existant avant l'émission de l'Ordonnance initiale.

[66] Les considérer maintenant comme constituant des Dépenses *post filing* signifierait finalement que tous ceux dont les contrats avec Whabouchi feront éventuellement l'objet d'un préavis de résiliation pourraient ainsi réclamer de tels frais de terminaison à titre de Dépenses *post filing*.

[67] **Il ne peut en être ainsi. Les termes des contrats à cet égard doivent prévaloir.**

[68] Par ailleurs, Whabouchi prétend que les échanges entre elle et Whabouchi, dans le cadre de leurs négociations de l'automne dernier relatives au règlement des montants alors dus, comprenaient un volet relatif aux Frais de démobilisation, fixés par Eenou à 546 258 \$, et qu'ils devaient faire partie du dernier paiement à être effectué par Whabouchi à Eenou.

[69] Même si le Tribunal a permis que les échanges écrits entre Whabouchi et Eenou à cet égard soient produits, il n'en demeure pas moins que le Tribunal a indiqué clairement qu'il s'agissait d'échanges dans le cadre de négociations de règlement, lesquelles n'ont pas abouti et, tel que mentionné précédemment, ils ne peuvent pas servir d'assise aux prétentions d'Eenou.

[70] Eenou ne peut isoler de ces négociations des éléments favorisant sa position et modifier ainsi les termes du Contrat.

[71] Le Tribunal ne retient donc pas ces éléments et il s'en remet au Contrat à cet égard, les Frais de démobilisation découlant des obligations d'Eenou aux termes du Contrat.

9.3 Est-ce que les frais reliés au Service Express Vu pour les chambres des Modules constituent des Dépenses *post filing* devant être acquittées par Whabouchi aux termes du paragraphe [27](b) de l'Ordonnance initiale, que ce service soit toujours disponible ou pas, et ce, pour la période allant au moins jusqu'à la résiliation du Contrat?

[72] Le Tribunal est d'accord avec la position de Whabouchi à cet égard.

[73] Whabouchi ayant acquitté les frais reliés au Service Express Vu jusqu'au 31 janvier 2020, date à laquelle Eenou a retiré tout accès à ce service pour les chambres des Modules où il était encore opérationnel, Whabouchi n'a pas à payer pour ce service après le 31 janvier 2020.

[74] Parallèlement, les cartes d'accès pour toutes les autres chambres des Modules ayant été reprises par Eenou avant l'émission de l'Ordonnance initiale le 23 décembre 2019, Whabouchi n'a pas non plus à payer pour le Service Express Vu pour ces autres chambres.

[75] Eenou ne peut opposer à Whabouchi les termes de son entente avec Bell, laquelle n'a d'ailleurs pas été produite. Les termes du Contrat sont clairs à cet égard²⁰.

²⁰ Pièce C-2, Annexe G, clause 14.

10. CONCLUSION

[76] Le Tribunal déclarera donc le Contrat résilié en date du 29 février 2020 et ordonnera à Whabouchi de payer à Eenou, comme seules Dépenses *post filing*, les frais de location des Modules pour la période du 20 au 29 février 2020, soit la somme de 42 677,24 \$.

[77] Le Tribunal prendra aussi acte de l'engagement de Whabouchi de faciliter la démobilisation des Modules par Eenou et de réduire, dans la mesure du possible, les Frais de démobilisation que doit assumer Eenou aux termes du Contrat.

11. FRAIS DE JUSTICE

[78] Vu les circonstances de cette affaire, chaque partie assumera ses frais de justice.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[79] **ACCUEILLE** en partie la Demande de Nemaska Eenou, J.V. («**Eenou**»);

[80] **ACCUEILLE** en partie la contestation de Nemaska Lithium Whabouchi Mine inc. («**Whabouchi**»);

[81] **DÉCLARE** que le Contrat sera résilié en date du 29 février 2020;

[82] **DÉCLARE** que les seules Dépenses *post filing* à être encore payées par Whabouchi à Eenou sont celles relatives aux frais de location des Modules pour la période du 20 au 29 février 2020, soit 42 677,24 \$, et **ORDONNE** à Whabouchi de payer ce montant à Eenou dans les cinq (5) jours de ce Jugement;

[83] **PREND ACTE** de l'engagement de Whabouchi de faciliter la démobilisation des Modules par Eenou et de réduire, dans la mesure du possible, les Frais de démobilisation que doit assumer Eenou aux termes du Contrat;

[84] **LE TOUT** chaque partie payant ses frais de justice.

LOUIS J. GOUIN, J.C.S.

Mes Jean-Philippe Mathieu, Alain Tardif et François-Alexandre Toupin
McCarthy Tétrault
Procureurs des Débitrices

500-11-057716-199

Mes Jean Fontaine et Nathalie Nouvet
Stikeman Elliott
Procureurs du Contrôleur

Me Jean-François Gauvin
Miller Thomson
Procureurs de la Créancière/Requérante

Dates d'audition : 13 et 14 février 2020

2012 ONSC 4471

Ontario Superior Court of Justice [Commercial List]

Timminco Ltd., Re

2012 CarswellOnt 10568, 2012 ONSC 4471, [2012] O.J. No. 4008, 222 A.C.W.S. (3d) 932, 93 C.B.R. (5th) 326

**In the Matter of the Companies' Creditors
Arrangement Act, R.S.C. 1985 c. C-36, as Amended**

In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of
Timminco Limited and Bécancour Silicon Inc. (Applicants)

Morawetz J.

Heard: June 4, 2012

Judgment: August 3, 2012

Docket: CV-12-9539-00CL

Counsel: Maria Konyukhova for Applicants

Robin B. Schwill for J. Thomas Timmins

Steven J. Weisz for Monitor

Debra McPhail for Superintendent of Financial Services

Thomas McRae for B51 Non-Union Employee Pension Committee and B51 Union Employee Pension Committee

Charles Sinclair for United Steelworkers

James Harnum for Mercer Canada

Subject: Insolvency

Related Abridgment Classifications

Bankruptcy and insolvency

[XIX Companies' Creditors Arrangement Act](#)

[XIX.2 Initial application](#)

[XIX.2.e Proceedings subject to stay](#)

[XIX.2.e.vi Miscellaneous](#)

Headnote

Bankruptcy and insolvency --- Companies' Creditors Arrangement Act — Initial application — Proceedings subject to stay — Miscellaneous

T resigned from his position as CEO of T Inc. in May 2001 but remained director until mid-2007, at which time he resigned from board and sold all of his remaining equity interests — Pursuant to 1996 consulting agreement, T Inc. was to provide T with monthly payment of \$29,166.66 less amount due to T under any pension or retirement plan — At time of T's resignation as CEO, 1996 agreement was amended by letter agreement pursuant to which T was to receive monthly amount of \$20,833.33 — T brought motion for order requiring T Inc. to comply with 1996 agreement — T Inc. brought cross-motion for order that its obligations under 1996 agreement, as amended by letter agreement, were pre-filing obligations stayed by initial order granted in reorganization proceedings — Motion by T was dismissed; cross-motion by T Inc. was granted — Benefits conferred on T were, in substance, termination and/or retirement benefits, and as such were unsecured claims — T Inc. was insolvent and not able to honour its obligations to all creditors — If benefits conferred on T were not stayed, T would, in effect, receive enhanced priority over other unsecured creditors, contrary to scheme and purpose of Companies Creditors Arrangement Act — Overriding objective of CCAA was to ensure that creditors in same classification were treated equitably, which would enhance prospects of viable compromise or arrangement being made in respect of debtor company — Disclaimer of agreement with T,

if necessary, was fair, reasonable, advantageous, and beneficial to T Inc. restructuring process — Court could not conclude that disclaimer would likely cause significant financial hardship to T.

Table of Authorities

Cases considered by *Morawetz J.*:

Fraser Papers Inc., Re (2009), 2009 CarswellOnt 4469, 55 C.B.R. (5th) 217, 2009 C.E.B. & P.G.R. 8350, 76 C.C.P.B. 254 (Ont. S.C.J. [Commercial List]) — referred to

Homburg Invest Inc., Re (2011), 2011 QCCS 6376, 2011 CarswellQue 13411 (Que. Bkcty.) — considered

Indalex Ltd., Re (2009), 2009 CarswellOnt 4465, 55 C.B.R. (5th) 64, 79 C.C.P.B. 104 (Ont. S.C.J. [Commercial List]) — referred to

Nortel Networks Corp., Re (2009), 2009 CarswellOnt 3583, 55 C.B.R. (5th) 68, 75 C.C.P.B. 233 (Ont. S.C.J. [Commercial List]) — referred to

Nortel Networks Corp., Re (2009), 256 O.A.C. 131, 2009 CarswellOnt 7383, 2009 ONCA 833, 59 C.B.R. (5th) 23, 77 C.C.P.B. 161, (sub nom. *Sproule v. Nortel Networks Corp.*) 2010 C.L.L.C. 210-005, (sub nom. *Sproule v. Nortel Networks Corp., Re*) 99 O.R. (3d) 708 (Ont. C.A.) — considered

Statutes considered:

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36

Generally — referred to

s. 11 — considered

s. 32 — considered

s. 32(2) — considered

s. 32(4) — considered

s. 32(4)(b) — considered

MOTION for order requiring company to comply with agreement providing retirement benefits towards former CEO; MOTION by company for order that its obligations under agreement were pre-filing obligations stayed by initial order in reorganization proceedings.

Morawetz J.:

Overview

1 Mr. J. Thomas Timmins, a former Chief Executive Officer ("CEO") of Timminco Limited ("Timminco") moves for an order that Timminco be ordered to comply with its obligations under a consulting agreement between Timminco and Mr. Timmins dated September 19, 1996 (the "1996 Agreement") and to remit to Mr. Timmins the monthly amounts that he claims to be entitled to under the 1996 Agreement.

2 In response, Timminco brought a cross-motion for an order declaring that Timminco's obligations under the 1996 Agreement, as amended by letter agreement effective May 28, 2011 (the "Letter Agreement" and, together with the 1996 Agreement, the "Agreement"), constitute pre-filing obligations which are stayed by the Initial Order granted in these proceedings on January 3, 2012.

3 Alternative positions have also been presented by the parties.

4 Timminco puts forth the alternative that, if Mr. Timmins' motion is granted, Timminco seeks an order that the 1996 Agreement be disclaimed in accordance with section 32 of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA") and that the effective date of the disclaimer of the Agreement (if such a disclaimer is held to be required) should be April 30, 2012.

5 In response to this alternative position, Mr. Timmins seeks an order that the court deny Timminco's request to have the 1996 Agreement disclaimed and, in any event, if the 1996 Agreement is disclaimed, Timminco should not be relieved of its obligation to pay the monthly fees that have and continue to accrue from the date Timminco commenced CCAA proceedings until the date that any such disclaimer is effective.

6 Mr. Timmins asks that the court deny Timminco's request to have the 1996 Agreement disclaimed in accordance with section 32 of the CCAA as the disclaimer would not necessarily enhance the prospects of a viable arrangement being made in respect of Timminco, and would objectively result in significant financial hardship to Mr. Timmins.

Facts

7 Mr. Timmins resigned from his position as CEO on May 28, 2001, but remained a director of Timminco until mid-2007, at which time he resigned from the board and sold all of his remaining equity interests.

8 The preamble to the 1996 Agreement provides:

The Consultant is an executive of the Corporation who has gained such a level of knowledge, experience and competence in the Corporation's business that it is in the Corporation's interest, following his retirement from employment, to ensure that the Corporation continues to have access to the Consultant for advice and consultation and the Corporation wishes to ensure that the Consultant shall not engage in activities which are competitive with the Corporation's business.

9 The 1996 Agreement provides that Timminco agreed to pay Mr. Timmins a monthly amount by which \$29,166.66 exceeds the monthly amount to which [Mr. Timmins] is entitled on [Mr. Timmins] retirement under any pension or retirement plans of [Timminco].

10 The monthly payments were to commence on the first day of the month following Mr. Timmins retirement and terminate only on Mr. Timmins death (subject to earlier termination due to any breach of obligations by Mr. Timmins). There has been no alleged breach on the part of Mr. Timmins of any such obligations.

11 Under the 1996 Agreement, Mr. Timmins was to consult with Timminco "within the time limits from time to time of his physical and other abilities...; provided, however, that consultation and advice shall never occupy [Mr. Timmins] time to such an extent as shall prevent him from devoting the greater portion of his time to other activities".

12 At the time of his resignation as CEO, the 1996 Agreement was amended by the Letter Agreement.

13 Pursuant to the Letter Agreement, Timminco agreed to pay Mr. Timmins a monthly amount of \$20,833.33 without further deduction except as may be required by law, commencing on July 1, 2001.

14 The Letter Agreement also provided that Timminco would terminate various employment benefits of Mr. Timmins (such as car lease and parking) and would cease to provide Mr. Timmins with office space and secretarial assistance after September 30, 2001.

15 In connection with the Letter Agreement, Mr. Timmins executed a release and indemnity which provides, in part, as follows:

Whereas I have agreed to retire voluntarily as Chief Executive Officer and an employee of Timminco Limited and as a director and/or officer of any subsidiaries of Timminco Limited (hereinafter referred to collectively as "Timminco") effective immediately.

And whereas I have agreed to accept the consideration described in the attached letter to me from Timminco dated May 28, 2001 and in the agreement between Timminco and me dated as of September 19, 1996 (collectively, the "Retirement Agreement"), in full settlement of any and all claims I may have relating to my employment with Timminco or the

termination thereof;...I understand and agree that the consideration described above satisfies all obligations of Timminco, arising from or out of my employment with Timminco or the termination of my employment with Timminco, including without limitation obligations pursuant to the *Employment Standards Act (Ontario)* and the *Human Rights Code (Ontario)*. For the said consideration, I covenant that I will not file any claims or complaints under the *Employment Standards Act (Ontario)* or the *Human Rights Code (Ontario)*.

16 Following his retirement in 2001, Mr. Timmins remained a member of Timminco's board of directors until October 2007 and served as a member of several board committees until that time, including the strategic committee of the board from June 2003 until October 2007. He received director fees and was reimbursed for his expenses in connection with his services as a member of the board of directors of Timminco and its various committees.

17 Mr. Timmins states that he has fulfilled all contractual obligations imposed on him by the 1996 Agreement and that he has always been prepared to provide his consulting services to Timminco, as required by the 1996 Agreement, whenever from time to time requested by Timminco.

18 The evidence of Mr. Kalins, President, General Counsel and Corporate Secretary of Timmins, is that Timminco has not sought or received any consulting services from Mr. Timmins following his retirement.

19 Mr. Timmins has a different view. His evidence is that he provided consulting services during the early period of Dr. Schimmelbuch's term as CEO.

20 Since the execution of the Letter Agreement, Timminco has paid Mr. Timmins approximately \$2.625 million. Mr. Kalins states that the payments under the Letter Agreement constitute the entirety of Mr. Timmins' entitlements from Timminco following his retirement.

21 Timminco has filed statements of pension, retirement, annuity and other income ("T4A Forms") and/or statements of amounts paid or credited to non-residents of Canada ("NR4 Forms") with the Canada Revenue Agency in connection with payments made by Timminco to Mr. Timmins in each year from 2002 to 2011. The T4A Forms and NR4 Forms filed by Timminco with respect to Mr. Timmins in each of those years list amounts paid to Mr. Timmins under the category of "retiring allowances". Mr. Kalins deposed that Timminco is not aware of any requests from Mr. Timmins to amend or refile any of the T4A Forms or NR4 Forms filed by Timminco since 2002.

22 Timminco complied with its obligations to pay the monthly consulting fee to Mr. Timmins until December 2011.

23 Payment was due on January 1, 2012, which was not made. The Initial Order was granted on Tuesday, January 3, 2012.

24 On February 8, 2012, a debtor-in-possession financing agreement (the "DIP Agreement") between Timminco and QSI Partners Ltd. ("QSI" or the "DIP Lender") was approved. Mr. Timmins was not served with notice of the motion to approve the DIP Agreement.

25 On March 30, 2012, counsel for Timminco sent a letter to counsel for Mr. Timmins enclosing a formal notice of disclaimer of the 1996 Agreement pursuant to section 32 of the CCAA. According to the correspondence, the 1996 Agreement was to be disclaimed effective April 30, 2012.

Analysis

26 Counsel to Mr. Timmins set out four issues:

(a) Was Timminco entitled to stop paying the monthly consulting fee to Mr. Timmins, notwithstanding Mr. Timmins' position that these payments are post-filing obligations under the 1996 Agreement between the parties?

(b) Should Timminco be entitled to disclaim the 1996 Agreement notwithstanding that:

(i) the company's ongoing obligations under the 1996 Agreement have not impeded its ability to effect a successful sale of its assets; and

(ii) the disclaimer would result in significant financial hardship to Mr. Timmins.

(c) In the event that Timminco was not entitled to stop paying the monthly consulting fee, is Mr. Timmins entitled to payments for the period from January 1, 2012 up to the effective date (if any) of the disclaimer?

(d) In the event that Timminco is entitled to disclaim the 1996 Agreement, what should the effective date of that disclaimer be?

27 Counsel to Timminco set forth the issue as being whether Timminco's obligations under the Agreement constitute pre-filing obligations which are stayed by the Initial Order.

28 In a supplementary factum, counsel to Timminco broadened the issue to read as follows:

(a) Should Mr. Timmins' motion for an order that the 1996 Agreement is not to be disclaimed or resiliated be granted; and

(b) If Mr. Timmins' motion referenced in (a) above be granted, should the effective date of the disclaimer of the 1996 Agreement be extended past April 30, 2012 (the day that was 30 days after the day on which Timminco gave notice of the disclaimer to Mr. Timmins).

29 Counsel to Mr. Timmins submits that the 1996 Agreement is clear and unambiguous and that Timminco's attempts to describe the unpaid monthly consulting fees as a pre-filing claim inappropriately mischaracterizes the nature of the 1996 Agreement. Counsel submits that the unpaid amounts can only be characterized as the pre-filing claim if Mr. Timmins earned the right to be paid an amount during his employment with Timminco (which amount was then to be paid out to him over time after the termination of his employment), without further obligations owing from Mr. Timmins to Timminco. Counsel to Mr. Timmins submits that clearly is not the case as the monthly consulting fees do not constitute compensation deferred from a prior employment agreement between the parties and the fees cannot be said to be owing for employment services previously performed by Mr. Timmins.

30 Mr. Timmins takes the position that, while the Letter Agreement dealt with a number of termination of employment issues, it specifically did not amend the 1996 Agreement other than to fix the monthly consulting fee and, in other respects, the 1996 Agreement was to remain in full force and effect.

31 Specifically, from Mr. Timmins standpoint, there were no pension or retirement benefits to forego at the time he entered into the Letter Agreement as the pension plan in which he had participated prior to his resignation was terminated and wound up in 1998 with a lump sum entitlement having been paid out.

32 Counsel for Mr. Timmins goes on to submit that the purpose and effect of the 1996 Agreement is clear and unambiguous on its face - (i) to ensure that Mr. Timmins advice remains available to Timminco; (ii) to ensure that he or his investment company do not engage in activities which are competitive to Timminco's business; and (iii) to ensure that Mr. Timmins does not disclose or otherwise use confidential information.

33 Counsel submits that Mr. Timmins' and Timminco's obligations under the 1996 Agreement are ongoing post-filing obligations, and as such cannot be stayed and suspended in the CCAA proceedings.

34 In my opinion, the arguments of Mr. Timmins are flawed.

35 It seems to me that the benefits conferred on Mr. Timmins under the 1996 Agreement, as amended by the Letter Agreement are, in substance, termination and/or retirement benefits. These are unsecured claims. Counsel to the Applicant has summarized

the following attributes or characteristics of the Agreement in support of the Applicant's position that the claim of Mr. Timmins is, in substance, for termination and/or retirement benefits:

- (a) the amount of Mr. Timmins' monthly fee under the 1996 Agreement was essentially a "top up" to any other retirement and pension benefit that Mr. Timmins would receive from Timminco;
- (b) the "consulting" term of the 1996 Agreement was to commence the first day of the month following Mr. Timmins' retirement;
- (c) under the Agreement, Mr. Timmins is not entitled to any retirement or pension benefits from Timminco following his retirement other than the payments;
- (d) neither the 1996 Agreement nor the Letter Agreement provide for any minimum amount of consulting to be provided by Mr. Timmins in order to be entitled to receive the monthly payments;
- (e) all other employment benefits and provision of services to enable Mr. Timmins to provide employment services to Timminco were terminated by the Letter Agreement; and
- (f) Mr. Timmins has not provided any consulting services to Timminco following his retirement as CEO.

36 From the standpoint of Timminco, for all intents and purposes, the Letter Agreement concluded whatever employment relationship remained between Mr. Timmins and Timminco.

37 In addition, in connection with the Letter Agreement and his retirement, Mr. Timmins also executed a release in indemnity wherein he released any and all claims he may have had relating to his employment with Timminco or the termination thereof and agreed that the consideration described in the Agreement satisfies all of the obligations of Timminco arising from or out of his employment with Timminco or the termination of his employment.

38 It is especially significant that the release and indemnity specifically references both the 1996 Agreement and the Letter Agreement.

39 Further, the filings made by Timminco with the Canada Revenue Agency constitute further evidence of the payments made to Mr. Timmins under the Agreement are, in substance, unsecured termination and/or retirement benefits. Mr. Timmins discounts this point indicating that it is the responsibility of Timminco to issue the tax forms. However, it is the responsibility of Mr. Timmins to file the return and to ensure its accuracy.

40 In my view, the inescapable conclusion is that when the 1996 Agreement is considered together with the amendments set out in the Letter Agreement, in substance, the parties entered into an arrangement that addressed termination and/or retirement benefits.

41 The law in this area is clear. The courts have repeatedly found that termination and/or retirement benefits are pre-filing unsecured obligations of debtor companies undergoing CCAA proceedings. See *Indalex Ltd., Re* (2009), 55 C.B.R. (5th) 64 (Ont. S.C.J. [Commercial List]), *Nortel Networks Corp., Re* [Recommendation of Benefit Motion] (2009), 55 C.B.R. (5th) 68 (Ont. S.C.J. [Commercial List]) [Nortel] and *Fraser Papers Inc., Re* (2009), 55 C.B.R. (5th) 217 (Ont. S.C.J. [Commercial List]).

42 Further, the debtor company's obligation to make retirement, termination, severance and other related payments to unionized and non-unionized employees have been held to be pre-filing obligations. See *Nortel*, paras. 10, 12, 67. At para. 67, I stated:

...The exact time of when the payment obligation crystallized is not, in my view, the determining factor under section 11.3 [of the CCAA]. Rather, the key factor is whether the employee performed services after the date of the Initial Order. If so, he or she is entitled to compensation benefits for such current service.

43 It is clear in this case that Mr. Timmins did not provide any services after the date of the Initial Order.

44 The Timminco Entities are insolvent and are not able to honour their obligations to all creditors. If the benefits conferred on Mr. Timmins under the Agreement are not stayed, Mr. Timmins would, in effect, receive an enhanced priority over other unsecured creditors, which would be contrary to the scheme and purpose of the CCAA. In this respect, it is noted that the position of the Applicant on this motion was supported by counsel to FSCO, both the Non-Union and Union Employee Pension Committee, the United Steelworkers and Mercer Canada.

45 The Monitor expressed no view on whether the monthly payment obligations were a pre-filing or a post-filing obligation. The Monitor did, however, approve of the proposed disclaimer (see below).

46 In my view, it is necessary to briefly address the submission made by counsel to Mr. Timmins that the CCAA order does not preclude Mr. Timmins' claim for the unpaid monthly consulting fees and the related submission that the CCAA order does not stay pre-filing obligations. Paragraph 11 of the CCAA clearly provides that the Timminco Entities are directed to make no payments of principal, interest or otherwise on account of monies owing by the Timminco Entities to any of their creditors as of January 3, 2012. Having made the determination that the obligation of Timminco to Mr. Timmins under the Agreement constitutes a pre-filing claim, this provision is broad enough to cover any and all pre-filing obligations owing to Mr. Timmins.

47 The foregoing is sufficient to dispose of the issues raised in the motion and cross-motion. However, in the event that I am in error in my conclusion, the secondary issue has to be addressed; namely, whether Timminco should be entitled to disclaim the 1996 Agreement and, if so, what should be the effective date of the disclaimer.

48 Section 32 of the CCAA permits a counter-party to a contract disclaimed by the debtor company to apply to court for an order that the agreement is not to be disclaimed or resiliated.

49 Section 32(4) sets out factors to be considered by the court, among other things, in deciding whether to make the order:

- (a) whether the monitor approved the proposed disclaimer or resiliation;
- (b) whether the disclaimer or resiliation would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made in respect of the company; and
- (c) whether the disclaimer or resiliation would likely cause significant financial hardship to a party to the agreement.

50 In alternative submissions, counsel to Timminco takes the position that the motion of Mr. Timmins should be dismissed because:

- (a) the Monitor has approved the proposed disclaimer;
- (b) the disclaimer will enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made in respect of Timminco;
- (c) the disclaimer is expected to benefit the stakeholders of Timminco as a whole in that it will permit Timminco to maximize recoveries to its stakeholders;
- (d) the disclaimer will not cause any significant financial hardship to Mr. Timmins; and
- (e) prohibiting Timminco from disclaiming the Agreement will result in a windfall to Mr. Timmins at the expense of the other unsecured creditors of the Timminco Entities.

51 In analyzing this aspect of the motion, I accept the submission of counsel to Timminco that the scope of the CCAA and the various protections it affords debtor companies should not be interpreted so narrowly as to apply only in the context of a restructuring process leading to a plan arrangement for a newly restructured entity. The Court of Appeal for Ontario stated in

Nortel Networks Corp., Re, 2009 ONCA 833 (Ont. C.A.), there is "no reason...why the same analysis cannot apply during a sale process that requires the business to be carried as a going concern".

52 In my view, the section 32 (4)(b) requirement that a disclaimer of an agreement with a debtor company enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made should be interpreted with a view to the expanded scope of the statute.

53 In this particular case, the overriding objective of the CCAA must be to ensure that creditors in the same classification are treated equitably. Such treatment will enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made in respect of the debtor company.

54 Similar views were expressed by the court in *Homburg Invest Inc., Re*, 2011 QCCS 6376 (Que. Bkcty.) where the Quebec Superior Court held, among other things, that it is not necessary to demonstrate that a proposed disclaimer is essential for the restructuring period. It merely has to be advantageous and beneficial.

55 It is also noted that counsel to the Applicants submitted that at the commencement of the CCAA proceedings, the Timminco Entities ceased making payments with respect to many of their pre-filing obligations in order to preserve their ability to continue operating and to implement a successful sale of their assets. The continued existence of the Agreement and of the requirement to make the payments thereunder would have further strained the Timminco Entities already severely constrained cash flows. Further, counsel contends that disclaimer of the Agreement and the cessation of payments to Mr. Timmins thereunder improved the Timminco Entities' cash flows and their ability to continue implementing a sales process with respect to their assets.

56 Counsel to Timminco also points out that under the DIP Agreement, approved on February 8, 2012, the Timminco Entities are restricted to use the proceeds of the DIP Facility for the purpose of funding operating costs, expenses and liabilities in accordance with the cash flow projections. Although the DIP Agreement does not prohibit the payment of amounts akin to the amounts owing under the Agreement, the cash flow projections approved by the DIP Lender do not provide for a payment of the monthly payments under the Agreement; making such payments would accordingly result in an event of default under the DIP Agreement. Further, counsel adds that without access to the DIP Facility, the Timminco Entities would have been unable to implement a sales process designed to maximize the benefits to their stakeholders.

57 I am satisfied that, in the context of this alternative argument, the disclaimer of the Agreement, if necessary, is fair, reasonable, advantageous and beneficial to the Timminco Entities' restructuring process.

58 Counsel to Mr. Timmins also raised the issue that the disclaimer of the 1996 Agreement would objectively result in significant financial hardship to Mr. Timmins.

59 However, Mr. Timmins did acknowledge that, if the test of whether the disclaimer of an agreement that pays a party \$250,000 per year will cause "significant financial hardship to that party" depends on the individual characteristics and circumstances of that party, the disclaimer of the 1996 Agreement will not cause significant financial hardship to Mr. Timmins.

60 I am in agreement with the submission of the Timminco Entities that the test of whether a disclaimer of an agreement will cause significant financial hardship to the counter party depends and is centered on an examination of the individual characteristics and circumstances of such counter party. Further, an objective test for "significant financial hardship" would make it difficult to debtor companies to disclaim large contracts regardless of the financial ability of the counter parties to absorb the resultant losses. It seems to me that such a result would be contrary to the purpose of principles of the CCAA.

61 Based on the record, I am unable to conclude that the disclaimer would likely cause significant financial hardship to Mr. Timmins.

62 I have also taken into account that the effect of acceding to the argument put forth by counsel to Mr. Timmins would result in an improvement to his position relative to, and at the expense of, the unsecured creditors and other stakeholders of the Timminco Entities. If the Agreement is disclaimed, however, the monthly amounts that would otherwise be paid to Mr.

Timmins would be available for distribution to all of Timminco's unsecured creditors, including Mr. Timmins. This equitable result is dictated by the guiding principles of the CCAA.

63 For the foregoing reasons, the alternative relief sought by Mr. Timmins, to the effect that the Agreement is not to be disclaimed, is denied.

64 The remaining outstanding issue is whether or not the disclaimer of the Agreement should be effective April 30, 2012. Counsel to Mr. Timmins takes the position that the effective date of the disclaimer should be no earlier than the date of the determination of this motion.

65 On March 30, 2012, counsel for Timminco sent a letter to Mr. Timmins' counsel enclosing a formal notice of disclaimer which was to be effective April 30, 2012. In accordance with section 32 (2) of the CCAA, on April 13, 2012, Mr. Timmins filed his motion objecting to the disclaimer. Counsel to Mr. Timmins sought to have the motion heard in advance of April 30, but on account of scheduling issues, the motion did not proceed until June 4, 2012. Counsel to Mr. Timmins takes the position that given that the CCAA Order prohibits Mr. Timmins from ceasing to comply with his obligations under the 1996 Agreement, it is only fair that payment for such obligations should be made up until the date that the court makes its determination on this motion.

66 The contrary position put forth by counsel to Timminco is that the Timminco Entities did not deliver a notice of disclaimer until March 30, 2012 because they were of the view that the obligations under the Agreement constitute Timminco's unsecured pre-filing obligations which were stayed by Initial Order and that Timminco was authorized to stop making the payments under the Agreement without being required to disclaim the Agreement. Consequently, counsel submits that the Timminco Entities only delivered a notice of disclaimer in response to correspondence with Mr. Timmins' counsel and did so expressly without prejudice to their position that the obligations under the Agreement were pre-filing obligations.

67 Counsel to Timminco acknowledged that, if the court found that Timminco's obligations did not constitute pre-filing obligations and the Agreement needed to be disclaimed prior to Timminco being entitled to cease making payments, Timminco would be obligated to make the payments that became due prior to the effective day of the disclaimer, namely, April 30, 2012.

68 I am satisfied that the delay between the commencement of this motion by Mr. Timmins and its hearing was attributable to scheduling issues and the demands on Timminco's management and counsel's time placed by the Timminco Entities' CCAA Proceedings, including the sales process being undertaken by the Timminco Entities for the benefit of their stakeholders. Given these competing priorities, it seems to me that it would be unfair to extend the effective date of the disclaimer, if necessary, beyond April 30, 2012.

69 As noted, my comments with respect to the disclaimer issue are for the assistance of the parties, in the event that my determination of the pre-filing issue is found to be in error.

Disposition

70 In the result, the motion of Mr. Timmins is dismissed. The relief requested by Timminco in the cross-motion is granted.
Motion by former CEO dismissed; Motion by company granted.

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE QUÉBEC

N° : 200-09-007368-118
(410-11-001956-091)

DATE : 4 AVRIL 2012

**CORAM : LES HONORABLES LOUIS ROCHETTE, J.C.A.
ANDRÉ ROCHON, J.C.A.
LORNE GIROUX, J.C.A.**

DANS L'AFFAIRE DE LA FAILLITE DE LIMTECH CARBONATE INC.

SOCIÉTÉ EN COMMANDITE GAZ MÉTRO
APPELANTE - Intimée

c.

RAYMOND CHABOT INC., ès qualités de syndic
INTIMÉE - Requérante

et

LIMTECH CARBONATE INC.
MISE EN CAUSE - Débitrice

ARRÊT

[1] L'appelante se pourvoit contre un jugement rendu le 25 mars 2011 par la Cour supérieure, district de Saint-Maurice (l'honorable Raymond W. Pronovost), qui a accueilli la requête en annulation d'un paiement préférentiel de l'intimée, déclaré nul et inopposable à l'intimée un paiement de 13 150 \$ effectué, par compensation, au bénéfice de l'appelante, le 8 juillet 2009, et ordonné à l'appelante de rembourser ce montant à l'intimée, avec l'intérêt, l'indemnité additionnelle et les dépens;

[2] Pour les motifs du juge Rochette, auxquels souscrivent les juges Rochon et Giroux;

LA COUR :

[3] **ACCUEILLE** l'appel avec dépens;

[4] **INFIRME** le jugement de première instance;

[5] **REJETTE** la requête de l'intimée en annulation d'un paiement préférentiel (compensation), avec dépens.

LOUIS ROCHETTE, J.C.A.

ANDRÉ ROCHON, J.C.A.

LORNE GIROUX, J.C.A.

Me Bruno Verdon
LAVERY, DE BILLY
Pour l'appelante

Me Richard Lambert
LAMBERT, THERRIEN
Pour l'intimée

Date d'audience : 13 mars 2012

MOTIFS DU JUGE ROCHETTE

[6] En 2003, l'appelante [Gaz Métro] a exigé de la faillie [Limtech] qu'elle dépose 13 150 \$ en garantie pour lui fournir du gaz naturel, ce que celle-ci a accepté. Le dépôt a été effectué le 11 avril 2003 entre les mains de Gaz Métro. Les parties sont alors en relation d'affaires depuis un certain temps. Aucun document n'accompagne ce dépôt.

[7] Le 12 avril 2005, Gaz Métro et Limtech signent un contrat de services d'une durée de 60 mois, pour valoir depuis le 1^{er} mai 2005, aux termes duquel Limtech s'engage à consommer un volume annuel minimal de gaz équivalant à 90% du volume annuel de gaz consommé au cours des 12 derniers mois. Les parties qualifient cet engagement d'« obligation minimale annuelle » [OMA]. Le 29 septembre 2006, elles modifient le contrat, par avenant, et diminuent l'OMA à 80% depuis le 1^{er} septembre 2006. Ces contrats ne font pas mention du dépôt en garantie qui demeure entier jusqu'au 8 juillet 2009.

[8] À cette époque, Gaz Métro apprend que Limtech a fait cession de ses biens le 3 juin 2009. Elle prépare un état de compte en date du 8 juillet. La lecture du document permet de constater que : le 1^{er} juillet 2009, Limtech doit environ 200 \$ à Gaz Métro, en vertu de la facturation courante; Gaz Métro crédite à sa cliente 514,37 \$ pour des « intérêts sur dépôt en garantie », lui facture 17 826,98 \$ au titre de « Obligation minimale annuelle » [OMA] et se rembourse partiellement en encaissant le dépôt de 13 150 \$. La balance due s'élève à 4 326,35 \$.

[9] Gaz Métro dépose une preuve de réclamation pour ce montant auprès du syndic, l'intimée. Elle y joint l'état de compte en date du 8 juillet 2009 au bas duquel il est indiqué, à la main, 3 juin 2009. Elle affirme que Limtech est endettée envers elle de 4 326,35 \$ depuis le 3 juin 2009.

[10] Le 2 mars 2010, le syndic met Gaz Métro en demeure de lui rembourser le dépôt en garantie de 13 150 \$. Le 1^{er} septembre 2010, il lance une « requête en annulation d'un paiement (compensation) préférentiel ». Il demande au tribunal de déclarer que l'encaissement du dépôt lui est inopposable et de condamner Gaz Métro à lui rembourser le montant dont il aurait été privé.

[11] Le juge de première instance rejette l'argument de compensation avancé par Gaz Métro en se référant aux paragraphes 95 (1) et 97 (3) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹ [LFI]. Il décide que : le dépôt n'était accompagné d'aucun document; la

¹ L.R.C. (1985), c. B-3.

dette n'existait pas au moment de la faillite, l'opération comptable a été effectuée après la faillite et équivaut à un paiement préférentiel. Il conclut :

[18] Pour que l'intimée² puisse bénéficier de la compensation prévue à l'article 97, elle devait prouver par prépondérance de preuve que la créance existait avant la faillite, ce qu'elle n'a malheureusement pas réussi.

[19] En effet, la créance a existé après la faillite puisque tant que la faillite n'est pas déclarée, il n'y a pas de rupture ou d'annulation du contrat (R-2) donc, il y a impossibilité pour l'intimée de facturer la débitrice pour la résiliation de contrat.

[20] L'intimée ne rencontre pas les exigences prévues par la l'article 97 al.3 de la *Loi* et la jurisprudence pour opérer compensation puisqu'un élément important n'y est pas, c'est que la créance n'existait pas avant la faillite.

[12] Gaz Métro se pourvoit.

[13] Elle plaide que sa créance, liée à l'OMA, existait au moment de la faillite et constituait une réclamation prouvable au sens de l'article 121 LFI. Elle qualifie l'OMA d'obligation à terme exigible une fois l'an³ et soutient que « le terme n'affecte en rien l'existence de l'obligation ». Sa créance découlant d'une obligation existant avant la faillite, la compensation serait valide entre celle-ci et le dépôt de Limtech.

[14] Le juge aurait, par ailleurs, erré en statuant que la créance litigieuse se rapportait à une indemnité de résiliation de contrat qui a pris naissance avec son exigibilité. Le fait que l'OMA a été facturée après la date de la faillite n'aurait pas d'incidence.

[15] L'appelante argumente enfin que la compensation effectuée par Gaz Métro ne constitue pas un paiement préférentiel au sens de l'article 95 LFI car l'acte attaqué n'est pas survenu dans les trois mois précédant la faillite et ne constitue pas une préférence frauduleuse.

* * *

[16] Sauf en cas de fraudes ou de préférences frauduleuses, les règles de la compensation s'appliquent aux réclamations produites contre l'actif du failli et aux actions intentées par le syndic pour recouvrer des créances dues au failli, comme « si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas »⁴, même si cela a pour effet de garantir la réclamation de la partie qui l'invoque sur les biens de l'actif du failli⁵.

² Il s'agit de Gaz Métro.

³ En l'occurrence le 1^{er} septembre 2009.

⁴ Paragr. 97 (3) LFI.

⁵ *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, paragr. 57.

[17] Le mécanisme de compensation intégré à la LFI n'est toutefois pas défini. Pour le circonscrire, il faut faire appel au *Code civil du Québec*⁶ et non aux règles de la common law⁷. Ainsi, la compensation légale, invoquée ici, s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes qui sont l'une et l'autre certaines, liquides et exigibles et qui ont pour objet une somme d'argent⁸.

[18] Par ailleurs, le créancier doit remplir les conditions du paragraphe 121 (1) LFI pour que sa réclamation bénéficie de la compensation. Il s'agit, en principe, d'une créance à laquelle le failli était assujéti à la date de la faillite ou le devient avant sa libération, en raison d'une obligation contractée avant la faillite⁹. Le créancier qui entend opposer compensation doit donc démontrer une créance à laquelle le failli était assujéti en vertu d'une obligation existant avant la faillite.

* * *

[19] En l'espèce, les sommes confiées par Limtech à Gaz Métro le 11 avril 2003 sont qualifiées de dépôt en garantie. Il n'y a pas de document contractuel portant sur les conditions du dépôt et l'usage qui pouvait en être fait, le cas échéant. L'on doit comprendre que le dépôt était accessoire aux engagements contractuels pris envers Gaz Métro, soit notamment le respect de l'OMA.

[20] Le dépôt est un contrat par lequel le déposant remet un bien meuble au dépositaire qui s'oblige à garder le bien pendant un certain temps et à le restituer¹⁰. Par la remise de la somme convenue, le contrat de dépôt était parfait¹¹. Le dépositaire ne peut se servir du bien sans la permission du déposant¹². Il est tenu de restituer le bien déposé au déposant, dès que celui-ci le demande¹³. Il est tenu de restituer les fruits et revenus qu'il a perçus du bien déposé¹⁴. Les sommes données en dépôt sont des biens du failli aux termes de l'article 67 LFI.

[21] Nous savons que le contrat d'approvisionnement vaut pour cinq ans et qu'une quantité minimale de gaz doit être consommée annuellement, à compter du 1^{er}

⁶ *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 564, 2005 CSC 52, paragr. 34.

⁷ *Id.*, paragr. 64. Voir aussi Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 6^e éd., par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n^o 1046, p. 1063.

⁸ Art. 1673 C.c.Q.

⁹ 121. (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.

¹⁰ Art. 2280, 1^{er} al. C.c.Q.

¹¹ Art. 2281, 1^{er} al. C.c.Q.

¹² Art. 2283 C.c.Q.

¹³ Art. 2285, 1^{er} al. C.c.Q.

¹⁴ Art. 2287, 1^{er} al. C.c.Q.

septembre 2006¹⁵. Le contrat se termine le 1^{er} mars 2010. Jusqu'au 3 juin 2009, Limtech a respecté ses obligations et le dépôt est demeuré entier. En l'absence de stipulations claires, les parties adoptent deux thèses opposées.

[22] Tel que mentionné ci-haut, Gaz Métro qualifie l'OMA d'obligation à terme exigible une fois l'an. Comme sa créance découle d'une obligation existant avant la faillite, la compensation serait valide entre celle-ci et le dépôt de Limtech.

[23] Le terme est un événement futur et certain dont dépend l'exigibilité de l'obligation. Il retarde le moment où le créancier peut exiger le paiement du débiteur. Le terme est donc un événement futur, mais à la différence de la condition, sa réalisation est certaine. C'est ainsi que le terme n'affecte pas la création de l'obligation, il en diffère l'exigibilité. Le créancier ne peut forcer le débiteur à s'exécuter avant l'échéance¹⁶. La créance est certaine, mais elle n'est pas exigible.

[24] Par contre, le débiteur perd le bénéfice du terme s'il est déclaré failli, en application de l'article 1514, 1^{er} al. C.c.Q. La faillite étant un état de droit, elle a pour effet d'entraîner la survenance automatique de la déchéance¹⁷ qui remonterait, ici, au 3 juin 2009. Or, la déchéance du terme rend l'obligation immédiatement exigible¹⁸.

[25] En somme, si l'obligation contractée par Limtech peut être qualifiée d'obligation à terme, elle existait, à l'évidence, avant la faillite. Elle est, par ailleurs, devenue exigible en raison et en date de la faillite de sorte que la compensation a opéré entre les créances respectives des parties, comme le soutient Gaz Métro¹⁹.

[26] Mais je ne puis partager cette prétention quant à la qualification de l'obligation, bien que cela ne permette pas, pour autant, de faire droit à la demande du syndic.

[27] L'obligation a plutôt été contractée sous condition suspensive²⁰. Dans un tel cas, la naissance de l'obligation dépend de l'arrivée d'un événement, ici le non-respect de l'OMA, dont on ne pouvait fixer la date car sa réalisation était incertaine. Pierre-Gabriel Jobin écrit :

622 – Droits des parties pendente conditione dans l'obligation sous condition suspensive – Avant l'arrivée de la condition, l'obligation sous condition suspensive n'existe que potentiellement, mais pas encore réellement. Sa création demeure une simple éventualité et aucun lien effectif ne lie encore le futur créancier et le futur débiteur. Le créancier conditionnel n'a donc en principe

¹⁵ Selon l'avenant du 29 septembre 2006.

¹⁶ Art. 1513 C.c.Q.

¹⁷ Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *supra*, note 7, n° 606, p. 598.

¹⁸ Art. 1515 C.c.Q.

¹⁹ Voir dans le même sens *In re Hil-A-Don Ltd. : Bank of Montreal c. Kwiat*, [1975] C.A. 157; *In re Le syndicat d'épargne des épiciers du Québec : Laviolette c. Mercure*, [1975] C.A. 599.

²⁰ Art. 1497 C.c.Q.

aucun droit contre son débiteur conditionnel. Le droit n'étant pas actualisé, il ne possède aucun intérêt juridique né et actuel qui lui permettrait de requérir, par exemple, l'exécution de l'obligation. La dette n'étant pas juridiquement née, le débiteur, de son côté, n'est pas tenu de payer et peut donc répéter l'objet d'un paiement indu. La prescription extinctive ne court naturellement pas contre le créancier conditionnel durant cette période.²¹

[...]

[Référence omise]

[28] En revanche, lorsque la condition suspensive se réalise, l'obligation devient pure et simple, ce qui donne au créancier tous les droits du créancier ordinaire. Le débiteur doit alors exécuter l'obligation comme si elle avait existé dès le premier jour²². La transformation de l'obligation s'opère rétroactivement, à l'égard des parties comme des tiers : « [c]réancier et débiteur engagés sous condition suspensive sont ainsi censés avoir été unis par le lien d'obligation dès le jour de la conclusion de l'engagement, et non simplement au jour de la réalisation de la condition »²³.

[29] Dans notre affaire, Gaz Métro a mis en oeuvre la compensation à la suite de la faillite de Limtech soit, faut-il le comprendre, de l'impossibilité pour sa débitrice de satisfaire à la condition de l'OMA. Le syndic, qui recherche l'annulation de la compensation et en avait le fardeau, ne démontre pas les faits qui permettraient de conclure que la faillie n'était pas en défaut sous ce rapport²⁴.

[30] Comme la condition suspensive s'est réalisée, l'obligation assumée par Limtech est devenue une obligation pure et simple, en date de la faillite. Les parties sont censées avoir été unies par le lien d'obligation depuis le jour de la conclusion de l'engagement, en avril 2003, et non au jour de la faillite qui a coïncidé avec la réalisation de la condition. Les parties se trouvant réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre et la créance de Gaz Métro étant certaine, liquide²⁵ et exigible en date de la faillite, la compensation par l'effet de la loi a opéré.

[31] Avec égards, le juge de première instance a erré en concluant que « la créance a existé après la faillite ».

[32] Je n'accepte pas davantage les arguments du syndic selon lesquels, d'une part, l'obligation assumée par Limtech doit être assimilée à une clause pénale conditionnelle déguisée et, d'autre part, l'obligation n'a pas été contractée dans le cours normal des affaires.

²¹ Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *supra*, note 7, n° 622, p. 612.

²² Art. 1507, 1^{er} al. C.c.Q.

²³ Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *supra*, note 7, n° 625, p. 616.

²⁴ Art. 2803, 2^e al. C.c.Q.

²⁵ Soit que le montant dû pouvait être aisément fixé.

[33] Enfin, le syndic plaide que la compensation doit être assimilée à un paiement préférentiel. Ce moyen est sans mérite. Le dépôt a été fait six ans avant la faillite. La compensation n'a pas « été provoquée pendant la période suspecte »²⁶, mais résulte « du hasard ou d'un concours de circonstances normales »²⁷.

[34] Sur le tout, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens, d'infirmier le jugement de première instance et de rejeter la requête de l'intimée en annulation d'un paiement préférentiel (compensation), avec dépens.

LOUIS ROCHETTE, J.C.A.

²⁶ Jacques Deslauriers, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, 2^e édition, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2011, n^o 1235, p. 377.

²⁷ *Id.*, n^o 1667, p. 501.

COUR SUPÉRIEURE

(Chambre commerciale)

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTREAL

N° : 500-11-020930-034

DATE : Le 18 juin 2004

SOUS LA PRÉSIDENCE DE : L'HONORABLE PIERRE-C. GAGNON, J.C.S.

EN APPLICATION DE LA LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS
DES COMPAGNIES, L.R.C. 1985, CH. C-36, TELLE QUE MODIFIÉE

ET DANS L'AFFAIRE DE:

SLATER STEEL INC.
SLATER STAINLESS CORP.
SOREL FORGE INC.

Requérantes

et

833840 ONTARIO INC.
1124207 ONTARIO INC.
3014063 NOVA SCOTIA COMPANY

Autres compagnies débitrices

et

PRICEWATERHOUSECOOPERS INC.

Contrôleur

et

MINISTRE DU REVENU DU QUÉBEC

Intimé

JUGEMENT SUR REQUÊTE POUR INSTRUCTIONS

INTRODUCTION

[1] Le 2 juin 2003, la Cour supérieure de l'Ontario émet une ordonnance initiale en vertu de l'article 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers*¹ (la «L.A.C.C.») qui, parmi ses conclusions, ordonne la suspension suivante:

- (a) any and all proceedings, including, without limitation, suits, actions, extra-judicial proceedings, regulatory, administrative, enforcement processes or other remedies, rights or entitlements of whatsoever nature or kind ("Proceedings") commenced, taken or proceeded with or that may be commenced, taken or proceeded with by any person, including without limitation, by any of the Applicants' creditors, employees, shareholders, customers, suppliers, contractors, lenders, factors, customs brokers, purchasing agents, equipment lessors, landlords (including, without limitation, sub-tenants, licensors or licensees to the Applicants), governments of any nation, province, state or municipality or any other entity exercising executive, legislative, judicial, regulatory or administrative functions of or pertaining to government in Canada or elsewhere and any corporation or other entity owned or controlled by or which is the agent of any of the foregoing, or by any other person, firm, corporation or entity wherever situated or domiciled (collectively, "Persons" and, individually, "Person"), against or in respect of the Applicants, their directors, officers or employees in such capacity, or in respect of any and all present or future rights, property, assets, concessions and undertaking of the Applicants, or any of them, whether real or personal, wherever located, and whether held by the Applicants or any of them, in whole or in part, directly or indirectly, as principal, agent or nominee, beneficially or otherwise, as the case may be including, without limitation, any and all real property, personal property and intellectual property of any Applicant and all securities, instruments, debentures, notes or bonds held by or on behalf of any Applicant (collectively, the "Property"), whether pursuant to the *Bankruptcy and Insolvency Act* (the "BIA"), or otherwise, are hereby stayed and suspended.

(soulignements du Tribunal)

[2] Les trois requérantes sont au nombre des «*Applicants*» visés par la proposition d'arrangement.

[3] La suspension traite du droit de compensation dans les termes suivants:

- (h) all persons are hereby restrained (other than to the extent permitted to do so pursuant to section 18.1 of the CCAA) from exercising any right of set-off or off set as against the Applicants or as against amount now or hereafter owing to the Applicants including, without limitation, set-off rights contained in any agreements, contracts, purchase orders and production contracts and are

¹ L.R.C. (1985), ch. C-36, telle que modifiée.

specifically restrained from setting off liabilities of the Applicants arising from rights existing prior to the date hereof against any liabilities now or hereafter owing to the Applicants from rights arising from the date hereof ; . . .

[paragraphe 4, sous-paragraphe (h)]

[4] Cette ordonnance initiale est renouvelée périodiquement², de sorte qu'en date de l'audience en mars 2004, une ordonnance du 1^{er} mars 2004 prolonge la période de suspension («*the stay period*») jusqu'au 30 avril 2004³.

[5] Par jugement prononcé le 20 juin 2003 dans le présent dossier, la Cour supérieure du Québec homologue l'ordonnance initiale du 2 juin 2003 et ordonne une suspension identique à celle énoncée au paragraphe [1] ci-haut,

until and including July 2, 2003, or such later date or dates that may be provided for in further orders of the Ontario Court.

[6] Dans le contexte de cette suspension, trois compagnies débitrices, Slater Steel Inc., Slater Stainless Corp. et Sorel Forge Inc. présentent une requête pour instructions en vertu de l'article 34 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* («la *L.F.I.*») ⁴ et de l'article 11 de la *L.A.C.C.* Il est précisé à l'audience que le litige ne concerne concrètement que Slater Stainless Corp. («Slater SC»), de sorte que la suite du jugement ne mentionne que cette seule requérante. Il est aussi précisé que la *L.F.I.* ne trouve aucune application directe en l'espèce.

[7] Les requérantes demandent à la Cour supérieure de condamner le ministre du Revenu du Québec («le M.R.Q.») à payer une somme de 1 207 260 \$ qui correspond au montant de déclarations de taxe de vente québécoise («TVQ») négatives produites par Aciers inoxydables Atlas, une division de Slater pour les mois d'avril et mai 2003.

[8] Le M.R.Q. conteste et invoque principalement son droit de compensation énoncé à l'article 31 de la *Loi sur le ministère du Revenu* ⁵ («la *L.M.R.*»), et subsidiairement le droit à la compensation *in equity*. La compensation judiciaire n'est pas invoquée.

LES FAITS

[9] Les parties au présent différend ont produit un *Agreed Statement of Facts*, daté du 16 février 2004.

[10] On peut y lire que le 4 décembre 2003, un règlement est intervenu entre les parties, aux termes duquel le M.R.Q. a remboursé des montants de TVQ pour les mois de juin à septembre 2003.

² Pièces R-3, R-4, R-10 et R-11.

³ Pièce R-13, paragraphe 3.

⁴ L.R.C. (1985), ch. B-3 telle que modifiée.

⁵ L.R.Q., c. M-31.

[11] Par contre, le 29 décembre 2003, le M.R.Q. a émis un avis de cotisation⁶ couvrant la période du 1^{er} novembre 2002 au 31 mai 2003 et établissant le total des droits comme suit:

- droits établis en fonction de la taxe que Slater doit remettre 1 059 729,00 \$
- remboursement de la taxe sur les intrants (368 239,92 \$)
- montant net dû au M.R.Q. 691 489,08 \$

[12] Le 12 novembre 2003, un affidavit détaillé a été souscrit par monsieur Douglas T. Brown, contrôleur interne de Slater Steel Inc., la compagnie-mère de Slater SC. Cet affidavit est versé en preuve de consentement.

[13] Monsieur Brown y affirme qu'au moment où l'ordonnance initiale a été émise, le M.R.Q. devait 548 354,70 \$ à Slater SC, à titre de remboursement de la TVQ sur les intrants.

[14] Depuis l'ordonnance initiale, Slater SC a dûment transmis au M.R.Q. des demandes de remboursement pour les mois de mai à septembre 2003.

[15] Selon monsieur Brown, la division Aciers inoxydables Atlas de Slater SC exporte la grande partie de sa production hors du Canada ce qui explique que, typiquement, ses rapports mensuels au M.R.Q. réclament un remboursement de la TVQ sur les intrants.

[16] Alors que le M.R.Q. a toujours eu l'habitude de payer promptement ce remboursement, le M.R.Q. n'avait encore rien remboursé au moment de l'affidavit (le 12 novembre 2003) et jusqu'à l'accord partiel du 4 décembre 2003.

[17] Monsieur Brown réfute un des motifs du M.R.Q. pour retenir le remboursement, soit que Slater SC aurait omis de transmettre sa déclaration mensuelle de février 2003 en rapport avec la *Loi concernant la taxe sur les carburants*. Monsieur Brown réfère à la documentation produite au dossier⁷. Ses affirmations à ce sujet ne sont pas contestées.

[18] Monsieur Brown invoque également une lettre que le M.R.Q. a transmise le 12 septembre 2003 en rapport avec le présent litige⁸, où Me Serge Bouchard, Directeur des Lois sur les taxes et l'administration fiscale, écrit au nom du ministère, notamment:

[L]orsqu'un inscrit en situation d'insolvabilité réclame un remboursement en vertu de la *Loi sur la taxe de vente du Québec* et qu'il n'a pas payé le montant de taxe payable au fournisseur, le Ministère peut évaluer l'opportunité d'établir, en vertu de l'article 25 de la *Loi sur le ministère du Revenu* (L.R.Q., c. M-31, ci-après «LMR»), une cotisation pour le montant de la taxe payable relative au RTI

⁶ Pièce R-12.

⁷ Pièce R-9, en liasse.

⁸ Pièce R-7.

réclamé conformément à la politique administrative fédérale à laquelle le régime provincial est harmonisé. Cette politique administrative est appliquée par le Ministère en matière de faillite, en matière de proposition concordataire ainsi que dans les dossiers mettant en cause la *Loi facilitant les transactions et arrangements entre les compagnies et leurs créanciers* (L.R.C. (1985), ch. C-36).

Conformément à cette politique, l'établissement de cette cotisation émise à l'égard de l'acquéreur insolvable ne vise pas à refuser le remboursement mais constitue plutôt un moyen de percevoir la taxe qui aurait dû être payée au fournisseur de la personne insolvable pendant les périodes «pré-arrangement» en permettant au Ministère d'opérer compensation conformément à l'article 31 de la *Loi sur le ministère du Revenu* avec les montants de remboursements réclamés à l'égard de ces périodes «pré-arrangement».

(soulignements ajoutés)

[19] Monsieur Brown dit voir dans cet extrait une admission à l'effet que le M.R.Q. prend l'initiative d'émettre un avis de cotisation parce que cette démarche est nécessaire pour que le M.R.Q. puisse invoquer les mécanismes de compensation énoncés à l'article 31 de la *L.M.R.*

[20] Monsieur Brown affirme que le refus de rembourser du M.R.Q. prive les compagnies débitrices de fonds de roulement indispensables au succès du plan de restructuration.

[21] Pour sa part, le M.R.Q. fait témoigner Madame Tran To-Uyen, un de ses agents de gestion financière. Elle indique avoir donné suite à une demande du Centre de perception fiscale (une entité au sein du ministère) d'enquêter sur le paiement de la TVQ par les requérantes, durant la période d'avril 2003 à juillet 2003.

[22] L'enquête a révélé que Slater SC demande remboursement de la TVQ, sans l'avoir payée aux fournisseurs concernés. Sur cette base, Madame Tran a établi une cotisation de 1 059 729 \$.

[23] Madame Tran explique que même si Slater SC a, en principe, droit à des crédits sur les intrants, le M.R.Q. applique en cas d'insolvabilité de l'acquéreur, l'énoncé de politique sur la TPS/TVH P-112R de l'Agence des douanes et du revenu du Canada («A.D.R.C.»)⁹, étant donné que les régimes de la taxe sur les produits et services (TPS) et de la TVQ sont harmonisés¹⁰.

[24] Madame Tran indique que son enquête a mené à l'établissement de l'avis de cotisation du 29 décembre 2003, réclamant le montant net de 691 489,08 \$¹¹.

⁹ Pièce R-8.

¹⁰ Cette justification est également énoncée à la lettre de Me Serge Bouchard agissant pour le M.R.Q. (pièce R-7).

¹¹ Pièce R-12.

[25] Cet avis de cotisation postule que les fournisseurs ne recevront jamais de Slater SC paiement de la TVQ en question et qu'éventuellement ils déclareront la créance irrécouvrable, déclenchant l'obligation pour le M.R.Q. de les rembourser suivant l'article 444 de la *L.M.R.*

[26] Madame Tran affirme qu'il n'y a pas de risque que le M.R.Q. encaisse une double cotisation car si jamais l'arrangement procurait un paiement quelconque aux fournisseurs, le M.R.Q. procéderait à recotiser Slater SC en conséquence.

[27] Madame Tran conclut que le M.R.Q. est justifié d'agir de la sorte pour se mettre à l'abri d'une double perte, survenant si jamais le ministère remboursait la TVQ sur les intrants à Slater SC puis remboursait le montant équivalent aux fournisseurs de Slater SC.

[28] Le M.R.Q. fait aussi témoigner Monsieur Mario Léonard, agent de recouvrement fiscal attaché au Centre de perception fiscale du ministère.

[29] Il produit un autre avis de cotisation ¹², émis le 5 août 2003, réclamant 205 546 \$ de Slater Steel Inc. en paiement de la taxe sur le capital, pour l'exercice financier de la contribuable ayant pris fin le 31 juillet 2002. À l'audience, les parties conviennent que la taxe sur le capital est due en fait par Slater SC et que la compensation de l'article 31 de la *L.M.R.* agit ici de plein droit.

QUESTIONS EN LITIGE

[30] Le Tribunal est appelé à déterminer si le M.R.Q. a transgressé la suspension judiciaire des procédures en émettant l'avis de cotisation du 29 décembre 2003 (R-12) de façon à se prévaloir de la compensation.

[31] Le Tribunal doit aussi donner effet à l'accord des parties quant à l'avis de cotisation du 5 août 2003 (I-1).

ANALYSE

[32] Il convient de rappeler que l'ordonnance initiale de la Cour supérieure de l'Ontario, dans le passage reproduit au paragraphe [3] ci haut, permet aux créanciers de Slater SC d'exercer leur droit à la compensation *to the extent permitted to do so pursuant to section 18.1 of the CCAA*. Cette disposition se lit comme suit:

18.1 Compensation – Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances, comme si elle était demanderesse ou défenderesse, selon le cas.

¹² Pièce I-1.

[33] Le Tribunal doit en conséquence vérifier si le M.R.Q. peut invoquer la compensation légale ou la compensation «*in equity*». L'analyse de la compensation légale requiert au préalable un examen des mécanismes de la *L.T.V.Q.* quant à la taxe payable par un acquéreur-entrepreneur-exportateur.

A) L'avis de cotisation du 29 décembre 2003

i) les mécanismes de la TVQ:

[34] L'acquéreur d'une fourniture taxable est assujéti au paiement d'une taxe correspondant à 7,5 % de la valeur de la contrepartie de la fourniture [article 16 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec* ¹³ («*la L.T.V.Q.*»)]

[35] L'acquéreur d'une fourniture taxable est assujéti au paiement d'une taxe correspondant à 7,5 % de la valeur de la contrepartie de la fourniture (article 16 de la *L.T.V.Q.*)

[36] Habituellement, l'acquéreur ne paie pas la taxe directement au M.R.Q. Plutôt, l'acquéreur la verse au fournisseur de la contrepartie, qui est tenu de la percevoir de l'acquéreur à titre de mandataire du M.R.Q. (article 442 de la *L.T.V.Q.*).

[37] Le fournisseur doit produire au M.R.Q. une déclaration périodique où il indique notamment les montants de taxes perçues ou devenues percevables au cours de la période d'année (articles 428, 437, 468 et 471 de la *L.T.V.Q.*). Ce fournisseur doit payer la TVQ facturée à un acquéreur, qu'il l'ait perçue ou non de celui-ci.

[38] Par contre, ce même fournisseur peut éventuellement récupérer la taxe ainsi payée s'il ne parvient à récupérer ni la contrepartie ni la taxe facturée, par radiation de cette créance en la comptabilisant comme une créance irrécouvrable (article 444 de la *L.T.V.Q.*).

[39] En conséquence, un laps de temps peut s'écouler durant lequel le M.R.Q. détient le montant de la taxe payée par un fournisseur qui ne l'a pas perçue et qui ne l'a pas encore radiée à titre de créance irrécouvrable.

[40] Certains acquéreurs ne sont pas des consommateurs, mais des entrepreneurs qui acquièrent les fournitures taxables dans le cadre de l'exploitation de leur entreprise et en vue de les revendre à autrui. Dans tel cas, les fournitures sont qualifiées d'intrants ¹⁴. Certains acquéreurs-entrepreneurs produisent des biens ou rendent des services qui, pour la plupart, sont exportés hors du Québec et par conséquent exemptés de TVQ. C'est le cas de la division Aciers inoxydables Atlas de Slater SC.

¹³ L.R.Q., c. T-0.1.

¹⁴ Curieusement, la *L.T.V.Q.* utilise à maintes reprises le vocable «intrant» sans le définir.

[41] L'acquéreur doit lui aussi produire une déclaration périodique au M.R.Q. (articles 468 et 470 de la *L.T.V.Q.*).

[42] L'acquéreur doit calculer sa taxe nette et l'indiquer sur sa déclaration. Ainsi, il doit :

- additionner les montants de taxes perçues ou devenues percevables auprès d'acquéreurs subséquents (dont il est le fournisseur); et
- soustraire les montants de remboursement de TVQ sur les intrants;

le tout pour la période visée par la déclaration (article 428 de la *L.T.V.Q.*).

[43] Dans le cas d'un acquéreur-entrepreneur-exportateur comme celui de Slater SC, la déclaration périodique est souvent «négative», en ce sens que c'est le M.R.Q. qui lui doit un remboursement. Le M.R.Q. doit alors rembourser avec diligence (articles 437 et 443 de la *L.T.V.Q.*).

[44] L'acquéreur qui produit une déclaration négative a droit à remboursement du M.R.Q. même s'il n'a pas encore payé à son fournisseur la TVQ correspondant à un intrant. On se souviendra que le fournisseur verse au M.R.Q. cette TVQ même s'il ne l'a pas encore perçue.

[45] On retrouve ici tous les éléments pouvant engendrer la double perte au sujet de laquelle témoigne madame Tran.

[46] Par contre, le M.R.Q. n'est pas lié par une déclaration positive ou négative que lui produit un fournisseur ou un acquéreur. Il peut faire une cotisation ou déterminer un remboursement (article 95.1 de la *L.M.R.*).

[47] Aussi, le M.R.Q. peut retenir un remboursement à une personne qui n'a pas produit ses déclarations et rapports exigibles en vertu d'une loi fiscale (article 30.1 de la *L.M.R.*).

[48] Enfin, le M.R.Q. peut opérer compensation entre un remboursement dû à un contribuable en vertu d'une loi fiscale et une dette de ce même contribuable à l'endroit du M.R.Q. (article 31 de la *L.M.R.*).

ii) la compensation légale:

[49] Dans le présent cas, le M.R.Q. dit s'être prévalu du droit de faire enquête face aux demandes de remboursement de Slater SC et avoir émis l'avis de cotisation du 29 décembre 2003, de façon à pouvoir bénéficier du droit à la compensation que lui confère l'article 31 de la *L.M.R.*

[50] Les parties conviennent, dans le sillage de l'arrêt *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Expotronics inc.*¹⁵, que le législateur québécois a voulu qu'en pareille matière fiscale, les règles de la compensation légale soient exprimées spécifiquement à la *L.M.R.* plutôt que généralement *Code civil du Québec*.

[51] Slater SC plaide que l'avis de cotisation du 29 décembre 2003 et l'enquête qui l'a précédé constituent «*a Proceeding*» au sens de l'ordonnance d'homologation de la juge Cohen. Elle cite des autorités à cet effet.

[52] Le M.R.Q. plaide que l'avis de cotisation en question n'est qu'une mesure de détermination et d'exigibilité de la part du fisc et nullement une mesure de recouvrement. Il cite des autorités à l'appui de cette thèse.

[53] Dans *Vachon c. Commission de l'emploi et de l'immigration*¹⁶, ayant à appliquer la *Loi sur la faillite* (telle que dénommée à l'époque), la Cour suprême du Canada a statué que le concept de suspension de toute «action, exécution ou autres procédures» devait s'interpréter largement et comprenait toute espèce de recouvrement tant judiciaire qu'extrajudiciaire.

[54] En 1992, la Cour supérieure a retenu la même interprétation libérale dans *Steinberg inc. c. Gale*¹⁷, à l'égard d'une plainte par un employé logée auprès de la Commission ontarienne des droits de la personne. Il a été jugé que, suivant l'article 11 de la *L.A.C.C.*, l'adjudication de cette plainte était automatiquement suspendue.

[55] En 2000, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a aussi interprété largement le concept de «procédures» énoncé à la *L.A.A.C.* dans *Re: United Used Auto & Truck Parts Ltd*¹⁸. Dans cette affaire, le juge Tysoe a invalidé une saisie-arrêt de l'A.D.R.C. concernant des montants de TPS dus par la compagnie débitrice au début de la période de l'arrangement.

[56] Le cas spécifique de l'émission par le fisc d'un avis de cotisation a été analysé par la Cour canadienne de l'impôt dans *Manago c. M.N.R.*¹⁹. Il a été décidé que cette initiative contrevenait à la prohibition d'instituer une action ou des procédures, tel que stipulé à l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le juge Kemp écrivait:

[T]he phrase "action or proceedings to recover" is not confined to proceedings that are solely legal in nature. The subject phrase is worded broadly enough to encompass and include the administrative act of recovery of the liability in the form of a noticed of assessment or reassessment (à la page 1893).

¹⁵ REJB 1998-06628 (C.A.).

¹⁶ [1985] 2 R.C.S. 417.

¹⁷ J.E. 92-1790 (C.S.).

¹⁸ (2000) 20 C.B.R.(4th) 289.

¹⁹ (1990) 90 DTC 1889. Cité avec approbation dans *Larocque et al. c. M.R.N.*, (1991) 91 DTC 899 (Cour canadienne de l'impôt) et dans *Osborne et al. c. M.R.N.*, (1991) DTC 1283 (Cour canadienne de l'impôt).

[57] Par contre, dans *Léo Beauchesne inc. c. La Reine*²⁰, la Cour fédérale a défini comme suit une cotisation fiscale:

La cotisation est un acte administratif spécifiquement réglementé mais rien ne permet de dire, à mon avis, qu'elle est plus que l'établissement d'une créance d'impôt et sa réclamation dans les formes voulues par la loi. Pour prouver sa créance, le Ministre doit cotiser, mais sa créance existe et elle est certes prouvable en elle-même avant la cotisation, au même titre que toute autre créance présente et future (au paragraphe 10).

[58] Il faut noter que la Cour fédérale répondait alors à une toute autre question, soit de savoir si le fisc détenait une réclamation prouvable au sens de la *Loi sur la faillite* avant que le contribuable ait reçu la cotisation correspondante.

[59] Dans *Re: Norris*²¹, le registraire Browne de la Cour suprême de l'Ontario (telle qu'elle s'appelait à l'époque) a décidé que l'émission d'un avis de cotisation en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contrevenait pas à l'article 49 de la *Loi sur la faillite* (maintenant l'article 69 de la *L.F.I.*):

[O]n the basis of the material before me the assessment process herein was of an administrative nature, not a process to enforce a claim. I conclude that the November 1986 assessment not to be «any action, execution or other proceeding for the recovery of a claim provable in bankruptcy» (aux pages 6 et 7).

(soulignements du Tribunal)

[60] On peut constater qu'il s'agissait d'un cas où, à la suite d'une cession de biens, le syndic avait requis que Revenu Canada fournisse des détails quant à sa preuve de réclamation au sujet d'une créance évaluée à 9 960,93 \$. Le syndic s'était ensuite objecté quand Revenu Canada avait donné suite à cette demande en émettant un avis de cotisation audit montant.

[61] Le juge Anderson a sommairement rejeté un appel logé à l'encontre de cette décision du registraire²².

[62] Parmi plusieurs jugements qui distinguent la cotisation fiscale, d'une part, de l'avis de cotisation, d'autre part, le Tribunal retient ce passage du jugement dans *Dominion of Canada General Insurance Co. c. The Queen*²³ où le juge McNair écrivait ce qui suit:

An *assessment* is administrative process within the exclusive function of the Minister culminating in the ascertainment and fixation of tax liability in

²⁰ 1977 CarswellNat 496 et [1977] 2 C.F. 573 (Cour fédérale, division de première instance).

²¹ 1988 CarswellOnt 136 et (1988) 67 C.B.R. (n.s.) 246 (Cour suprême de l'Ontario).

²² *Ibidem*.

²³ (1984) C.T.C.190 (Cour fédérale du Canada, division de première instance).

accordance with the requirements of the statute. The minister is not necessarily bound by the taxpayer's return but he may quite properly accept it as correct and fix the tax liability accordingly. The assessment and the notice of assessment are different things; the one is an operation, the other a piece of paper. But the two are inextricably bound together and the assessment itself cannot be regarded as complete until the notice of assessment has been effectively given (à la page 196).

(soulignements du Tribunal)

[63] De ce survol jurisprudentiel, le Tribunal retient que l'avis de cotisation énonce la prise de position de l'autorité fiscale dans un cas spécifique. Dans certains cas, l'avis de cotisation joue un rôle passif, notamment quand il exprime un accord avec la position du contribuable ou quand il n'est ni plus ni moins qu'un état de compte mis à jour.

[64] Dans d'autres cas, l'avis de cotisation joue un rôle actif, quand le fisc énonce une base de réclamation par le fisc non exprimée jusque là.

[65] L'avis de réclamation du 29 décembre 2003 (pièce R-12) appartient à cette deuxième catégorie. Il ne se contente pas de refléter le *statu quo*. Plutôt il énonce une nouvelle position du M.R.Q. au terme de l'enquête confiée à Madame Tran.

[66] Cet avis de cotisation modifie le *statu quo* en complétant les démarches préalables pour que le M.R.Q. puisse invoquer les effets de la compensation prévue à l'article 31 de la *L.M.R.*

[67] Me Serge Bouchard le reconnaît clairement quand il écrit le 12 septembre 2003 au nom du M.R.Q.:

[L]'établissement de cette cotisation émise à l'égard de l'acquéreur insolvable ne vise pas à refuser le remboursement mais constitue plutôt un moyen de percevoir la taxe qui aurait dû être payée au fournisseur de la personne insolvable pendant les périodes «pré-arrangement» en permettant au Ministère d'opérer compensation conformément à l'article 31 de la *Loi sur le ministère du Revenu* avec les montants de remboursements réclamés à l'égard de ces périodes «pré-arrangement».

(soulignements du Tribunal)

[68] Ainsi, le M.R.Q. reconnaît qu'avant de pouvoir invoquer compensation, il doit prendre une initiative qui lui permette de liquider sa créance à l'endroit du contribuable²⁴.

[69] En agissant ainsi, le M.R.Q. tente de se prévaloir de mécanismes de perception que lui procurent les lois fiscales, si bien qu'il s'avantage par rapport aux autres

²⁴ Comme l'indique le Profil d'argumentation du M.R.Q., à la page 15.

créanciers de la compagnie débitrice. Or, cela contrevient au principe énoncé à l'article 18.4 de la *L.A.C.C.*, à l'effet que les réclamations de la Couronne prennent rang comme réclamations non garanties.

[70] Par conséquent, le M.R.Q. ne pouvait se prévaloir de la compensation légale édictée à l'article 31 de la *L.M.R.* Sa créance n'était pas liquide en date de l'ordonnance initiale.

[71] Le Tribunal précise qu'il n'est pas lié par l'énoncé de politique 112R émis par l'A.D.R.C., d'autant plus qu'il n'est pas démontré que le régime fédéral de la TPS et le régime québécois de la TVQ, tout en étant harmonisés, produisent des solutions juridiques identiques dans le présent cas.

iii) la compensation «*in equity*»

[72] Tel que mentionné au paragraphe [8] ci-haut, le M.R.Q. invoque subsidiairement son droit à la compensation «*in equity*», sujette à des conditions plus souples que la compensation légale.

[73] L'*equitable set-off* est un concept issu du droit britannique qui, de pair avec le *statutory right of set-off*, s'applique partout au Canada ailleurs qu'au Québec, et peut être aussi au Québec, ce qu'il faut justement vérifier à cette étape du jugement.

[74] Au Royaume-Uni, le droit de la faillite résulte de la fusion des règles de la *common law* encadrant le *legal set-off* et des règles émanant des *Courts of equity*, qui avaient circonscrit la notion distincte d'*equitable set-off*²⁵.

[75] En voici une description:

Cette compensation en *equity* ne s'opère que lorsque les parties ont les «mains propres». Elle permet la compensation de dettes qui ne sont pas liquides. De plus, l'exigence de réciprocité est tempérée, de sorte que la compensation peut être reconnue même lorsque l'une des dettes a été cédée. L'existence d'une certaine connexité entre les dettes est toutefois essentielle.

La Cour suprême du Canada, dans *Holt c. Telford*, reconnaît ainsi les grandes lignes de cette notion de compensation en *equity*:

On peut recourir à la compensation en *equity* lorsqu'on réclame une somme d'argent, que celle-ci soit ou non déterminée. Voir *Aboussafy c. Abacus Cities Ltd.*, [1981] 4 W.W.R. 660 (C.A. Alb.), p. 666. Plus important encore

²⁵ André RIVEST, «Des intrus en matière de faillite: l'exception en nature et la compensation *in equity*» dans, *Développements récents en droit des contrats*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2000, à la page 71; André BÉLANGER, «L'application en droit civil québécois de l'inapplicable *equitable set-off* de *common law*», (1999) 78 *R. du B. can.* 486.

dans le contexte de la présente affaire, on peut y recourir lorsqu'il y a eu cession. Il n'y a aucune exigence de réciprocité.²⁶

[76] C'est à cette dualité que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* fait référence quand, à l'article 183, il est édicté ce qui suit:

183(1) Tribunaux compétents – Les tribunaux suivants possèdent la compétence *en droit et en equity* qui doit leur permettre d'exercer la juridiction de première instance, auxiliaire et subordonnée en matière de faillite et en d'autres procédures autorisées par la présente loi [. . .]

[77] Dans *Holt c. Telford*²⁷, la Cour suprême du Canada a édicté que la législation albertaine encadrant le *legal set-off* n'empêchait pas d'évoquer l'*equitable set-off* dans cette province.

[78] Une certaine controverse a prévalu au Québec quant à savoir si, en matière de faillite, il était possible d'invoquer des règles de compensation autres que celles énoncées au *Code civil du Bas-Canada*, puis au *Code civil du Québec*. L'auteur Bernard Reis²⁸ concluait par la négative en 1971²⁹, invoquant notamment la position de la Cour du Banc du Roi dans l'arrêt *Peacock c. The Mile End Milling Co. Ltd.*³⁰.

[79] Par contre, en 1998, la Cour d'appel du Québec rendait jugement dans *Structural (1982) inc. c. Fernand Gilbert Ltée*³¹ et concluait qu'il y avait lieu d'appliquer au Québec les règles de l'*equitable set-off*, telles que reconnues en droit canadien et énoncées par la Cour suprême dans *Holt c. Telford*.

[80] La Cour d'appel a réitéré cette position en 1999 dans son arrêt *In re: D'Auteuil (Syndic de)*³², puis en 2000 dans son arrêt *Nolisair International inc. (Syndic de) c. Wings of the West Inc.*³³.

[81] Cet emprunt au droit britannique (ou britannico-canadien) a soulevé les critiques des auteurs Rivest et Bélanger³⁴, notamment. Réduit à sa plus simple expression, leur argumentation soutient que, selon la constitution canadienne, les règles de la compensation relèvent exclusivement de la législature provinciale, si bien qu'au Québec, nulle compensation ne saurait être reconnue qui ne soit énoncée au *Code civil*.

²⁶ André RIVEST, précité, note 23, à la page 87.

²⁷ [1987] 2 R.C.S. 193.

²⁸ André RIVEST, précité, note 23, à la page 90.

²⁹ Bernard REIS, «Effect of Transfer and Bankruptcy on the Possibility of Compensation», [1971] 31 R. du B. 113.

³⁰ (1924) 37 B.R. 221.

³¹ (1998) R.J.Q. 2686 (C.A.).

³² [1999] J.Q. no 1218; J.E. 99-684 (C.A.).

³³ [2000] J.Q. no 2788; AZ-50078174 (C.A.).

³⁴ Voir la note 23.

[82] La situation a évolué en 2001 quand le Parlement du Canada a adopté la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*³⁵, dans le but déclaré de reconnaître le bi-juridisme canadien et de préciser que la législation fédérale fait appel, à titre supplétif, aux règles de droit des provinces en matière de propriété et de droits civils³⁶.

[83] Une des dispositions de cette loi³⁷ consistait à amender l'article 183 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, de sorte que le segment reproduit au paragraphe [73] ci-haut ne s'applique plus au Québec, du fait notamment de l'introduction d'un nouveau paragraphe 1.1, comme suit:

183.

[. . .]

(1.1) Dans la province de Québec, la Cour supérieure possède la compétence pour exercer la juridiction de première instance, auxiliaire et subordonnée en matière de faillite et en d'autres procédures autorisées par la présente loi [. . .]

[84] Certains ont pu penser que le législateur fédéral retirait aux tribunaux québécois la capacité d'appliquer autant l'*equity* que le droit commun en matière de faillite et d'insolvabilité.

[85] Cependant, la situation a été tirée au clair quand en 2003, la Cour d'appel s'est de nouveau penchée sur la question dans *'Affaire de la faillite de: Montreal Fast Print Ltd. c. Édifice 9500 inc.*³⁸. C'est aux motifs de la juge Rousseau-Houle, dissidente, que l'on trouve les commentaires les plus élaborés. Bien que les deux autres juges aient disposé de façon opposée à ce quelle proposait, c'est sur la base d'une *ratio decidendi* qui ne remet pas en question l'analyse de la juge Rousseau-Houle.

[86] La juge Rousseau-Houle se penche d'abord sur l'impact de la *Loi d'harmonisation n° 1*, en particulier quant à la nouvelle rédaction de l'article 183 *L.F.I.* pour statuer que les amendements législatifs n'ont en rien affecté les pouvoirs de la Cour suprême en matière de faillite:

70 La suppression des mots "in equity" n'a pas pour effet de restreindre la compétence de la Cour supérieure. Celle-ci est un tribunal de droit commun, non une Cour de Chancellerie. Elle se prononce en première instance sur toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal (art. 31 C.p.c.). Elle détient tous les pouvoirs requis pour l'exercice de cette compétence (art. 46 C.p.c.) et il n'est pas nécessaire, comme le mentionne justement le juge Guthrie, dans l'affaire *Castor Holding Ltd (Syndic de)*, J.E. 99-2246 (C.S.), d'importer le concept de juridiction in equity pour ajouter

³⁵ L.C. 2001, ch. 4.

³⁶ Voir le Sommaire de la Loi.

³⁷ Partie 4, article 33.

³⁸ [2003] J.Q. 7151.

à sa compétence générale. L'ancienne disposition de l'article 183(1) L.F.I. ne visait donc qu'à assurer que les cours supérieures de common law exercent leur compétence en droit et en équité lorsqu'elles exercent leur compétence générale. Cet article n'accordait pas à la Cour supérieure du Québec, quand elle exerce sa compétence en matière de faillite, un pouvoir additionnel à celui qu'elle possède déjà. La modification était néanmoins attendue, car pour un civiliste l'"equity" ne peut remplacer la règle de droit.

[87] La juge Rousseau-Houle se demande ensuite dans quelle mesure les tribunaux québécois peuvent, quand le droit civil ne permet pas d'invoquer compensation légale, admettre l'application de la compensation *in equity* telle que développée par les tribunaux, et qui ne se préoccupe pas du moment où une créance connexe devient exigible.

[88] La juge Rousseau-Houle constate que la solution importée des *Courts of Equity* à son équivalent en France:

76 On constate que le droit français est parvenu à une solution similaire à celle de l'équitable set-off de common law en instaurant, par voie prétorienne, la compensation de dettes connexes. Inspirés par la doctrine, les tribunaux français admettent que la compensation peut jouer exceptionnellement même lorsque les conditions de liquidité ou d'exigibilité, requises par l'article 1291 C.N. qui correspond à l'article 1673 C.c.Q., ne sont réunies que postérieurement à la mise en faillite dans l'hypothèse où les dettes sont connexes. Cette solution élaborée il y a plus d'un siècle n'est pas fondée sur la notion d'équité, mais uniquement sur le lien de connexité résultant, soit d'un même rapport synallagmatique, soit de la convention des parties qui ont elles-mêmes prévu la réciprocité de leurs obligations fongibles ou encore parce qu'il existe entre les dette réciproques un lien au titre d'une communauté d'objet et de cause des différents contrats. Un rapprochement est fait dans certains cas avec l'exception d'inexécution.

[. . .]

80 La compensation de dettes connexes en droit français de même que l'équitable set-off en common law constituent des exemples d'application de justice au cas par cas. Tandis que la solution française est une solution automatique, le juge n'ayant pas le libre choix de son application, la solution de common law a l'avantage de permettre une analyse de la pertinence d'application d'une solution compensatoire. Une certaine analogie peut être faite avec la compensation judiciaire, mais puisque le débiteur créancier n'a plus de recours contre le failli, il revient au syndic de déterminer l'existence d'une connexité suffisante entre les deux dettes. La solution *in equity* est, à mon avis, plus cohérente que l'approche judiciaire du droit français.

[89] La juge Rousseau-Houle note deux arrêts de la Cour d'appel où, sans recourir directement à la doctrine de l'*equitable set-off*, la compensation de dettes connexes a été reconnue, par interprétation des dispositions de la *L.F.I.*³⁹.

[90] S'appuyant sur les nouveaux articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*⁴⁰ (fédérale), la juge Rousseau-Houle conclut que les tribunaux québécois doivent reconnaître le droit à la compensation de dettes connexes en matière de faillite, comme suit:

90 La compensation de dettes connexes, en matière de faillite, confère une certaine priorité à un créancier ordinaire en lui procurant un moyen de défense qui lui évite de concourir avec les autres créanciers lorsque les créances, bien que n'étant devenues exigibles qu'après la faillite, sont si étroitement liées qu'il aurait été injuste d'exiger le paiement de l'un sans autoriser la compensation de l'autre. Cette compensation a été développée pour répondre à un besoin de justice tout aussi présent en droit civil qu'en common law.

91 Peut-être devrait-on codifier cette règle car on peut se demander si pour réaliser un changement aussi substantiel, que le remplacement du droit commun québécois par un autre, il ne faudrait pas que la volonté du législateur soit plus clairement manifestée. Dans l'état actuel du droit, j'estime néanmoins que la jurisprudence de notre Cour qui reconnaît qu'en matière de faillite les dispositions du Code civil sur la compensation s'appliquent pourvu que les créances réciproques existaient au moment de la faillite mérite d'être suivie.

(soulignements du Tribunal)

[91] Au nom de la majorité dans l'arrêt *Montreal Fast Print*, le juge Chamberland aborde la question des règles de la compensation (au paragraphe 47). Mais il ne tranche pas cette question car, selon son analyse du cas d'espèce, il n'y a pas dettes réciproques, mais plutôt une dette de la partie A à la partie B et une dette de la partie B à la partie C.

[92] Quant au juge Beauregard, qui arrive à la même conclusion que le juge Chamberland (voir paragraphe 49), il indique ne pas vouloir se prononcer sur la question de la compensation *in equity*, car elle n'a pas été adéquatement plaidée en Cour supérieure non plus qu'en Cour d'appel (au paragraphe 58).

[93] Par conséquent, le Tribunal considère que l'état du droit québécois est exprimé par la juge Rousseau-Houle. Il y a lieu à compensation de dettes connexes, même si une créance n'est pas immédiatement exigible, quand telles dettes sont si étroitement liées qu'il serait injuste d'exiger de l'une sans autoriser la compensation de l'autre.

³⁹ *In re: Hil-A-Don Ltd.: Banque de Montréal c. Kwiat*, [1975] C.A. 157; *Lavolette c. Mercure*, [1975] C.A. 599.

⁴⁰ L.R.C. [1985], ch. I-21.

[94] En matière de compensation il y a un lien évident entre l'article 18.1 de la *L.A.C.C.* et le paragraphe (3) de l'article 97 de la *L.F.I.*⁴¹.

[95] Le Tribunal applique donc au présent cas les règles de la compensation de dettes connexes énoncées par la juge Rousseau-Houle à l'arrêt *Montreal Fast Print*.

[96] Le Tribunal constate la présence de deux dettes connexes et réciproques, se manifestant

- a) par le même rapport synallagmatique entre l'autorité fiscale et le contribuable, en rapport avec le paiement et le remboursement de la TVQ; et
- b) par la réciprocité découlant d'une communauté d'objet et de cause, à savoir l'interaction entre le créancier et le débiteur d'une taxe.

[97] En l'espèce, même si la créance du M.R.Q. n'était pas liquide et exigible en date de l'ordonnance initiale, il serait injuste d'exiger que le M.R.Q. doive rembourser des crédits d'intrants à Slater SC alors que celle-ci n'a jamais payé la TVQ sur les intrants en question et en est ultimement redevable en tant qu'acquéreur des fournitures taxables.

[98] Le Tribunal conclut que le M.R.Q. bénéficie de la compensation de dettes connexes par application de l'article 18.1 de la *L.A.C.C.* et qu'il peut à l'endroit de Slater SC invoquer sa créance de 1 059 729 \$ établie par l'avis de cotisation du 29 décembre 2003.

B) L'avis de cotisation pour la taxe sur le capital

[99] Tel que mentionné au paragraphe [29] ci-haut, le M.R.Q. a émis le 5 août 2003 un avis de cotisation (pièce I-1) réclamant de Slater SC le montant de 205 546 \$ en paiement de la taxe sur le capital pour l'exercice financier terminé le 31 juillet 2002.

[100] Slater SC convient que la compensation légale agit de plein droit, étant donné que la taxe sur le capital était exigible bien avant les ordonnances initiales et non pas seulement au moment de l'émission de l'avis de cotisation en question le 5 août 2003. En d'autres mots, Slater SC convient que cet avis de cotisation joue un rôle passif, au sens de la distinction énoncée aux paragraphes [60] et [61] ci-haut.

[101] Par conséquent, le M.R.Q. bénéficie de la compensation légale par application de l'article 18.1 de la *L.A.C.C.* et peut invoquer sa créance de 205 546 \$ reflétée mais non établie par l'avis de cotisation du 5 août.

⁴¹ P.L.W. HOULDEN et G.B. MORAWETZ, The 2004 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act, Thomson Carswell, 2003, à la page 1147.

RÉCAPITULATION

[102] Slater SC invoque une créance de 1 207 260 \$ à l'égard du M.R.Q. Celui-ci a droit à compensation pour deux créances de 1 059 729 \$ et 205 746 \$ respectivement, le tout totalisant 1 265 275 \$.

[103] Par conséquent, Slater SC n'a pas droit aux conclusions recherchées.

PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL:

[104] **REJETTE** la Requête pour instructions;

[105] **AVEC DÉPENS.**

PIERRE-C. GAGNON, J.C.S.

Me Louis Tassé
Me Serge F. Guérette
Fasken Martineau
Procureurs des requérantes

Me Pierre Bouchard
Veillette & Associés
Procureur de l'intimé

Me Sébastien Guy
Me Nassif BouMalhab
Blake, Cassels & Graydon
Procureurs du Contrôleur

Dates d'audience : Les 15 mars, 17 mars et 28 mai 2004

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-017889-072
(700-11-008363-063)

DATE : 18 décembre 2008

**CORAM : LES HONORABLES J.J. MICHEL ROBERT, J.C.Q.
JEAN-LOUIS BAUDOIN, J.C.A.
ALLAN R. HILTON, J.C.A.**

Dans l'affaire de la faillite de:
DALTECH ARCHITECTURAL INC.
faillie

et
RAYMOND CHABOT INC.
APPELANTE/Syndic intimé

et
SEPT FRÈRES CONSTRUCTION INC.
INTIMÉE/Requérante

et
CENTRE HOSPITALIER PIERRE-BOUCHER

et
OFFICE MUNICIPAL D'HABITATION DE MONTRÉAL
MIS-EN-CAUSE/Mis en cause

et
PORTRONIK A.T. LTÉE
MISE EN CAUSE FORCÉE

et
ASSOCIATION DE LA CONSTRUCTION DU QUÉBEC
MISE EN CAUSE/Intervenante

ARRÊT

- [1] **LA COUR**; - Statuant sur le pourvoi contre un jugement prononcé le 29 juin 2007 par la Cour supérieure, district de Terrebonne (l'honorable Daniel H. Tingley), qui a accueilli la requête de l'intimée en déclarant qu'elle ne doit pas payer à Daltech Architectural Inc. et, par conséquent à l'appelante, 91 943,64 \$.
- [2] Après avoir étudié le dossier, entendu les parties et délibéré;
- [3] Pour les motifs du juge en chef, auxquels souscrivent les juges Baudouin et Hilton;
- [4] REJETTE l'appel;
- [5] CONFIRME le jugement rendu le 29 juin 2007 par la Cour supérieure.
- [6] **LE TOUT** avec dépens.

J.J. MICHEL ROBERT, J.C.Q.

JEAN-LOUIS BAUDOIN, J.C.A.

ALLAN R. HILTON, J.C.A.

Me Sylvain Lallier
Prévost, Fortin, D'Aoust
Pour l'appelante

Me Dominique Zaurrini
Zaurrini Avocats
Pour l'intimée

Me Marie-Ève Lajoie
Monette, Barakett
Pour le Centre Hospitalier Pierre-Boucher

Me Marc Ouellet (absent)
Me Bernard Synnott (absent)
Fasken, Martineau, DuMoulin
Pour l'Office municipal d'habitation de Montréal

500-09-017889-072

PAGE : 3

Me Véronica Mollica (absente)
Miller, Thomson, Pouliot
Pour la mise en cause forcée

Me Yves Poirier
DeGrandpré, Chait
Pour l'Association de la Construction du Québec

Date d'audience : 15 octobre 2008

MOTIFS DU JUGE EN CHEF

[7] L'appelante se pourvoit contre un jugement prononcé le 29 juin 2007 par la Cour supérieure, district de Terrebonne (l'honorable Daniel H. Tingley), qui a accueilli la requête de l'intimée en déclarant qu'elle ne doit pas payer à Daltech Architectural Inc. (ci-après « faillie ») et, par conséquent à l'appelante, 91 943,64 \$.

FAITS

[8] L'appelante agit en tant que syndic de faillite pour la faillie.

[9] L'intimée est entrepreneure générale.

[10] L'intervenante est l'Association de la construction du Québec.

[11] Un contrat d'entreprise générale a été octroyé à l'intimée par le Centre hospitalier Pierre-Boucher (ci-après « Centre hospitalier »), mis en cause, pour un projet d'agrandissement de son centre hospitalier.

[12] L'intimée a conclu un contrat de sous-traitance (ci-après « Contrat ») avec la faillie pour l'exécution de certains travaux lors de la construction du projet mentionné au paragraphe précédent.

[13] La faillie a ensuite octroyé un contrat à un sous-entrepreneur, Portronik A.T. Ltée (ci-après « Portronik »), mise en cause forcée, pour l'installation de portes dans le cadre du même projet.

[14] Le 13 septembre 2005, Portronik dénonce son contrat en sous-traitance au Centre hospitalier.

[15] Le 6 juillet 2006, Daltech fait cession de ses biens conformément aux dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹. L'appelante est alors nommée syndic à la faillite.

[16] D'une part, un solde de 148 816,47 \$ reste impayé par l'intimée à la faillie pour les travaux qu'elle a effectués et, d'autre part, une créance de 91 946,64 \$ demeure impayée par la faillie à Portronik.

[17] Le 18 juillet 2006, à la suite de la faillite, Portronik publie un avis d'hypothèque légale au montant de 91 943,64 \$ contre l'immeuble du Centre hospitalier.

¹ L.R.C. 1985, ch. B-3.

[18] Le même jour, Portronik transmet à l'intimée et à sa caution, La Garantie, compagnie d'assurances de l'Amérique du Nord, une lettre de mise en demeure leur réclamant le solde contractuel susmentionné au paragraphe [10].

JUGEMENT DONT APPEL

[19] Le juge du procès débute son analyse en affirmant que la créance de l'intimée (créée par le Contrat) et de Portronik (créée par la dénonciation de son contrat) sont des créances garanties². Il estime que le droit de rétention de l'intimée prend naissance dès la conclusion du Contrat tandis que, s'appuyant sur l'arrêt *Armor Ascenseur Québec Ltée c. Caisse de dépôt et de placement du Québec*³, l'hypothèque légale de Portronik existe dès sa date de dénonciation au Centre hospitalier.

[20] Partant de la prémisse que les arrêts *D.I.M.S. Construction*⁴, *Husky Oil*⁵ et *A.N. Bail Co.*⁶ impliquent des créanciers ordinaires, il rejette leur application à la présente affaire.

[21] Il souligne que la faillie, en vertu de l'article 6.4 du Contrat, ne peut exiger le paiement complet de sa réclamation sans soumettre de déclaration sous serment⁷.

[22] S'étant substituée à Daltech en raison de faillite, l'appelante, selon le premier juge, doit également assumer les obligations du Contrat si elle veut en bénéficier⁸.

[23] Puis, le premier juge affirme que la faillie doit, dans un premier temps, payer la créance de Portronik afin d'obtenir la radiation de son hypothèque légale.

[24] Il conclut son jugement en déclarant que l'intimée ne doit pas à la faillie et, par conséquent, à l'appelante la somme de 91 943,64 \$. Il permet au Centre hospitalier de payer la somme susmentionnée au sous-entrepreneur de la faillie, à savoir Portronik.

QUESTIONS EN LITIGE

[25] Les questions posées par l'appelante sont les suivantes :

1. Le premier juge a-t-il commis une erreur de droit en considérant que le débat impliquait des créanciers garantis?

² Jugement dont appel, paragr. 27.

³ [1981] 1 R.C.S. 12.

⁴ *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 564 [*D.I.M.S.*].

⁵ *Husky Oil Operations Ltd c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [1995] 3 R.C.S. 453 [*Husky*].

⁶ *A.N. Bail c. Gingras*, [1982] 2 R.C.S. 875 [*Bail*].

⁷ Jugement dont appel, paragr. 29.

⁸ Jugement dont appel, paragr. 30.

2. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en permettant l'opposabilité des clauses 6.4, 7.1 et 7.2.1 du contrat de sous-traitance liant l'intimée à Daltech au syndic?
3. Les droits de rétention et, par conséquent, de compensation de l'intimée existaient-ils à la date de la faillite de Daltech?

PRÉTENTIONS DES PARTIES

[26] De prime abord, il faut noter le désaccord des parties relativement à la somme due à l'appelante, cette dernière affirme que l'intimée reconnaît lui devoir 148 816,47 \$ alors que l'intervenante prétend rectifier le tir en affirmant que l'intimée demande plutôt que 91 943,64 \$ en soient retranchés.

[27] En ce qui concerne la première question, l'appelante prétend que la première erreur du juge réside dans le fait d'avoir qualifié l'intimée et Portronik de créanciers garantis. Elle affirme que le statut de créancier garanti doit être analysé en deux temps soit, premièrement, sous l'angle de la relation contractuelle existant, au moment de la faillite, entre l'intimée et la faillie et, deuxièmement, sous celle existant entre la faillie et Portronik.

[28] En ce qui concerne la créance de l'intimée, l'appelante base son argumentation sur le fait que le juge de première instance a erré en faisant reposer sa démonstration sur le droit de rétention contractuel de celui-ci et non sur la loi comme l'exige l'article 2 *L.F.I.*

[29] Quant à la créance de Portronik, elle soutient que le fait, pour elle, de détenir une hypothèque légale de la construction sur un immeuble appartenant au Centre hospitalier n'a pas de pertinence, cette relation contractuelle n'étant pas ici en cause.

[30] L'intimée rétorque que l'appelante n'a pas démontré ce en quoi l'erreur du premier juge, relativement à la qualification des créances de l'intimée et de Portronik, est déterminante. De plus, elle prétend que la notion même de créancier garanti est inutile en l'espèce, car l'appelante est liée par les conditions du contrat intervenu entre elle et la faillie.

[31] Elle avance également que le paiement fait à Portronik par le Centre hospitalier est non seulement permis par l'article 2123 *C.c.Q.*, mais nécessaire pour éviter une vente en justice de l'immeuble. Par ailleurs, l'intimée affirme que son droit de rétention à l'égard de la faillie découle de l'article 1591 *C.c.Q.*

[32] Elle soutient que si la compensation s'applique dans la présente affaire, la notion de créancier privilégié n'existe plus, il s'agit d'une exception dans le droit de faillite.

[33] Relativement à la deuxième question, l'appelante plaide que le premier juge a commis une erreur déterminante en considérant, premièrement, que le Contrat lui était opposable et, deuxièmement, en l'utilisant pour permettre la compensation entre les sommes dues par l'intimée à l'appelante et celles dues par la faillie à Portronik.

[34] Selon elle, la question doit être traitée selon les principes de l'arrêt *A.N. Bail*⁹. En permettant la compensation, elle considère que le premier juge a transformé la créance ordinaire en créance garantie.

[35] L'intimée réplique que la présente affaire doit être distinguée de l'arrêt *A.N. Bail*¹⁰, puisque la clause contractuelle étudiée dans cet arrêt est facultative, contrairement à la présente affaire.

[36] De plus, elle soulève qu'elle risque de devoir faire deux fois le même paiement en raison de l'inscription d'une hypothèque légale de la construction.

[37] L'intimée affirme que la faillie devait, eu égard au Contrat¹¹, soumettre une déclaration sous serment afin d'obtenir des paiements. Par conséquent, l'appelante ne pourrait exiger paiement car ni la faillie ni l'appelante n'a rempli ses obligations pour y avoir droit.

[38] En ce qui concerne la troisième question, l'appelante avance que le juge du procès aurait dû se placer au moment où Daltech fit cession de ses biens pour trancher le litige. Elle estime qu'au moment de la faillite, l'intimée n'était pas détentrice d'une créance à l'encontre de la faillie. Or, ce n'est qu'à partir du moment où l'intimée paie Portronik qu'elle peut se considérer telle.

[39] Référant à l'arrêt *D.I.M.S. Construction*¹², l'appelante prétend que ce dernier arrêt et la présente affaire présentent suffisamment de similitudes pour que ses principes s'appliquent *mutatis mutandis*, notamment à savoir que : « [s]i des tiers ont acquis des droits avant que ne s'ouvre le droit à la compensation, l'article 1681 C.c.Q. en prohibe l'action »¹³.

[40] L'intimée réplique que la présente affaire ne doit pas être considérée sous l'angle de la compensation. La faillie, par extension l'appelante, ne possède pas, selon elle, de créance liquide et exigible qu'elle peut faire valoir contre l'intimée.

[41] Enfin, l'intimée souligne la distinction existant entre l'arrêt *D.I.M.S. Construction* et la présente affaire qui s'illustre par le fait que l'arrêt précité traite d'une créance émanant d'un paiement subrogatoire, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Elle table

⁹ *Bail*, *supra* note 6.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Art. 6.4

¹² *D.I.M.S.*, *supra* note 4.

¹³ *Ibid.*, paragr. 36.

également sur le fait que cet arrêt se règle en fonction de dispositions particulières de deux lois, alors que la présente affaire se résout en raison de l'existence d'un contrat.

[42] Elle fait appel à l'arrêt *Syndicat d'épargne des épiciers du Québec (In re) : Laviolette c. Mercure*¹⁴ qui confirme, selon elle, que le fait qu'une des deux dettes ne soit pas exigible lors de la faillite n'a pas pour conséquence d'empêcher la compensation.

ANALYSE

1. **Le premier juge a-t-il commis une erreur de droit en considérant que Daltech et Portronik étaient des créanciers garantis ?**

[43] Il convient tout d'abord, pour répondre à cette question, de reproduire les extraits pertinents de l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* qui définissent le créancier garanti :

[Une] personne titulaire d'une hypothèque, d'un gage, d'une charge ou d'un privilège sur ou contre les biens du débiteur ou une partie de ses biens, à titre de garantie d'une dette échue ou à échoir [...]

S'entend en outre:

a) **de la personne titulaire, selon le Code civil du Québec** ou les autres lois de la province de Québec, **d'un droit de rétention** ou d'une priorité constitutive de droit réel sur ou contre les biens du débiteur ou une partie de ses biens;

b) lorsque **l'exercice de ses droits est assujéti aux règles prévues pour l'exercice des droits hypothécaires** au livre sixième du Code civil du Québec intitulé Des priorités et des hypothèques:

(i) de la personne qui vend un bien au débiteur, sous condition ou à tempérament,

(ii) de la personne qui achète un bien au débiteur avec faculté de rachat en faveur de celui-ci,

(iii) du fiduciaire d'une fiducie constituée par le débiteur afin de garantir l'exécution d'une obligation.

[caractères gras ajoutés]

¹⁴ [1975] 599 (C.A.) [*Laviolette c. Mercure*].

[44] La norme à laquelle est assujettie notre Cour lorsqu'elle s'interroge sur la question de savoir si le juge de première instance a commis ou non une erreur de droit est celle de la décision correcte¹⁵.

[45] Premièrement, pour qualifier la créance de l'intimée, le juge de première instance s'appuie, d'une part, sur le droit de rétention prévu par l'article 6.4.2 du Contrat et, d'autre part, sur l'article 7.1.4.1 des Conditions du Contrat de Sous-traitance reproduits ci-après :

6.4 S'il n'existe pas de réclamation concernant *l'ouvrage en sous-traitance et que le sous-traitant a soumis à l'entrepreneur une déclaration sous serment* affirmant que, sauf les montants dûment retenus payables à même les fonds payables au *sous-traitant* en vertu du présent paragraphe 6.4 ou les montants précis qui font l'objet d'un différend, il a effectué le paiement complet de tous les comptes touchant la main-d'œuvre, les sous-contrats, les *produits*, la machinerie et le *matériel de construction* et de toutes les autres dettes qu'il a contractées pour réaliser *l'achèvement substantiel de l'ouvrage en sous-traitance* et dont *l'entrepreneur* pourrait être tenu responsable, et que le montant retenu sur les paiements d'acomptes faits en vertu du paragraphe 6.1.1 du présent article et qui est payable en vertu du paragraphe 6.1.2 du présent article est dû et payable :

[...]

.2 Dans la province de Québec, dans les 30 jours suivant la date de *l'achèvement substantiel de l'ouvrage*. ***L'Entrepreneur peut retenir toute partie du montant qui est requise par la loi pour faire face à des hypothèques légales prises ou pouvant être prises contre l'ouvrage*** ou à d'autres réclamations faites par des tiers contre le *sous-traitant* et qui pourraient être exécutoires contre *l'entrepreneur*.

7.1.4 Si le *sous-traitant* ne corrige pas la défaillance dans le délai exigé ou subséquemment convenu, *l'entrepreneur* peut, sans préjudice de tout autre droit ou recours qu'il peut avoir,

.1 soit corriger la défaillance et en déduire le coût de tout paiement alors dû ou dû ultérieurement au *sous-traitant*,

.2 soit révoquer le droit du *sous-traitant* de poursuivre l'exécution de *l'ouvrage en sous-traitance* en tout ou en partie, ou résilier le *contrat de sous-traitance*.

¹⁵ *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, paragr. 27.

[46] Bien que l'article 2 *L.F.I.* doive recevoir une interprétation libérale¹⁶, je ne peux retenir l'argument voulant que le droit de rétention, en l'espèce, soit exclu du champ d'application de cet article, au motif qu'il s'agit d'un droit de rétention contractuel et non prévu par une loi. Même si le droit de rétention est prévu dans un contrat, il n'en demeure pas moins qu'il découle directement de l'exception d'inexécution expressément prévue par le Code civil du Québec¹⁷.

[47] Partant, les exigences pour conférer le statut de créancier garanti à l'intimée de l'article 2 *L.F.I.* sont remplies. Je suis d'avis que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur à cet égard.

[48] Deuxièmement, en ce qui concerne la qualification de la créance de Portronik. L'auteur Payette énonce, de façon générale, que « [l]'hypothèque légale du domaine de la construction [...] [fait] également de leurs titulaires des créanciers garantis au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* »¹⁸. De plus, l'hypothèque légale de la construction, comme le soulignent les auteurs Kaufmann et Gilain¹⁹, fait exception au principe de la suspension des procédures²⁰.

[49] Néanmoins, il faut se rappeler les propos du juge Baudouin, dans l'arrêt *Bouchard c. Wilfrid Noël et Fils Itée*, relativement au caractère impératif de la publicité, plus précisément en ce qui a trait aux hypothèques en matière de faillite :

Une hypothèque non régulièrement publiée (comme c'est le cas ici) peut cependant produire des effets juridiques entre les parties. Elle n'est cependant pas opposable aux tiers (art. 2082, 2083 et 2130 C.c.B.-C.) – (art. 2663, 2941 C.c.Q.). Or, le syndic est, en l'occurrence, bel et bien un tiers puisque c'est l'intérêt de l'ensemble des créanciers qu'il défend (**Civano Construction inc: Gingras c. Crédit M.G. inc.**, [1962] C.S. 45; **Poliquin c. Banque de Montréal**, C.A.Q. no 200-09-000198-959, du 6 mars 1998). Il peut donc légalement soulever l'inopposabilité, à l'égard de la masse, d'une garantie consentie par le failli, lorsque les formalités essentielles pour lui donner effet à l'égard des tiers n'ont pas été respectées (**Re: Giffen**, [1998] 1 R.C.S. 91).²¹

¹⁶ Considérant son objectif qui est de protéger l'intérêt de l'ensemble des créanciers du failli.

¹⁷ Art. 1591 C.c.Q. Voir l'arrêt *Air Charters Inc. c. TSA Aviation Inc.*, J.E. 2005-795 (C.A.), paragr. 3 sur la portée générale de l'exception d'inexécution.

¹⁸ Louis Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3^e édition, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 732-733 [Payette].

¹⁹ David H. Kaufmann et Guy Gilain, *The Construction Hypothec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 355-356 [Kaufmann et Gilain].

²⁰ Art. 69(1)a) *L.F.I.* et l'art. 69.4 *L.F.I.* qui prévoit l'inopposabilité de la suspension des procédures.

²¹ [2000] R.R.A. 84 (C.A.), paragr. 12.; Voir aussi *Poliquin c. Banque de Montréal*, [1998] R.L. 560 (C.A.), p. 6 et 7; Jacques Auger et Albert Bohémier, « Le statut du syndic », (2003) 37 R.J.T. 59, p. 86 et 87.

[50] Dans la présente affaire, l'hypothèque légale de la construction de Portronik produit ses effets à l'égard du Centre hospitalier dès le 13 septembre 2005, date de la dénonciation du contrat. S'il n'y avait pas eu faillite, elle serait devenue opposable aux tiers à partir de la publication qui tient lieu d'enregistrement²² en date du 18 juillet 2006. Or, Daltech a fait cession de ses biens le 6 juillet 2006, et ce, avant la publication de l'hypothèque de Portronik. Cette dernière se trouve donc confinée au rang de créancier chirographaire, puisqu'elle n'a pas respecté, comme l'exige l'article 2 *L.F.I.*, « les règles prévues pour l'exercice des droits hypothécaires » du Code civil. En raison de ce qui précède, l'appelante a le statut d'un tiers, et est alors en droit de soulever l'inopposabilité de cette hypothèque à l'égard de la masse des biens du failli²³.

[51] Partant, je suis d'avis, en considérant la norme d'intervention de notre Cour applicable aux erreurs de droit évoquées au paragraphe [38], que le juge de première instance a erronément qualifié Portronik de créancier garanti, en vertu de l'article 2 *L.F.I.* En revanche, je suis d'avis que cette erreur n'est pas déterminante au point d'infirmer le jugement de première instance.

2. Le juge a-t-il commis une erreur en permettant l'opposabilité des clauses 6.4, 7.1 et 7.2.1 du contrat de sous-traitance liant l'intimée à Daltech au syndic ?

[52] Je fais mienne l'analogie en droit de la faillite du principe qui doit guider le tribunal dans le contexte d'une liquidation d'entreprise faite dans l'arrêt *Desmarteaux (Syndic de)*²⁴ qui énonce :

[le] respect des contrats signés antérieurement à la liquidation, à moins que les obligations y contenues ne soient préjudiciables aux autres créanciers et donnent lieu à une préférence injuste eu égard à l'ensemble des circonstances [...]²⁵

[Notre soulignement]

[53] Contrairement à l'arrêt *A.N. Bail Co. c. Gingras*²⁶ dont les faits impliquent une clause contractuelle facultative après la faillite²⁷, la clause 6.4²⁸ ne l'est pas; ce qui constitue une distinction d'importance. En effet, dans cet arrêt le plus haut tribunal du pays rejette l'opposabilité d'une clause contractuelle invoquée par un *créancier non*

²² Art. 2941 C.c.Q.

²³ Voir notamment *Masters (Syndic de)*, [1998] R.D.I. 223.

²⁴ J.E. 2007-976 (C.S.), paragr. 39.

²⁵ *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie (Liquidateur de) c. Dubois*, [1996] 1 R.C.S. 900, paragr. 41.

²⁶ *Bail, supra* note 6.

²⁷ Voir également l'arrêt *La Baie (Ville de) c. Gérard Robitaille & Associés Itée*, J.E. 2000-1609 (C.S.), p. 14 et s. qui porte notamment sur l'effet d'une clause facultative.

²⁸ L'exigence contractuelle apparaissant à cette clause est une pratique de *common law* qui ne fait pas écho en droit civil : voir Kaufmann et Gilain, *supra* note 19, p. 143.

*garanti*²⁹. Or, en l'espèce, comme nous l'avons démontré au paragraphe [41], l'intimée est une *créancière garantie*. Par conséquent, cet arrêt n'est d'aucun secours à l'appelante et les faits en l'espèce, que nous venons d'exposer, m'apparaissent suffisants pour écarter son application.

[54] Cependant, contrairement aux prétentions de l'intimée, la présence d'une hypothèque légale de la construction n'a aucune incidence à cet égard puisqu'elle n'est pas opposable à l'appelante comme nous l'avons exposé au paragraphe [43].

[55] Le principe applicable quant à l'opposabilité de clauses contractuelles à l'appelante est énoncé par les auteurs Houlden et Morawetz de la façon suivante :

[t]he property of the bankrupt passes to the trustee in the same plight and condition in which it was in the bankrupt's hands and is subject to all the equities and liabilities which affected in the bankrupt's hands and to all dispositions which have been validly made by the bankrupt and to all rights which have been validly acquired by third persons at the date of bankruptcy [...]³⁰

[56] Par conséquent, je suis d'avis que le Contrat est opposable à l'appelante et que le premier juge n'a commis aucune erreur justifiant l'intervention de notre Cour.

3. Les droits de rétention et, par conséquent, de compensation de l'intimée existaient-ils à la date de la faillite de Daltech ?

[57] Dès qu'il s'agit de compensation en matière de faillite, il faut se référer à l'article 97(3) *L.F.I.* qui « [...] constitue une exception législative au principe d'égalité de traitement des créanciers [...] »³¹. Il est opportun de reproduire ce texte :

(3) [Compensation] Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses.

[Notre soulignement]

[58] La juge Deschamps, dans l'arrêt *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic) c. Québec (Procureur général)*, est d'avis que l'art. 97(3) *L.F.I.* « [...] requiert implicitement que les

²⁹ *Bail, supra* note 6, p. 487.

³⁰ L.W. Houlden et C.H. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 3rd edition, Revised, vol. 2, Toronto, Carswell, p. 3-11 et 3-12.

³¹ Marc Lemieux, « La compensation dans un contexte de proposition et de faillite », (1999) 59 *R. du B.* 321, 325. Voir aussi *Husky, supra* note 5, p. 495-496.

créances mutuelles doivent avoir pris naissance avant la faillite »³². En l'espèce, à l'instar du juge de première instance, je suis d'opinion que la compensation s'applique puisqu'avant la faillite, la faillie détenait une créance contre l'intimée, illustrée par le droit de rétention prévu au Contrat. Les deux parties étaient, en effet, au moment de la faillite, mutuellement créancière et débitrice.

[59] Or, la compensation peut s'opérer lorsque le créancier remplit, ce qui est le cas en l'espèce, les conditions prévues par le premier paragraphe de l'article 121 *L.F.I.* qui prévoit :

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.

[Notre soulignement]

[60] En l'espèce, bien qu'il s'agisse d'une créance future non exigible au moment de la faillite, il n'en demeure pas moins que l'appelante, par le biais de la faillie, y est assujéti considérant que l'intimée est une créancière garantie.

[61] Dans le même ordre d'idées, l'arrêt *Bank of Montreal c. Kwiat* de notre Cour énonce que tant que « [...] les créances réciproques existaient à la date de faillite, les dispositions du Code Civil concernant la compensation s'appliqueront tout comme s'il n'y avait pas eu de faillite [...] »³³.

[62] Il m'apparaît que la présence de l'article 6.4.2 au Contrat est superfétatoire puisque ce type de droit de rétention est déjà prévu par le législateur³⁴. Toutefois, rien n'empêche l'intimée de bénéficier d'un droit de rétention contractuel et statutaire par l'effet de l'article 2123 C.c.Q. qui prévoit que le client (l'intimée, en l'espèce) peut retenir une somme suffisante pour faire face aux créances et hypothèques inscrites sur l'ouvrage immobilier. Ainsi, par l'effet relatif des contrats, l'intimée devient créancière de la faillie en ce qu'elle détient un droit personnel en vertu duquel elle peut exiger de ce dernier l'exécution d'une obligation³⁵, à savoir le paiement de l'hypothèque légale de la construction inscrite par Portronik, tiers au contrat.

³² [2005] 2 R.C.S. 564, paragr. 40 et 55 [Nos soulignés].

³³ [1975] C.A. 157, p. 159 [nos soulignés] [*Kwiat*]; voir également Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 6^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n^o 1046, p. 1061.

³⁴ Art. 2123 C.c.Q.

³⁵ Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, p. 147.

[63] À cet égard, le juge Gonthier, dans l'arrêt *Husky Oil Operations Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)*³⁶, énonce que :

[...] dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent simplement au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler au complet la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli.

[Notre soulignement]

[64] Le juge de première instance commet, à mon avis, une erreur déterminante en affirmant que l'intimée doit radier l'hypothèque légale de Portronik en payant sa créance garantie³⁷. En effet, l'intimée ne peut se prévaloir de la subrogation engendrée par le paiement de la créance chirographaire appartenant à Portronik. L'intimée détenant une créance garantie et Portronik une créance chirographaire, cette compensation aurait *directement* pour effet de modifier le plan de répartition prévu par l'article 136 *L.F.I.* en améliorant le rang de la réclamation, éventualité formellement rejetée par quatre arrêts de la Cour suprême³⁸.

[65] Or, telle n'est pas la prétention de l'intimée. Contrairement à ce qui est prévu par l'arrêt *D.I.M.S. Construction*³⁹, l'intimée ne se prévaut pas de la créance de Portronik acquise par subrogation à la suite de la faillite, mais plutôt de sa propre créance qui résulte du contrat conclu avec la faillie. Par souci de clarté, soulignons qu'en matière de compensation, contrairement à l'opposabilité de l'hypothèque légale de la construction à l'appelante évoquée au paragraphe [43], celle-ci ne peut être considérée comme un tiers⁴⁰.

[66] L'arrêt cité au paragraphe précédent ne peut donc être retenu pour justifier l'application du principe dégagé par l'article 1681 C.c.Q. selon lequel la compensation ne doit pas avoir lieu au préjudice des droits acquis aux tiers. Celle-ci, en effet, ne découle pas d'un paiement subrogatoire, mais du contrat intervenu entre les parties⁴¹.

³⁶ *Husky, supra* note 5.

³⁷ Jugement dont appel, paragr. 33.

³⁸ *Husky Oil, supra* note 5, paragr. 11 et s.

³⁹ *D.I.M.S., supra* note 4.

⁴⁰ *Kwiat, supra* note 33.

⁴¹ À ce propos, l'auteur Payette (*supra* note 18, p. 54-55) se référant à l'arrêt *St-Léonard (Ville de) c. 2945-2802 Québec Inc.*, J.E. 98-2341(C.A.), énonce que « [...] un syndic dans la faillite du contractant ne peut [...] s'appuyer sur cette règle pour s'opposer à la compensation, compte tenu de l'article 97(3) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* »

[67] Par ailleurs, notre Cour, depuis l'arrêt *D.I.M.S. Construction*⁴², ne peut plus faire appel à la compensation en équité (*equitable set-off*). La plus haute Cour considère qu'elle « [...] ne peut pallier l'inapplication du droit civil et ne peut être introduite au Québec par le par. 97(3) LFI ». Par cet arrêt, il est permis d'avancer que la Cour suprême n'a pas retenu une interprétation stricte de la compensation en droit civil québécois. À cet égard, les auteurs LeBel et Le Saulnier⁴³ citent l'arrêt *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division "Éconogros" c. Collin* qui souligne que :

[...] le Code civil n'est pas un droit d'exception et son interprétation doit refléter cette réalité. Il doit recevoir une interprétation large qui favorise l'esprit sur la lettre et qui permette aux dispositions d'atteindre leur objet.⁴⁴

[Notre soulignement]

[68] En effet, si une interprétation restrictive des règles de la compensation du droit civil québécois devait être retenue, elle aurait pour conséquence inévitable de provoquer une asymétrie juridique entre le régime de *common law* et celui du droit civil en matière de compensation, ce qui n'a certainement pas été voulu par le législateur.

[69] Notre Cour, dans l'arrêt *Montreal Fast Print Ltd. (Syndic de)*⁴⁵, a posé les jalons d'une alternative à l'interprétation stricte de la compensation en droit civil québécois, tout en écartant la compensation en équité, en énonçant que :

Inspirés par la doctrine, les tribunaux français admettent que la compensation peut jouer exceptionnellement même lorsque les conditions de liquidité ou d'exigibilité, requises par l'article 1291 C.N. qui correspond à l'article 1673 C.c.Q., ne sont réunies que postérieurement à la mise en faillite dans l'hypothèse où les dettes sont connexes. Cette solution élaborée il y a plus d'un siècle n'est pas fondée sur la notion d'équité, mais uniquement sur le lien de connexité résultant, soit d'un même rapport synallagmatique, soit de la convention des parties qui ont elles-mêmes prévu la réciprocité de leurs obligations fongibles ou encore parce qu'il existe entre les dettes réciproques un lien au titre d'une communauté d'objet et de cause des différents contrats. Un rapprochement est fait dans certains cas avec l'exception d'inexécution.

[références omises]

⁴² *D.I.M.S.*, supra note 4, paragr. 64; Voir aussi André Bélanger, « L'application en droit civil québécois de l'inapplicable equitable set-off de common law », (1999) 78 *R. du B. can.* 486; Bernard Boucher, *Compensation en équité et stipulation pour autrui : Quel est le rôle que peuvent jouer ces concepts dans un contexte de faillite ?*, dans *Annual Review of Insolvency Law*, Toronto, Carswell, 2006, p. 185, 455 et 466.

⁴³ Louis LeBel et Pierre-Louis Le Saulnier, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2006) 47 *C. de D.* 179, paragr. 126.

⁴⁴ [2004] 3 R.C.S. 257, paragr. 20.

⁴⁵ J.E. 2003-1229 (C.A.), paragr. 76 [*Fast Print*].

[70] Ainsi, nonobstant le fait que la compensation en équité ne peut plus être utilisée, la compensation, même lorsque les conditions d'exigibilité ne sont pas remplies, peut être opérée lorsqu'il y a une connexité suffisante et un lien de communauté d'objet et de cause des différents contrats. Je suis d'avis que cette solution doit être retenue en l'espèce.

[71] En outre, je ne peux souscrire à l'opinion de l'auteur français Duboc qui affirme que :

[l]exception d'inexécution ne peut fonder, en toutes hypothèses, la compensation au préjudice des tiers. Ces deux institutions ne se confondent pas et ne procèdent pas non plus l'une de l'autre. Sans doute sont-elles proches l'une de l'autre. Mais s'il en est ainsi, c'est en raison de leur fondement qui réside dans la connexité des obligations réciproques, connexité qui cependant n'a pas toujours la même acception dans les deux cas [...]⁴⁶.

[72] Je suis d'avis qu'en certaines circonstances, comme celles qui nous occupent ici, l'exception d'inexécution peut servir à fonder la compensation.

[73] Par ailleurs, il m'apparaît nécessaire de poser la question suivante : le moment de l'exigibilité de la dette de la faillie étant incertaine empêche-t-il la compensation de la dette de la faillie avec la dette de l'intimée? Je suis d'avis qu'il faut répondre par la négative. Par exemple, l'arrêt *Coopers Lybrand Ltd. v. Lumberland Building Materials Ltd.* opère compensation bien que la dette ne soit pas exigible au moment de la faillite⁴⁷. D'ailleurs, notre Cour n'a-t-elle pas déjà souligné que, à l'instar de la présente affaire, « [a]ttendre que toutes les conditions de la compensation soient déjà réunies apparaît souvent irréaliste »?⁴⁸. De plus, dans l'arrêt *Fast Print* précité, on y souligne, ce à quoi je souscris, que :

[d]ans un arrêt de principe la Cour de cassation a rappelé sans ambiguïté, le 30 mars 1989, que lorsque deux dettes sont connexes, « le juge ne peut écarter la demande de compensation au motif que l'une d'elles ne remplit pas les conditions de liquidité et d'exigibilité.⁴⁹

[références omises]

[74] Par ailleurs, le juge Tremblay, juge en chef de notre Cour en 1975, évoque quant à la portée temporelle de l'article 97(3) *L.F.I.*⁵⁰ que :

⁴⁶ Guy Duboc, *La compensation et les droits des tiers*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 203.

⁴⁷ (1983), 50 C.B.R. (N.S.) 150, paragr. 16.

⁴⁸ *Fast Print*, *supra* note 45, paragr. 77.

⁴⁹ *Ibid.*, paragr. 78.

⁵⁰ Qui correspond à l'art. 75(3) *L.F.I.*

[...] si cette disposition n'a pas l'effet de permettre que la compensation s'accomplisse après la faillite, je me demande quelle est son utilité. Si la compensation a lieu avant la faillite, les dettes ont alors cessé d'exister et je ne vois pas comment l'on pourrait parler de « réclamations produites contre l'actif » ou d'« actions intentées par le syndic ». ⁵¹

[75] Pour toutes ces raisons, je suis d'avis que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en opérant compensation entre la dette de l'intimée et celle de la faillie.

[76] Pour ces motifs, je propose de rejeter l'appel et de confirmer le jugement rendu le 29 juin 2007 par la Cour supérieure, avec dépens.

J.J. MICHEL ROBERT, J.C.Q.

⁵¹ *Laviolette c. Mercure*, supra note 14, p. 4.

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE QUÉBEC

N° : 200-09-006941-105
(200-05-003469-918)

DATE : 12 avril 2012

**CORAM : LES HONORABLES JULIE DUTIL, J.C.A.
LORNE GIROUX, J.C.A.
JACQUES VIENS, J.C.A. (AD HOC)**

COMMISSION DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DU TRAVAIL

APPELANTE - Défenderesse
c.

DOLBEC TRANSPORT INC.

INTIMÉE – Demanderesse originaire
et

**RAYMOND CHABOT INC., ès qualités de syndic dans la proposition de Dolbec
Transport Inc.**

INTIMÉE – Demanderesse en reprise d'instance

ARRÊT

[1] L'appelante Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST) se pourvoit contre un jugement rendu le 7 janvier 2010 par la Cour supérieure, district de Québec (l'honorable Édouard Martin), qui l'a condamnée à payer à l'intimée Raymond Chabot inc. (le syndic) 46 618,90 \$ avec intérêts et l'indemnité additionnelle depuis le 9 septembre 2009 sur la somme de 19 417,14 \$.

Le contexte général

[2] Le 6 novembre 1981, Bell Canada (Bell) conteste en Cour supérieure l'application de certaines dispositions de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* aux entreprises dont les activités s'exécutent sur l'ensemble du territoire canadien. La Cour supérieure lui donne raison en 1982; ce jugement est confirmé par la Cour d'appel en 1984 et par la Cour suprême en 1988¹.

[3] La CSST, qui avait continué à percevoir les cotisations des entreprises de camionnage interprovincial pendant la durée des procédures judiciaires l'opposant à Bell, s'était toutefois engagée, le 6 novembre 1986, auprès de certaines d'entre elles, à renoncer « au bénéfice du temps écoulé avec l'effet unique que la prescription recommence à courir pour le même temps, à compter de la signature du présent document »².

[4] Cet engagement de la CSST était devenu nécessaire puisque, si Bell obtenait gain de cause, les entreprises de camionnage interprovincial pourraient éventuellement réclamer le remboursement des sommes payées en trop à la CSST depuis 1981 et que le délai de prescription de cinq ans, à compter du premier paiement sous protêt, approchait.

[5] À la suite du jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Bell*, la CSST décide, le 16 février 1989, de « rembourser aux employeurs exploitant une entreprise de juridiction fédérale les sommes indûment payées pour le financement de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* à compter de 1981 » et de « payer des intérêts au taux annuel de 5 % sur les remboursements effectués, et ce, à compter du paiement en trop »³.

[6] Contestant la décision de la CSST de ne payer que le taux d'intérêt légal de 5 %, plusieurs entreprises de camionnage, dont l'intimée Dolbec, introduisent, entre 1989 et 1991, des recours pour obtenir en plus le paiement d'une indemnité additionnelle à compter de chaque cotisation versée en trop.

[7] Dans le dossier type, l'affaire *J.E. Fortin c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*⁴, la Cour décide, le 13 août 2007, que la CSST doit payer non seulement l'intérêt au taux légal, mais également l'indemnité additionnelle à compter de la réception de chaque cotisation; elle reconnaît également le droit à la capitalisation des intérêts courus au jour de la prise de l'action.

¹ *Bell Canada c. CSST*, [1988] 1 R.C.S. 749.

² Pièce P-1, Entente intervenue le 6 novembre 1986 entre les entreprises représentées par Flynn, Rivard et associés et la CSST.

³ Résolution A-6-89, adoptée par la CSST le 16 février 1989.

⁴ *J.E. Fortin c. CSST*, 2007 QCCA 1099.

[8] C'est dans ce contexte que le juge de première instance a entendu les parties dans tous les dossiers connexes, y compris le présent dossier, afin d'établir le montant que devait rembourser la CSST à chaque entreprise de juridiction fédérale en tenant compte de l'intérêt au taux légal et de l'indemnité additionnelle à compter de la réception de chaque cotisation indûment payée par les entreprises concernées à compter de 1981.

Le contexte particulier

[9] Le 26 mai 1988, 2153-2502 Québec inc., 2552-1998 Québec inc. et Dolbec Transport inc. fusionnent pour devenir Dolbec Transport inc. (Dolbec).⁵

[10] Le 5 novembre 1991, Dolbec intente un recours en répétition de l'indu contre la CSST. Elle réclame le remboursement des cotisations qu'elle a payées en trop de 1981 à 1989 (397 515 \$), avec intérêts et l'indemnité additionnelle à compter de la date de chaque paiement. La déclaration ne mentionne pas les compagnies avec lesquelles il y a eu fusion, soit 2153-2502 Québec inc. et 2552-1998 Québec inc.

[11] En raison de difficultés financières, Dolbec consulte un syndic, Raymond Chabot inc., et, après avoir déposé un avis d'intention le 5 février 1993, propose à ses créanciers ordinaires, le 6 mai 1993, de les payer au *pro rata* de leur créance à même le solde résiduel de la vente de ses actifs. Cette proposition est acceptée par les créanciers et homologuée par la Cour le 28 mai 1993.

[12] Le 18 juin 1993, la CSST dépose auprès du syndic une preuve de réclamation au montant de 5 639,93 \$, soit le solde des cotisations d'employeur non payées par Dolbec avant le dépôt de son avis d'intention.

[13] Selon l'*Avis de dividende définitif* publié par le syndic le 31 août 1993, la CSST perçoit un dividende de 641,62 \$.

[14] Beaucoup plus tard, soit le 18 février 2005, Raymond Chabot inc., syndic à la proposition concordataire de Dolbec, reprend l'instance introduite contre la CSST.

Questions en litige

[15] L'appelante propose deux questions en litige :

- 1) Le juge de première instance a-t-il erré en omettant de statuer sur le moyen fondé sur la prescription et en condamnant la CSST à indemniser le syndic en relation avec des cotisations versées en trop avant le 5 novembre 1986?

⁵ Certificat de fusion du 26 mai 1988.

- 2) Le juge a-t-il erré en refusant d'opérer compensation entre l'indemnité additionnelle payable par la CSST en relation avec les cotisations payées en trop par Dolbec et le solde (4 998,31 \$) des cotisations d'employeurs impayées par Dolbec après paiement d'un dividende de 641,62 \$?

[16] Selon le complément d'expertise de l'expert Marc Drouin, et c'est admis par les parties, si la Cour fait droit au moyen concernant la prescription de l'indemnité additionnelle relative aux cotisations payées en trop antérieurement au 6 novembre 1986, le montant de la réclamation de l'intimée devrait être réduit à 10 756,76 \$ en date du 9 septembre 2009 avec intérêts au taux légal et l'indemnité additionnelle depuis le 9 septembre 2009 sur la somme de 4 238,13 \$.

[17] Par ailleurs, advenant que la Cour retienne les deux moyens soulevés par l'appelante, soit la prescription du recours pour tout paiement effectué avant le 6 novembre 1986 et la compensation jusqu'à concurrence de 4 998,31 \$, soit le solde de la cotisation d'employeur due par Dolbec à la CSST, la CSST ne devrait plus rien au syndic à la proposition de Dolbec, de sorte que l'appel devrait être accueilli et l'action rejetée.

Analyse

1) La prescription

[18] Le recours en répétition de l'indu se prescrit par cinq ans selon les dispositions de l'article 2260 (8) C.c.B.C. et, selon l'article 2267 C.c.B.C., il s'agit d'un délai de déchéance.

[19] Malgré ce qui est allégué aux paragraphes 11 et 12 de sa déclaration du 5 novembre 1991, Dolbec n'était pas partie à l'entente intervenue le 6 novembre 1986 selon laquelle la CSST convient avec certains employeurs de renoncer au bénéfice du temps écoulé :

CONSIDÉRANT QUE la Cour suprême du Canada est présentement en délibéré dans les affaires [de Bell et autres];

[...]

CONSIDÉRANT toutefois que les employeurs inclus à la présente entente veulent préserver leur recours en interrompant la prescription qui court contre eux, de la même façon que s'ils déposaient une procédure judiciaire contre la C.S.S.T.;

Il est convenu entre les parties de ce qui suit :

[...] renonce ce jour, par le biais de ses procureurs soussignés, au bénéfice du temps écoulé avec l'effet unique que la prescription recommence à courir pour le même temps, à compter de la signature du présent document;

[...]

Aucune admission ne peut être tirée de la présente entente ou aucun droit implicite en découler, cette entente n'ayant strictement le même effet que le dépôt d'une procédure judiciaire, dans le cadre des motifs exposés, par les employeurs visés contre la C.S.S.T. à l'égard de la prescription et du paiement des intérêts.

[...]

[Soulignements dans l'original]

[20] Puisque Dolbec et ses ayants cause n'étaient pas parties à cette entente, ils ne peuvent donc pas s'en prévaloir pour invoquer en leur faveur une renonciation par la CSST au bénéfice du temps écoulé avant le 6 novembre 1986.

[21] Par ailleurs, les intimées plaident aussi qu'une autre résolution adoptée par la CSST le 16 février 1989 constitue une reconnaissance de dette ayant interrompu la prescription à l'égard de tout employeur ayant exploité une entreprise de juridiction fédérale :

CONSIDÉRANT QUE la Commission a perçu des employeurs exploitant une entreprise de juridiction fédérale des cotisations aux fins du financement de la Loi sur la santé et la sécurité du travail depuis 1981;

CONSIDÉRANT QUE ces employeurs ont, en vertu du droit québécois, droit au remboursement de la partie de la cotisation indûment payée à ce titre;

[...]

LE CONSEIL D'ADMINISTRATION DE LA COMMISSION:

[...]

- accorde à ces employeurs jusqu'au 31 décembre 1989 pour produire leur demande de remboursement afin de pouvoir bénéficier d'un tel remboursement à compter de 1981;
- décide de payer des intérêts au taux annuel de 5% sur les remboursements effectués, et ce, à compter du paiement en trop;

[22] Manifestement, cette *résolution* ne constitue pas de la part de la CSST une renonciation à la prescription acquise ni même une interruption de prescription.

[23] En effet, si, par cette résolution, la CSST accepte de rembourser aux employeurs exploitant une entreprise de juridiction fédérale les sommes indûment payées à titre de cotisations à compter de l'année 1981, en autant qu'ils produisent leur demande de remboursement avant le 31 décembre 1989, et de verser un intérêt de 5 % l'an à compter de chaque paiement effectué en trop, elle n'assume aucun autre engagement.

[24] Or, on ne peut imputer à la CSST la reconnaissance de droits autres que ceux qui sont expressément stipulés dans cette résolution. Plus particulièrement, il est clair que la CSST n'y prend aucun engagement quant au remboursement d'une indemnité additionnelle en sus d'un intérêt au taux de 5 % l'an, alors que cette demande d'une indemnité additionnelle est l'objet même du litige.

[25] Ainsi, contrairement à ce qui est allégué dans ses procédures, ce qui a d'ailleurs fort probablement induit le juge de première instance en erreur, Dolbec n'était pas partie à l'entente du 6 novembre 1986 selon laquelle la CSST renonçait au bénéfice du temps écoulé et, en conséquence, lorsque son action a été intentée le 5 novembre 1991, sa demande d'une indemnité additionnelle en sus du paiement d'un intérêt de 5 % en relation avec le remboursement des cotisations qu'elle avait versées en trop avant le 6 novembre 1986 était prescrite.

[26] Ce premier moyen d'appel est donc fondé et il y a lieu d'intervenir afin de soustraire de la réclamation ce qui est prescrit.

2) La compensation

[27] À la date de son avis d'intention de faire une proposition concordataire, le 5 février 1993, Dolbec devait à la CSST 5 639,93 \$ à titre de cotisations d'employeur impayées. À la suite de l'acceptation de la proposition concordataire du 7 mai 1993, la CSST a perçu du syndic un dividende de 641,62 \$, laissant un solde de 4 998,31 \$.

[28] La CSST invoque que le solde impayé de sa réclamation pour cotisations d'employeur impayées avant la date de l'avis d'intention de Dolbec de faire une proposition concordataire permet de réduire la créance de Dolbec selon les règles de la compensation prévues à l'article 97(3) *L.F.I.* :

97. (3) [Compensation] Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses.

(Soulignement ajouté)

[29] Le juge de première instance a rejeté ce moyen de défense proposé par la CSST en s'exprimant comme suit :

[2] Le 6 mai 1993, *Dolbec Transport inc.* fait une proposition concordataire à ses créanciers selon l'article 50 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité (L.F.I.)*¹. Elle propose de disposer de ses actifs et de payer ses créanciers comme suit (éléments pertinents, voir **D-1** – je me permets de formuler en raccourci) :

- Les créanciers garantis et les créanciers privilégiés seront payés selon les contrats en cours.
- Les autres créanciers, notamment les créanciers non garantis, seront payés au prorata de leurs créances à même le solde de résiduel, une fois que le syndic à la proposition aura liquidé les actifs et payé les créanciers garantis et privilégiés.

L'article 8 de la proposition mentionne :

8. «toute somme payable en vertu de la présente proposition sera versée au syndic pour être distribuée aux créanciers conformément aux termes de la présente proposition».

Je comprends de cette formulation que le syndic à la proposition doit percevoir les créances recevables, liquider les actifs de l'entreprise et distribuer les sommes provenant de la liquidation aux créanciers selon les termes de la proposition.

[3] Le 18 juin 1993, la CSST réclame entre les mains du syndic 5 639,93 \$ à titre de solde dû par *Transport Dolbec inc.* pour des cotisations d'employeur non payées. La CSST se déclare créancière non garantie. Le plumitif informatisé du dossier de faillite m'informe que, le 28 mai 1993, la Cour siégeant en matière de faillite a homologué la proposition. Le 13 août 1993, le syndic donne un avis de dividende définitif aux créanciers et il les avise en même temps du fait qu'il demande sa libération à titre de syndic. La CSST a perçu le dividende qui lui était destiné, soit 641,18 \$.

[4] La CSST soulève un premier moyen de défense, celui de la compensation. Elle plaide que le solde impayé de sa réclamation, 4 998,31 \$, doit être appliqué en réduction de la créance de la demanderesse à la date de la proposition. La demanderesse en reprise d'instance conteste cette prétention. Sur cette question je conclus que la demanderesse en reprise d'instance a raison par application de l'article 62(2) *L.F.I.* qui édicte :

«62(2). [Personnes liées par l'approbation]

Une fois acceptée par les créanciers et approuvée par le tribunal, la proposition lie ces derniers relativement :

- a) à toutes les réclamations non garanties;
- b) ...»

Il faut conclure que la créance de la CSST se trouve éteinte par le paiement reçu selon les termes de la proposition telle qu'acceptée par les créanciers et homologuée par le Tribunal.² (Références omises)

[30] Est-ce que le juge de première instance commettait une erreur en décidant que, en vertu des dispositions de l'article 62 (2) *L.F.I.* et selon les termes de la proposition, la créance de la CSST s'est trouvée éteinte par le paiement d'un dividende final de 641,18 \$ et que, en conséquence, elle ne pouvait plus se prévaloir des dispositions de l'article 97 (3) *L.F.I.* et invoquer compensation en défense à la réclamation de Dolbec?

[31] Selon l'article 101.1(1) et (2) *L.F.I.*, les dispositions de l'article 97 (3) *L.F.I.* s'appliquent, avec les adaptations nécessaires en matière de proposition concordataire, sauf dispositions contraires de la proposition :

101.1 (1) [Application des articles 95 à 101] Les articles 95 à 101 s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à la proposition faite au titre de la section I de la partie III, sauf disposition contraire de la proposition.

(2) **[Interprétation]** Pour l'application du paragraphe (1), la mention aux articles 95 à 101, de la date de la faillite vaut mention de la date du dépôt de l'avis d'intention [...] et la mention, à ces articles, du failli, de la personne insolvable ou du débiteur vaut mention du débiteur à l'égard de qui une proposition a été déposée.

[Nos soulignements]

[32] Dans le cas d'une proposition concordataire visant une personne insolvable, selon les dispositions de l'article 62 (1.1) *L.F.I.*, « le moment par rapport auquel les réclamations des créanciers, [...] sont déterminées est celui du dépôt de l'avis d'intention ... ».

[33] Dans *Transport G.T.L. (1989) inc. et al. c. CSST*⁶, un dossier connexe à celui sous étude, lorsque Transport G.T.L. a fait faillite le 10 mai 1991, le montant que le syndic pouvait réclamer à titre de cotisations payées en trop à la CSST était inférieur aux cotisations d'employeur impayées par Transport G.T.L. Dans cette affaire, le juge

⁶ *Transport G.T.L. (1989) inc. et al. c. CSST*, 2009 QCCS 5487.

de première instance, le même que dans l'affaire sous étude, décide avec raison que c'est à la date de la faillite que doivent être liquidées ces deux créances assujetties à l'application de la compensation. Il s'exprime ainsi :

[13] Le demandeur en reprise d'instance objecte que, selon les articles 1672 et 1673 C.c.Q., les créances mutuelles n'étaient ni certaines, ni liquides, ni exigibles à la date du 8 mars 1994. Je rejette cette objection parce que l'article 1673 C.c.Q. édicte au second alinéa:

«Une partie peut demander la liquidation judiciaire d'une dette afin de l'opposer en compensation.»

[14] Sur cette question précise, je me fonde sur un arrêt de la Cour d'appel déposé en décembre 2008, notamment l'extrait suivant des notes du juge en chef Robert, avec l'accord des juges Baudouin et Hilton :⁷

[73] Par ailleurs, il m'apparaît nécessaire de poser la question suivante : le moment de l'exigibilité de la dette de la faillie étant incertaine empêche-t-il la compensation de la dette de la faillie avec la dette de l'intimée? Je suis d'avis qu'il faut répondre par la négative. Par exemple, l'arrêt *Coopers Lybrand Ltd. v. Lumberland Building Materials Ltd.* opère compensation bien que la dette ne soit pas exigible au moment de la faillite⁸. D'ailleurs, notre Cour n'a-t-elle pas déjà souligné que, à l'instar de la présente affaire, «attendre que toutes les conditions de la compensation soient déjà réunies apparaît souvent irréaliste»?⁹. De plus, dans l'arrêt *Fast Print* précité, on y souligne, ce à quoi je souscris, que :

Dans un arrêt de principe la Cour de cassation a rappelé sans ambiguïté, le 30 mars 1989, que lorsque deux dettes sont connexes, «le juge ne peut écarter la demande de compensation au motif que l'une d'elles ne remplit pas les conditions de liquidité et d'exigibilité.¹⁰

[74] Par ailleurs, le juge Tremblay, juge en chef de notre Cour en 1975, évoque quant à la portée temporelle de l'article 97(3) *L.F.I.*¹¹ que:

[...] si cette disposition n'a pas l'effet de permettre que la compensation s'accomplisse après la faillite, je me demande quelle est son utilité. Si la compensation a lieu

⁷ *Daltech Architectural Inc. (Syndic de)*, [2009] R.J.Q. 65, par. 73-74 (C.A.).

⁸ *Coopers Lybrand Ltd. v. Lumberland Building Materials Ltd.*, (1983), 50 C.B.R. (N.S.) 150, par. 16.

⁹ *Montreal Fast Print Ltd. (Syndic de)*, J.E. 2003-1229, par. 76 (C.A.).

¹⁰ *Montreal Fast Print Ltd. (Syndic de)*, J.E. 2003-1229, par. 78 (C.A.).

¹¹ Qui correspond à l'article 75(3) *L.F.I.*

avant la faillite, les dettes ont alors cessé d'exister et je ne vois pas comment l'on pourrait parler de «réclamations produites contre l'actif» ou d'«actions intentées par le syndic».¹²

[15] Je conclus que c'est à la date de la faillite que doivent être liquidées les deux créances réciproques pour lesquelles la compensation s'applique. Il en résulte que l'action de la demanderesse doit être rejetée.

[34] En l'espèce, il appert que le juge de première instance n'a pas décidé que la défense de compensation n'était pas recevable dans le cas d'une proposition concordataire, mais plutôt « que la créance de la CSST se trouve éteinte par le paiement reçu selon les termes de la proposition telle qu'acceptée par les créanciers et homologuée par le Tribunal ». Ainsi, selon le juge, la compensation ne pourrait s'appliquer ici en raison des « dispositions contraires de la proposition ».

[35] En vertu des dispositions de l'article 101.1 (1) *L.F.I.*, à moins de disposition contraire de la proposition, les règles de la compensation prévues à l'article 97(3) *L.F.I.* étaient susceptibles de s'appliquer aussi bien en cas de proposition concordataire, comme dans la présente affaire, qu'en cas de faillite.

[36] Pourtant, avec déférence pour le juge de première instance, la Cour est d'avis que rien dans les dispositions de la proposition concordataire de Dolbec ne permet de conclure à l'exclusion des règles de la compensation si Dolbec et une autre personne se trouvent réciproquement débitrices et créancières l'une de l'autre avant le dépôt de l'avis d'intention.

[37] C'est pourquoi, si, à la suite de l'homologation par le tribunal et le paiement d'un dividende, la CSST était liée par la proposition et ne pouvait plus, selon les dispositions de l'article 62(2) *L.F.I.*, réclamer le solde de sa créance, la Cour est toutefois d'avis qu'elle pouvait toujours, en défense à l'action de Dolbec, se prévaloir des dispositions de l'article 97(3) *L.F.I.* et opposer le solde de cette créance en compensation, puisque rien dans la proposition concordataire ne s'y oppose et que ces créances sont connexes et ont toutes deux pris naissance avant le dépôt par Dolbec de l'avis de son intention de faire une proposition selon les dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

[38] Il y a lieu d'accueillir l'appel et de rejeter l'action des intimées.

POUR CES MOTIFS, LA COUR :

[39] **ACCUEILLE** l'appel;

¹² *Lavolette c. Mercure*, [1975] 599 (C.A.).

- [40] **INFIRME** le jugement de première instance;
- [41] **REJETTE** l'action de la demanderesse en reprise d'instance;
- [42] Avec dépens dans les deux cours.

JULIE DUTIL, J.C.A.

LORNE GIROUX, J.C.A.

JACQUES VIENS, J.C.A. (AD HOC)

Mes Line Régnier et Pierre-Michel Lajeunesse
Vigneault, Thibodeau Bergeron
Pour l'appelante

Me Guy Dussault
Cain Lamarre Casgrain Wells
et
Me Jean-Félix Brassard (procureur-conseil)
Stein Monast
Pour les intimées

Date d'audience : 12 décembre 2011

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-11-049071-158

DATE : 28 OCTOBRE 2015

SOUS LA PRÉSIDENTE DE : L'HONORABLE CLAUDE AUCLAIR, J.C.S.

LES MODES CLOCKWISE LTÉE

Requérante

c.

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA agissant pour
L'AGENCE DU REVENU DU CANADA

Et

L'AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC

Intimées

**TRANSCRIPTION DES MOTIFS¹ DU JUGEMENT
RENDU ORALEMENT LE 28 OCTOBRE 2015**

[1] Le Tribunal est saisi d'une « Requête en jugement déclaratoire amendée » (Cote 8) contre l'Agence du revenu du Canada (ci-après ARC) et l'Agence du revenu du Québec (ci-après ARQ) par laquelle la requérante veut bénéficier d'un remboursement de crédits d'impôt pour des dépenses encourues dans une année financière terminée avant le dépôt d'un avis d'intention, mais dont la quotité a été établie à la suite du dépôt d'une déclaration fiscale appropriée – après que toutes ses obligations en vertu du concordat eurent été exécutées – le 19 mars 2014.

¹ Le jugement a été rendu sur le banc. Les présents motifs ont pu être modifiés, remaniés ou amplifiés pour en améliorer la présentation et la compréhension comme le permet l'arrêt *Kellogg's Company of Canada c. P.G. du Québec*, [1978] C.A. 258, 259-260, le dispositif demeurant toutefois inchangé.

[2] La requérante ne veut pas que les montants de remboursement soient appliqués aux dettes fiscales antérieures au dépôt de l'avis d'intention, mais veut plutôt bénéficier d'un remboursement qui lui serait payé directement. Elle prétend que les intimées ne peuvent compenser les crédits qu'elle réclame comme remboursement avec les dettes fiscales antérieures, car ce n'est pas connexe – suivant ses prétentions – puisqu'elle a déposé sa déclaration en avril 2014, après qu'elle eut rempli toutes ses obligations en vertu du concordat qui avait été accepté par jugement – par la registraire Flamand – quelques mois précédemment.

[3] Pendant la période concordataire – soit du dépôt de l'avis d'intention jusqu'à l'exécution complète – la requérante opérait son entreprise conformément à la loi, puisqu'elle bénéficiait de toutes les protections de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* – pendant la période de l'avis d'intention jusqu'au jugement permettant et autorisant le concordat et – en conséquence – rien dans la preuve ne révèle qu'elle était dans l'impossibilité d'agir et de compléter dans les quelques mois qui suivaient la fin de son année financière – avant ou pendant l'avis d'intention – qu'elle était privée et empêchée de déposer ses réclamations de remboursement de crédits à la recherche et au développement.

[4] Il en preuve que – pour les années antérieures – la requérante avait déposé ses réclamations dans de courts délais – et le Tribunal réfère à la liste d'admissions, au paragraphe 12 de A-1 – où il est stipulé :

« 12. Pour les années précédentes (2010 et 2011) Clockwise avait eu droit également à des remboursements de crédit de même nature et ceux-ci avait été demandés au cours des 6 mois de la fin de ses années d'imposition alors que ceux pour l'année d'imposition 2012, pour leur part, n'ont été demandés que 17 mois après la fin de son année d'imposition et qu'après que sa proposition ait été exécutée (D-ARQ-5, en liasse); »

[5] Il est également admis que les crédits demandés par Clockwise à l'ARC et à l'ARQ concernaient son année d'imposition s'étant terminée le 30 novembre 2012, soit une année d'imposition antérieure à l'avis d'intention et du crédit demandé par Clockwise – admission 25 – son année d'imposition 2012 concernait des salaires payés par Clockwise au cours de l'année terminée le 30 novembre 2012.

[6] Le Tribunal constate également qu'il y a connexité entre les dettes fiscales et les crédits d'impôt réclamés, car ils se rapportent à des années financières antérieures au dépôt de l'avis d'intention.

[7] La requérante ne peut prétendre que les intimées avaient le fardeau de démontré un quelconque aveu judiciaire à l'effet qu'elle savait ou connaissait les crédits à la recherche pendant la période concordataire alors qu'il est en preuve – suivant les admissions – que la requérante avait – dans les années précédentes – réclamé des crédits à la recherche. Les crédits à la recherche pour lesquels elle réclame

postérieurement à la période concordataire se rapportent à des dépenses encourues et terminées avant le dépôt de l'avis d'intention, et ce, pour une période fiscale terminée au 30 novembre 2012. Les dépenses réclamées – ouvrant le droit au crédit – ont été encourues avant le dépôt de l'avis d'intention et – en conséquence – le Tribunal déduit que la requérante savait ou devait savoir à cette époque qu'elle avait droit à des crédits à la recherche et au développement, elle qui en avait réclamé pendant les années précédentes.

[8] La requérante n'a pas démontré que la possibilité – de récupérer ses crédits à la recherche et au développement antérieurs – avait été dénoncée aux créanciers qui ont voté sur la proposition concordataire.

[9] **CONSIDÉRANT** l'article 30.3 de la *Loi sur l'administration fiscale* et considérant que les déclarations – pour l'année terminée le 30 novembre 2012 – n'ont pas été déposées avant l'avis d'intention;

[10] **CONSIDÉRANT** les articles 1029.7 et 1029.8.36.7 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

[11] **CONSIDÉRANT** l'article 1a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

[12] **CONSIDÉRANT** les notes explicatives lors de l'adoption de ces articles;

[13] **CONSIDÉRANT** que les intimées ne peuvent percevoir – postérieurement à la date de l'avis d'intention – des dettes fiscales antérieures puisque la loi leur interdit et, qu'en conséquence, la réciproque s'applique également à la requérante. Si les intimées ne peuvent réclamer et exécuter pour les dettes fiscales antérieures à l'avis d'intention, la requérante ne peut réclamer le remboursement pour des dépenses encourues pour des années financières terminées avant l'avis d'intention. Elle ne peut se rabattre en justifiant qu'elle a déposé sa réclamation postérieurement au « Certificate of Full Performance of Proposal »;

[14] **CONSIDÉRANT** que les crédits – dont la requérante recherche le remboursement – sont nés avant la date de l'avis d'intention, mais ont été cristallisés par la suite;

[15] **CONSIDÉRANT** qu'il y a lieu de compenser – selon l'article 97.3 *L.F.I.*;

[16] **CONSIDÉRANT** les admissions;

[17] **CONSIDÉRANT** que le Tribunal ne peut sanctionner la conduite de la requérante, car il serait trop facile pour un débiteur fiscal de faire faillite ou une proposition, de payer des sommes bien moindres que celles dues à ses créanciers et de profiter – par la suite – de remboursements pour des années antérieures à l'avis d'intention ou la faillite. Ce serait ouvrir une porte pour qu'un débiteur s'enrichisse au détriment de ses créanciers, ce qui n'est pas le but de la Loi;

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[18] **REJETTE** la requête pour jugement déclaratoire;

[19] **AVEC DÉPENS.**

CLAUDE AUCLAIR, J.C.S.

Me Louis-Frédéric Côté
SPIEGEL, SOHMER
Pour la requérante

Me Kim Sheppard
PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA
Pour l'Agence du revenu du Canada

Me Jean-Claude Gaudette
LARIVIÈRE MEUNIER
Pour l'Agence du revenu du Québec

Date d'audience :	28 octobre 2015
Date du jugement :	28 octobre 2015
Demande de transcription :	29 octobre 2015
Date de signature :	2 novembre 2015

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-025913-161 / 500-09-025914-169
(500-11-040900-116)

DATE : 20 février 2017

**CORAM : LES HONORABLES PAUL VÉZINA, J.C.A.
LORNE GIROUX, J.C.A.
ÉTIENNE PARENT, J.C.A.**

DANS L'AFFAIRE DU PLAN D'ARRANGEMENT AVEC SES CRÉANCIERS, DE
MÉTAUX KITCO INC., DÉBITRICE (*LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES
CRÉANCIERS DES COMPAGNIES*, S.R.C. 1985, CH. C-36) :

N° : 500-09-025913-161

L'AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC
APPELANTE - créancière - intimée

c.

MÉTAUX KITCO INC.
INTIMÉE - débitrice - requérante

et

PROCUREURE GÉNÉRALE DU CANADA
MISE EN CAUSE - créancière - intimée

et

PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC
MISE EN CAUSE - mise en cause

et

RICHTER GROUPE CONSEIL INC.
MISE EN CAUSE – contrôleur / mise en cause

et

HERAEUS METALS NEW YORK LLC
MISE EN CAUSE – mise en cause

et

**ASSOCIATION CANADIENNE DES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ
ET DE LA RÉORGANISATION (ACPIR)
INTERVENANTE**

N° : 500-09-025914-169

PROCUREURE GÉNÉRALE DU CANADA
APPELANTE - créancière - intimée

c.

MÉTAUX KITCO INC.
INTIMÉE - débitrice - requérante

et

RICHTER GROUPE CONSEIL INC.
MISE EN CAUSE – contrôleur - mise en cause

et

HERAEUS METALS NEW YORK LLC
MISE EN CAUSE – mise en cause

et

PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC
MISE EN CAUSE - mise en cause

et

L'AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC
MISE EN CAUSE - créancière - intimée

et

**ASSOCIATION CANADIENNE DES PROFESSIONNELS DE L'INSOLVABILITÉ
ET DE LA RÉORGANISATION (ACPIR)
INTERVENANTE**

ARRÊT

[1] Les appelantes, l'Agence du revenu du Québec et la Procureure générale du Canada, se pourvoient contre un jugement rendu le 1^{er} février 2016 par la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Marie-Anne Paquette), qui les a condamnées à payer à Kitco respectivement 1 443 713,16 \$ et 335 866,78 \$, représentant des remboursements de taxes sur les produits et services (TPS) et de taxes de vente du Québec (TVQ) dus à Kitco jusqu'au 30 novembre 2015, avec intérêt et indemnité additionnelle.

[2] Pour les motifs du juge Vézina, auxquels souscrivent les juges Giroux et Parent, la **COUR** :

[3] **REJETTE** les appels avec les frais de justice en faveur de l'intimée (Kitco), des mises en cause (Richter Groupe conseil inc. et Heraeus Metals New York LLC), mais sans frais contre l'intervenante (ACPIR).

PAUL VÉZINA, J.C.A.

LORNE GIROUX, J.C.A.

ÉTIENNE PARENT, J.C.A.

Me Daniel Cantin
Larivière Meunier (Revenu Québec)
Pour l'Agence du revenu du Québec

Me Chantal Comtois
Ministère de la Justice Canada
Pour la Procureure générale du Canada

Me Yves Ouellette
Me Alexandre Bayus
Me Lysandre Laferrière Chevrefils
Gowling WLG (Canada)
Pour Métaux Kitco inc.

Me Sylvain A. Vauclair
Woods
Pour Richter Groupe conseil inc.

Me C. Jean Fontaine
Stikeman Elliot
Pour Heraeus Metals New York LLC

Me Éric Vallières
McMillan
Pour ACPIR

Date d'audience : 8 novembre 2016

MOTIFS DU JUGE VÉZINA

[4] La « compagnie » débitrice Métaux Kitco inc. achète de la ferraille d'or (bijoux, chaînes, ustensiles de table, etc.) dont elle extrait l'or fin pour le revendre.

[5] Les achats de ferraille sont assujettis à la taxe sur les produits et services (TPS) et à la taxe de vente du Québec (TVQ), alors que les ventes d'or fin ne le sont pas. C'est l'Agence du revenu du Québec qui perçoit ces deux taxes, ce qui explique que les procureurs généraux du Québec et du Canada parlent ici d'une seule voix avec l'Agence.

[6] Le système de perception des taxes comporte un volet remboursement selon le schéma suivant. À l'achat de ferraille – un « intrant » de son exploitation –, Kitco doit payer les taxes à ses fournisseurs, lesquels en font remise à l'Agence; par contre, lors de la vente d'or fin, comme la loi exempte l'acheteur du paiement de la TPS et de la TVQ, Kitco a droit d'obtenir le remboursement de ces taxes payées à l'achat de l'intrant.

[7] C'est ainsi que, en 2010 et 2011, Kitco réclame et obtient de l'Agence des remboursements de taxes de plus de trois cents millions de dollars.

[8] Le hic, c'est que les fournisseurs de Kitco, grâce à un stratagème de fausse facturation, ne remettaient aucune taxe à l'Agence. Celle-ci a donc « remboursé » à Kitco des taxes jamais perçues.

[9] Lorsque l'Agence découvre le stratagème, elle conclut que Kitco en est partie prenante. De fait, à maintes reprises, Kitco vend son or fin à ses propres fournisseurs pour un volume d'affaires étonnamment élevé. Pour l'Agence, il s'agit d'un cercle vicieux mis en place pour la frauder. Les fournisseurs incorporent l'or fin dans des bijoux grossiers aussitôt revendus comme ferraille d'or à Kitco. En multipliant ainsi les transactions, on multiplie d'autant les remboursements de taxes... non perçues par l'Agence.

[10] À la suite de son enquête, l'Agence cotise donc Kitco pour les millions dont elle a été flouée.

[11] Kitco proteste avec véhémence de son innocence et conteste totalement les cotisations imposées. Elle écrit :

To Kitco's understanding, the ARQ [l'Agence] claims that, for several years, some companies linked to the goldsmith trade have been using a fraudulent scheme to wrongfully avoid the remittance of the GST and QST paid to them by Kitco or

others, and that Kitco is somehow part of this scheme (an allegation that Kitco has always strongly denied);

Prior to even receiving the draft notices of assessment, Kitco supplied the ARQ with all the useful and relevant information to demonstrate that it is not and could not be part of the alleged scheme contemplated by the ARQ;

[12] Mais il est bien connu que les cotisations fiscales sont aussitôt payables, peu importe qu'elles soient contestées¹. Le 7 juin 2011, l'Agence en entreprend l'exécution forcée.

[13] Le lendemain, 8 juin, Kitco dépose un avis d'intention de faire une proposition en vertu de l'article 50.4 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*², ce qui suspend tout « recours contre [elle] ou contre ses biens » de la part de ses créanciers (*L.f.i.*, art. 69), dont les mesures d'exécution de l'Agence.

[14] Puis, le 7 juillet, Kitco obtient une « ordonnance initiale », rendue en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (L.a.c.c.)*³, qui continue la suspension, toujours tenante aujourd'hui et jusqu'au 31 mai 2017. Le Tribunal pourra la prolonger s'il le juge à propos.

[15] La question de la participation ou non de Kitco dans le stratagème frauduleux dont l'Agence est victime, est actuellement devant une juridiction criminelle. Le procès est en cours et il semble bien qu'il pourrait se prolonger durant des mois et même plus. La validité des cotisations contre Kitco dépend de l'issue du procès. Jusque-là, son entreprise demeure sous la protection de la *L.a.c.c.*, à moins d'un nouvel ordre du Tribunal.

[16] Entretemps, depuis le 8 juin 2011, Kitco en continue l'exploitation – à volume réduit, nous a-t-on dit – et paie les taxes sur les intrants pour ensuite en réclamer le remboursement à l'Agence qui reconnaît lui devoir à ce titre plus de 1,7 M\$. Toutefois, l'Agence ne verse pas cette somme à Kitco, mais l'impute, par compensation, contre les cotisations.

[17] Kitco, qui considère cette compensation illégale, présente une requête pour obliger l'Agence à lui rembourser le 1,7 M\$. Le Tribunal lui donne raison⁴ et ordonne le remboursement. D'où le pourvoi en appel de l'Agence.

[18] Je retiens du jugement le motif suivant :

¹ Voir l'article 315 de la *Loi sur la taxe d'accise (L.t.a.)* L.R.C. (1985), ch. E-15, et l'article 2701 de la *Loi sur l'administration fiscale (L.a.f.)*, RLRQ, c. A-6.002.

² L.R.C. (1985), ch. B-3.

³ L.R.C. (1985), ch. C-36.

⁴ Jugement de la Cour supérieure, 2016 QCCS 444.

[118] [...] les termes de la LACC, tels qu'interprétés par la jurisprudence, ne permettent pas d'opérer compensation entre la Dette fiscale litigieuse, née avant les procédures en insolvabilité, et la dette pour les Crédits non contestés, née après ces procédures.

[19] Pour l'Agence, ce motif est mal fondé. Selon elle, le texte de la disposition qui permet la compensation (*L.a.c.c.*, art. 21, cité ci-après) ne la restreint pas aux seules dettes nées avant les procédures en insolvabilité. Elle écrit :

C'est à tort que la première juge a conclu que les deux créances compensées doivent avoir pris naissance avant l'institution des procédures en raison du libellé de l'article 21 LACC.

[20] À mon avis, l'interprétation littérale de l'Agence n'est pas la bonne car elle fait échec à la restructuration des grandes entreprises en difficulté, l'objectif primordial de la *L.a.c.c.*, et en outre, elle va à l'encontre du principe bien établi en droit de l'insolvabilité du traitement des créanciers ordinaires sur un pied d'égalité. L'Agence présente aussi un moyen fondé sur l'hypothèse que Kitco fera défaut de présenter un plan d'arrangement.

[21] À mon avis, ce motif est bien fondé et suffit à confirmer le dispositif du jugement. Voici mon analyse en quatre points :

- A) Ce motif, quelques précisions;
- B) La compensation versus la restructuration des entreprises;
- C) La compensation versus le traitement des créanciers ordinaires sur un pied d'égalité;
- D) Le défaut éventuel de Kitco de présenter un plan d'arrangement.

A) Ce motif, quelques précisions

[22] En début d'analyse, il est utile de préciser le contenu de ce motif, soit 1) « Les termes de la LACC », 2) « La Dette fiscale litigieuse », 3) « Les procédures en insolvabilité » et 4) une dette « née avant ces procédures » et une autre « née après » celles-ci.

1) « Les termes de la LACC »

[23] Ces termes sont d'abord ceux de l'article 21 qui permet la compensation, mais c'est l'ensemble de la loi dont se dégagent son objectif et ses principes sous-jacents, lesquels doivent être pris en compte pour une juste interprétation de l'article selon la méthode moderne reconnue.

[24] Voici l'article 21 de la *L.a.c.c.* :

21 Les règles de compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances, comme si elle était demanderesse ou défenderesse, selon le cas

21 The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.

[25] Comme il m'importe de souligner les rapports étroits entre le *L.a.c.c.* et la *L.f.i.*, voici l'article de cette loi sur la compensation, au même effet :

Compensation

97 (3) Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses.

Law of set-off or compensation

97 (3) The law of set-off or compensation applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so far as any claim for set-off or compensation is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences.

2) « La Dette fiscale litigieuse »

[26] Ce sont les cotisations imposées par l'Agence à Kitco, contestées par celle-ci.

[27] Au sujet de cette contestation, éliminons un point encore débattu en appel.

[28] Le *Code civil* exige, pour que la compensation s'opère entre deux dettes, que celles-ci soient « certaines » (art. 1673). La contestation des cotisations en fait-elle une dette incertaine? ou leur exigibilité immédiate malgré cette contestation leur octroie-t-elle un caractère certain au sens de cette disposition?

[29] Il n'est pas nécessaire de trancher car, dans l'hypothèse favorable à l'Agence que ses cotisations sont certaines, la question demeure si la compensation est possible

entre deux dettes, l'une née avant la procédure en insolvabilité et l'autre après celle-ci, et la réponse suffit à trancher le litige.

3) « Les procédures en insolvabilité »

[30] Ce sont les actes de la procédure engagée suivant l'une ou l'autre de la *L.a.c.c.* et de la *L.f.i.*, ces deux lois qui forment l'ensemble du droit de l'insolvabilité.

[31] Ici, le premier acte est celui de l'avis d'intention (*L.f.i.*) du 8 juin 2011, suivi du deuxième, l'ordonnance (*L.a.c.c.*) du 7 juillet suivant. Le premier emporte la suspension des recours des créanciers et le second la continue. Un autre lien étroit entre ces deux lois.

[32] C'est aussi au 8 juin que les réclamations des créanciers sont arrêtées et évaluées selon la *L.a.c.c.*, qui renvoie à la *L.f.i.* :

(*L.a.c.c.*)

Réclamations

19 (1) Les seules réclamations qui peuvent être considérées dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement visant une compagnie débitrice sont :

a) celles se rapportant aux dettes et obligations, présentes ou futures, auxquelles la compagnie est assujettie à [...]

(ii) la date de la faillite, au sens de l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, si elle a déposé un avis d'intention sous le régime de l'article 50.4 de cette loi ou [...]

(*L.f.i.*)

Définitions

2 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

ouverture de la faillite Relativement à une personne, le premier en date des événements suivants à survenir :

Claims

19 (1) Subject to subsection (2), the only claims that may be dealt with by a compromise or arrangement in respect of a debtor company are

(a) claims that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company is subject [...]

(ii) if the company filed a notice of intention under section 50.4 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* or [...]

Definitions

2 In this Act, [...]

date of the initial bankruptcy event, in respect of a person, means the earliest of the day on which any one of the following is made, filed or

<p>[...]</p> <p>c) le dépôt d'un avis d'intention par elle;</p> <p>[...]</p>	<p>commenced, as the case may be:</p> <p>[...]</p> <p>(c) a notice of intention by the person,</p> <p>[...]</p>
---	--

[33] D'où l'ordonnance du Tribunal du 18 avril 2012 qui précise :

e) "Claim" means any rights [d'un créancier] existing prior to the Determination Date, or which would have been claims provable in bankruptcy had the Petitioner become bankrupt on the Determination Date, and [...]

[...]

n) "Determination Date" means June 8, 2011;

o) "Excluded Claims" means any right of any Person against the Petitioner in connection with (i) any indebtedness, liability or obligation of any kind which came into existence after the Determination Date and [...],

[34] Le 8 juin est donc à la fois la date de l'ouverture de la procédure en insolvabilité et de la suspension des recours des créanciers et celle du jour où leurs réclamations doivent être établies (le jour de l'Ouverture ou l'Ouverture).

4) Une dette « née avant ces procédures » et une autre « née après » celles-ci

[35] En appel, les parties reprennent la distinction faite par la Juge entre les dettes nées avant l'Ouverture et celles après celle-ci, en les qualifiant de dettes « pré » et « post », ce qui allège l'exposé.

[36] Comme les réclamations s'établissent au jour de l'Ouverture, elles constituent toutes des dettes pré auxquelles « les règles de la compensation s'appliquent » (*L.a.c.c.*, art. 21 et *L.f.i.*, art. 97(3)).

[37] Ici, les parties admettent que la réclamation de l'Agence, fondée sur les cotisations, constitue une dette pré, susceptible de compensation.

[38] Quant au remboursement de 1,7 M\$ réclamé par Kitco, c'est une dette post, également susceptible de compensation selon l'Agence qui plaide que « La compensation d'une réclamation avec une dette née pendant le *statu quo* est permise », « Pendant le *statu quo* » c'est-à-dire née pendant la période depuis l'Ouverture et tant que dure la suspension des recours des créanciers ordonnée par le Tribunal.

[39] Elle écrit encore que si sa réclamation doit être « pré » pour que la compensation s'opère, il n'en est pas de même de sa dette à l'égard de sa débitrice qui peut être « post ». Elle écrit :

Certes, la réclamation compensée doit être en lien avec une créance ou un engagement auquel la débitrice devait être assujettie avant l'institution de procédures d'insolvabilité. Toutefois, cette dernière peut être compensée à l'encontre de « toute action intentée par la débitrice en vue du recouvrement de ses créances » sans égard au moment où les droits sous-jacents ont pu prendre naissance.

[40] C'est un fait qu'au jour de l'Ouverture, Kitco n'a aucun droit au remboursement réclamé. Ce droit lui vient de la continuation de son entreprise et des taxes qu'elle paye à ses fournisseurs sur les intrants de son exploitation depuis l'Ouverture. Le remboursement constitue bien une dette post.

[41] Il sera nécessaire de revenir sur cette distinction entre dettes pré et post en étudiant la jurisprudence car il s'y trouve une certaine confusion.

B) La compensation versus la restructuration des entreprises

[42] L'Agence soumet une interprétation de l'article 21 qui s'attache au texte, laquelle n'est pas dénuée de sens. Comme « les règles de la compensation s'appliquent [...] à toutes les actions intentées par [la compagnie débitrice] en vue du recouvrement de ses créances... », l'Agence peut invoquer la compensation en défense à l'action de Kitco en remboursement des taxes de 1,7 M\$.

[43] À mon avis, cette interprétation littérale va à l'encontre de l'objectif primordial de la *L.a.c.c.*, la restructuration des grandes entreprises en difficulté pour en assurer la survie, en faisant échec à la période de *statu quo* voulue par la loi, pendant laquelle l'entreprise peut élaborer un plan d'aménagement à soumettre à ses créanciers. La Cour suprême écrit dans *Century*⁵ :

[Références omises]

- Sur la nécessité du *statu quo* :

[60] Le processus décisionnel des tribunaux sous le régime de la LACC comporte plusieurs aspects. Le tribunal doit d'abord créer les conditions propres à permettre au débiteur de tenter une réorganisation. Il peut à cette fin suspendre les mesures d'exécution prises par les créanciers afin que le débiteur puisse continuer d'exploiter son entreprise, préserver le *statu quo* pendant que le débiteur prépare la transaction ou l'arrangement qu'il présentera aux créanciers

⁵ *Century Services inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379.

et surveiller le processus et le mener jusqu'au point où il sera possible de dire s'il aboutira [...]

- Sur l'importance de la survie des entreprises :

[60] [suite] Ce faisant, le tribunal doit souvent déterminer les divers intérêts en jeu dans la réorganisation, lesquels peuvent fort bien ne pas se limiter aux seuls intérêts du débiteur et des créanciers, mais englober aussi ceux des employés, des administrateurs, des actionnaires et même de tiers qui font affaire avec la compagnie insolvable [...] En outre, les tribunaux doivent reconnaître que, à l'occasion, certains aspects de la réorganisation concernent l'intérêt public et qu'il pourrait s'agir d'un facteur devant être pris en compte afin de décider s'il y a lieu d'autoriser une mesure donnée [...]

[44] L'objectif de restructuration est si important que la *L.a.c.c.* permet même à la débitrice d'emprunter en créant sur ses biens une garantie qui prime sur toutes les sûretés existantes.

[45] Pour expliquer en quoi l'interprétation littérale de l'article 21 fait échec à l'objectif de restructuration, j'emprunte aux auteurs Anderson, Gelbman et Pullen, « Recent Developments in the Law of Set-off »⁶ où ils s'interrogent « whether set-off is available in the CCAA context as between pre-filing debts and post-filing debts. »

[46] Les auteurs y analysent la décision *Re Air Canada*⁷, invoquée par l'Agence, qui entrouvre la porte, à tort selon eux, à la compensation de dettes pré et post. Ils élaborent « the following typical scenario »⁸ :

- A and B are in a trading relationship, and each month either party could be a net payor;
- A becomes insolvent and seeks court protection pursuant to the CCAA;
- As of the filing date, A owes B a pre-filing debt;
- A and B continue commercial relations in the ordinary course post-filing; and
- Post-filing, B becomes a net payor and purports to set off the amount it owes to A against the pre-filing amounts owed by A to B, potentially until the entire pre-filing debt is extinguished.

⁶ Robert Anderson, Thomas Gelbman et Benjamin Pullen, « Recent developments in the law of set-off », (2009) *Ann. Rev. Insol.* 1, p. 22.

⁷ *Re Air Canada* (2003), 2003 CarswellOnt 4016, 45 C.B.R. (4th) 13 (Ont. S.C.J.) [Commercial list].

⁸ *Supra*, note 6, p. 23.

If *Air Canada* stands, it would appear that a set-off would be allowed in the scenario. However, the mischief created by such a set-off is clear; it creates an incentive for a creditor with a pre-filing claim to procure goods or services from the debtor company in the post-filing period and withhold payment for such goods or services to retire the pre-filing debt. At the same time, it creates a disincentive for the debtor company to continue to do business with its suppliers or customers to avoid having to “work off” the pre-filing debt, an action which, depending on the amounts involved, could dissipate significant assets and jeopardize a successful restructuring.

[47] Ce scénario correspond à la situation présente où l'Agence se retrouve avec une dette post, des taxes à rembourser, qu'elle impute contre les cotisations, une dette pré. Une dette post de l'ordre de 15 % du chiffre d'affaires de Kitco, de sorte que, si le *statu quo* perdure – ce qui est à craindre – l'imputation se continuera « until the entire pre-filing debt is extinguished ».

[48] Comment Kitco peut-elle maintenir son exploitation si, comme ses concurrentes, elle paye 15 % de taxes sur ses intrants mais que, contrairement à celles-ci, elle n'en perçoit pas le remboursement? C'est une situation insoutenable. Les auteurs écrivent⁹ :

If a debtor company provides goods or services and receives no payment in return, the restructuring process will be rendered impossible. This result is especially true if multiple creditors are involved. It is difficult to imagine that the legislators of the day intended that result.

[49] Les auteurs citent les sommités du droit de l'insolvabilité, *Houlden, Morawetz et Sarra*, qui concluent de la même manière¹⁰ :

It is customary in a proposal to provide that creditors dealing with the debtor after the filing of a notice of intention or a proposal shall have no right of set-off. This is done to prevent creditors from purchasing goods from the debtor and claiming a right of set-off against the amount owing to them by the debtor. Even if such a term is not contained in a proposal, it would appear that there is no right of set-off, since if such were allowed it would be a fraud on the bankruptcy law. [...]

If set-off were allowed, it would make it difficult, if not impossible, for a trading company to make a successful proposal.

[50] La juste interprétation de l'article 21 doit se concilier avec l'objectif de restructuration.

⁹ *Supra*, note 6, p. 29.

¹⁰ L.W. Houlden, G.B. Morawetz & J.P. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 3rd ed. Rev., vol. 3, looseleaf (Toronto : Carswell, 2009) at. E 64.

C) La compensation versus le traitement des créanciers ordinaires sur un pied d'égalité

[51] En introduction à cette section, il est opportun de s'arrêter aux liens étroits entre la *L.a.c.c.* et la *L.f.i.*, qui font en sorte que les enseignements de la jurisprudence et les avis des auteurs sont transposables de l'une à l'autre.

[52] Ces lois établissent deux régimes intégrés dans le même ensemble du droit de l'insolvabilité, comme l'enseigne la Cour suprême¹¹ :

[78] À mon avis, le juge d'appel Tysoe a donc commis une erreur en considérant la LACC et la LFI comme des régimes distincts, séparés par un hiatus temporel, plutôt que comme deux lois faisant partie d'un ensemble intégré de règles du droit de l'insolvabilité. La décision du législateur de conserver deux régimes législatifs en matière de réorganisation, la LFI et la LACC, reflète le fait bien réel que des réorganisations de complexité différente requièrent des mécanismes légaux différents. [...]

[53] « Deux régimes législatifs en matière de réorganisation », le premier, celui de toute la procédure selon la *L.a.c.c.* en vue d'un arrangement et le second, celui des « Propositions concordataires » selon la Partie III de la *L.f.i.*, en vue d'un concordat. Arrangement ou concordat, c'est-à-dire un contrat avec les créanciers pour effacer le passé déficitaire et permettre la relance de l'entreprise.

[54] Les deux régimes édictent une procédure collective qui assure le maintien du *statu quo* par la suspension des recours individuels des créanciers pour le temps nécessaire à préparer un plan de restructuration à leur soumettre en vue d'un arrangement ou d'un concordat.

[55] Dans *Century*¹², la Cour suprême rétablit la décision de première instance qui « permet une transition harmonieuse » entre les deux lois afin d'assurer « une seule procédure collective » en matière d'insolvabilité. Elle écrit :

[77] La LACC établit les conditions qui permettent de préserver le *statu quo* pendant qu'on tente de trouver un terrain d'entente entre les intéressés en vue d'une réorganisation qui soit juste pour tout le monde. Étant donné que, souvent, la seule autre solution est la faillite, les participants évaluent l'impact d'une réorganisation en regard de la situation qui serait la leur en cas de liquidation. En l'espèce, l'ordonnance favorisait une transition harmonieuse entre la réorganisation et la liquidation, tout en répondant à l'objectif — commun aux deux lois — qui consiste à avoir une seule procédure collective.

¹¹ *Supra*, note 5.

¹² *Supra*, note 5.

[56] Deux régimes, l'un qui vise les PME, celui de la *L.f.i.*, et l'autre, les grandes entreprises, celui de la *L.a.c.c.* Comme les propositions des premières sont nombreuses et ont plus en commun, la *L.f.i.* édicte plusieurs normes pour les traiter. Dans les cas de grandes entreprises en difficulté, heureusement plus rares, chaque situation est particulière, d'où la plus grande latitude accordée par la *L.a.c.c.* pour un traitement sur mesure.

[57] Les deux régimes sont intégrés, comme le démontrent leurs nombreuses dispositions concordantes. On a déjà vu les règles de la compensation, la définition des réclamations prouvables et leur traitement, la suspension des recours des créanciers qui commence en vertu de l'une et se continue en vertu de l'autre.

[58] Quant à la compensation, précisons que l'article 97 (3) *L.f.i.*, qui l'édicte en cas de faillite, s'applique aussi aux propositions concordataires par l'article 66 (1)¹³ de cette même loi.

[59] On peut ajouter à ces dispositions celle de la notion de créancier garanti qui couvre d'abord une même réalité : « hypothèque, charge, gage ou privilège contre l'ensemble ou une partie des biens » d'une personne insolvable. (Voir les « définitions » à l'article 2 de chacune des lois.)

[60] L'Agence elle-même souligne ces liens étroits en employant à plusieurs reprises l'expression « le plan ou la proposition ». Par exemple, en rappelant l'objectif commun des deux régimes, elle écrit :

En matière de LACC ou de proposition, une suspension des procédures est établie afin de permettre à la débitrice de se restructurer et de présenter une proposition ou un plan à ses créanciers.*

* Art. 11.2 LACC et 69, 69.1 LFI.

[61] Cette concordance établie, voyons l'enseignement de la Cour suprême relatif à la règle de la compensation en matière d'insolvabilité. Dans *DIMS Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*¹⁴, elle écrit :

¹³ *L.f.i.*, art. 66 (1) Toutes les dispositions de la présente loi, sauf la section II de la présente partie [Proposition de consommateur], dans la mesure où elles sont applicables, s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, aux propositions faites aux termes de la présente section.

66 (1) All the provisions of this Act, except Division II of this Part, in so far as they are applicable, apply [...], with such modifications as the circumstances require, to proposals made under this Division.

¹⁴ 2005 CSC 52, [2005] 2 RCS 564.

[55] [...] Comme le par. 97(3) LFI fait exception à la règle de l'égalité des créanciers, il doit recevoir une interprétation restrictive. [...]

[56] [...] Les principes généraux de la LFI s'opposent à toute opération qui aurait pour effet d'accorder une garantie qui n'existait pas avant la faillite. [...]

[62] Le traitement des créanciers sur un pied d'égalité, sous réserve des priorités édictées par la loi, est un principe reconnu du droit de l'insolvabilité.

[63] L'Agence soumet toutefois qu'elle bénéficie d'une priorité par l'effet de la compensation. Elle écrit :

La Cour suprême a reconnu, dans l'affaire *Husky Oil Operations Ltd. c. M.R.N.*¹⁵ [*Husky Oil*], que la compensation entraîne une forme de priorité permise en contexte d'insolvabilité. Le législateur fédéral autorise donc la partie qui l'invoque à modifier l'ordre de priorité établi.

¹⁵ [1995] 3 RCS 453, paragr. 60-61.

[64] Allons un peu plus loin dans cet arrêt *Husky* :

[Je souligne]

[57] Dans le contexte de la faillite, un droit à la compensation a nécessairement pour effet de garantir la réclamation de la partie qui invoque la compensation sur les biens de l'actif du failli. [...]

[...]

[59] Du fait qu'elle crée une sorte de garantie sur l'actif de la faillite, l'application de la compensation en matière de faillite a été critiquée par la doctrine: [...]

[60] [...] Dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent donc au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler la totalité de la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli. En conséquence, dans ce sens restreint, le législateur fédéral autorise la partie qui invoque la compensation à « modifier » l'ordre de priorité qu'il a établi en matière de faillite, en raison de l'application des règles de la compensation.

[65] En droit civil, cette « priorité » créée par la compensation est difficile à saisir du fait que la compensation « s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes... » (C.c.Q., art. 1673), de façon automatique en quelque sorte. C'est plus facile en common law où il n'y a pas d'automatisme et où les deux dettes ont une existence autonome et survivent en parallèle lors d'une faillite.

[66] En droit civil, au jour d'Ouverture, la compensation s'opère et un solde en résulte en faveur du créancier ou de la débitrice si les deux dettes sont liquides et exigibles. Elle s'opérera aussi si la dette n'était pas exigible puisque « le débiteur perd le bénéfice du terme s'il devient insolvable » (C.c.Q., art. 1514). Enfin, s'il faut une liquidation judiciaire (C.c.Q., art. 1672), le calcul du solde se fera rétroactivement au jour d'Ouverture, où les réclamations doivent être établies.

[67] En common law, les deux dettes demeurent après l'Ouverture. Par l'effet de la scission de l'actif et du passif du failli, le créancier conserve donc une réclamation prouvable pour la totalité de sa créance, mais en contrepartie, il doit payer le total de sa dette au syndic. Ce résultat « choquant » est heureusement écarté par le fait que les deux régimes d'insolvabilité permettent la compensation.

[68] Dans ce contexte de common law, on peut voir dans la compensation une forme de garantie prioritaire. Le créancier y possède une garantie qui ne porte toutefois que sur un seul des biens de la débitrice dévolus au syndic, soit la créance de celle-ci contre ce créancier lui-même. Mais une fois cette garantie réalisée, en réduisant sa réclamation du montant de cette créance, le créancier devient un créancier ordinaire pour le solde, sans garantie aucune sur tous les autres biens de la débitrice.

[69] Dans cette optique, qu'en est-il de la créance de l'Agence par rapport aux biens de Kitco?

[70] Au jour d'Ouverture, l'Agence était créancière de Kitco pour les cotisations et elle lui devait un certain remboursement de taxes pour des opérations antérieures (et non celui de 1,7 M\$ pour les opérations postérieures à l'Ouverture). La compensation s'est opérée. L'Agence a réduit ses cotisations du montant de ce remboursement, qu'elle n'a donc pas versé à Kitco, réalisant alors sa garantie sur ce bien de Kitco, sa créance pour un remboursement. Une fois sa garantie ainsi réalisée par la compensation, elle ne possède plus aucune garantie sur les autres biens de Kitco, laquelle peut les conserver pour maintenir son exploitation et mettre en œuvre sa restructuration.

[71] Lorsque l'Agence revient par la suite pour opérer une nouvelle compensation pour 1,7 M\$, force est de constater qu'elle prétend alors exercer une garantie sur ces autres biens de Kitco et ainsi s'octroyer une priorité au détriment des autres créanciers ordinaires, une opération que la loi prohibe, comme le rappelle la Cour suprême dans le passage déjà cité de l'arrêt *DIMS* :

[56] [...] Les principes généraux de la LFI s'opposent à toute opération qui aurait pour effet d'accorder une garantie qui n'existait pas avant la faillite. [...]

[72] L'Agence soumet encore que la jurisprudence permet la compensation des dettes pré et post. Je ne reviens pas sur l'affaire *Air Canada* critiquée par la doctrine.

[73] Selon l'Agence, la règle de compensation en matière de faillite doit recevoir une interprétation large. Elle écrit :

...depuis l'affaire *DIMS Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)* [DIMS], il est établi que la compensation en équité n'est plus applicable au Québec.

C'est ce qui a amené cette Cour, dans l'affaire *Daltech Architectural inc. (Syndic de)* [Daltech], à conclure que la compensation légale du CCQ doit recevoir une interprétation large : [...]

La compensation de créances connexes qui ne sont pas nécessairement certaines, liquides ou exigibles en date de l'institution des procédures d'insolvabilité est donc permise en droit civil québécois; ce droit a d'ailleurs été réitéré par cette Cour dans l'affaire *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Dolbec Transport inc.*^[15] [...]

[Renvois omis]

[74] Jusque-là ça va. Mais ça ne va plus quand l'Agence ajoute à la fin du dernier paragraphe cité :

Sur cet aspect, la première juge n'a pas tenu compte d'aucun des arrêts précités, elle a erré.

[75] Selon l'Agence, l'« interprétation large » de la jurisprudence aurait amené la Cour, dans cette affaire *Dolbec*, à permettre la compensation des dettes pré et post. Ce n'est pas le cas.

[76] Dans *Dolbec*, la Cour retient que les deux dettes qui font l'objet de compensation sont pré Ouverture. On y lit :

[37] C'est pourquoi, si, à la suite de l'homologation par le tribunal et le paiement d'un dividende, la CSST était liée par la proposition et ne pouvait plus, selon les dispositions de l'article 62(2) L.F.I., réclamer le solde de sa créance, la Cour est toutefois d'avis qu'elle pouvait toujours, en défense à l'action de Dolbec, se prévaloir des dispositions de l'article 97(3) L.F.I. et opposer le solde de cette créance en compensation, puisque rien dans la proposition concordataire ne s'y oppose et que ces créances sont connexes et ont toutes deux pris naissance avant le dépôt par Dolbec de l'avis de son intention de faire une proposition selon les dispositions de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité.

¹⁵ *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Dolbec Transport inc.*, 2012 QCCA 698.

[77] L'erreur provient du fait que les dettes pré incluent celles nées après l'Ouverture lorsqu'elles résultent d'une obligation antérieure à celle-ci. Seule la dette née après l'Ouverture et résultant d'une obligation elle-même née après l'Ouverture constitue une dette post, comme le remboursement de taxes de 1,7 M\$ réclamé après l'Ouverture et résultant des opérations de l'entreprise conduites depuis lors.

[78] Certes, une obligation peut être incertaine, non liquidée ou non exigible au jour d'Ouverture, mais elle existe et elle donnera lieu à une réclamation si elle devient « réputée prouvée » par décision du tribunal tel que prévu aux articles 121(1) et (2) qui renvoient à 135 (1.1) et (4) de la *L.f.i.*

Art. 121 (1)

Réclamations prouvables

121 (1) Toutes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d'une obligation contractée antérieurement à cette date, sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.

Décision

(2) La question de savoir si une réclamation éventuelle ou non liquidée constitue une réclamation prouvable et, le cas échéant, son évaluation sont décidées en application de l'article 135.

135 [...]

Réclamations éventuelles et non liquidées

(1.1) Le syndic décide si une réclamation éventuelle ou non liquidée est une réclamation prouvable et, le cas échéant, il l'évalue; sous réserve des autres dispositions du présent article, la réclamation est dès lors réputée prouvée pour le montant de

Art. 121 (1)

Claims provable

121 (1) All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt's discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

Contingent and unliquidated claims

(2) The determination whether a contingent or unliquidated claim is a provable claim and the valuation of such a claim shall be made in accordance with section 135.

135 [...]

Determination of provable claims

(1.1) The trustee shall determine whether any contingent claim or unliquidated claim is a provable claim, and, if a provable claim, the trustee shall value it, and the claim is thereafter, subject to this section, deemed a proved claim to the amount of its valuation.

l'évaluation.

[...]

Effet de la décision

(4) La décision et le rejet sont définitifs et péremptoires, à moins que, dans les trente jours suivant la signification de l'avis, ou dans tel autre délai que le tribunal peut accorder, sur demande présentée dans les mêmes trente jours, le destinataire de l'avis n'interjette appel devant le tribunal, conformément aux Règles générales, de la décision du syndic.

[...]

Determination or disallowance final and conclusive

(4) A determination under subsection (1.1) or a disallowance referred to in subsection (2) is final and conclusive unless, within a thirty day period after the service of the notice referred to in subsection (3) or such further time as the court may on application made within that period allow, the person to whom the notice was provided appeals from the trustee's decision to the court in accordance with the General Rules.

[79] Même si la décision du tribunal survient bien après le jour d'Ouverture, elle n'en constitue pas moins, dès ce jour, une « réclamation prouvable », susceptible de compensation.

[80] Dans *Daltech*¹⁶ également, la Cour réitère que les obligations mutuelles, sources de dettes à compenser, doivent exister au jour d'Ouverture. On y lit :

[58] La juge Deschamps, dans l'arrêt *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic) c. Québec (Procureur général)*, est d'avis que l'art. 97(3) *L.F.I.* « [...] requiert implicitement que les créances mutuelles doivent avoir pris naissance avant la faillite ». En l'espèce, à l'instar du juge de première instance, je suis d'opinion que la compensation s'applique puisqu'avant la faillite, la faillie détenait une créance contre l'intimée, illustrée par le droit de rétention prévu au Contrat. Les deux parties étaient, en effet, au moment de la faillite, mutuellement créancière et débitrice.

[81] Ce n'est pas de savoir si une dette existe, si elle est liquide et exigible ou connexe à une autre qui importe, c'est de déterminer si elle constitue une réclamation prouvable dûment prouvée ou « réputée prouvée » pour que la compensation s'opère.

[82] À mon avis, les articles 21 *L.a.c.c.* et 97 (3) *L.f.i.* qui édictent que « les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations... », précisent par là le moment où la compensation s'opère, soit au moment où doivent être établies les réclamations; c'est au jour d'Ouverture que s'établit la réciprocité temporelle.

¹⁶ *Daltech Architectural inc. (Syndic de)*, 2008 QCCA 2441.

[83] Ainsi, le créancier établit sa réclamation au jour d'Ouverture, dont il soustrait sa propre dette à la débitrice. Si le solde est en sa faveur, il constitue sa réclamation prouvable, sinon, si le solde est en faveur de la débitrice, elle sera en droit de lui réclamer le solde, mais pas plus.

[84] La Juge fonde aussi son jugement sur le principe de l'égalité des créanciers, auquel la compensation ne permet pas de déroger. Elle écrit :

[102] Suivant ces considérations et ce raisonnement, la Cour suprême a spécifiquement énoncé dans *D.I.M.S.* que l'article 97(3) LFI, qui permet le recours à la compensation dans un contexte de faillite, requiert implicitement que les créances mutuelles aient pris naissance avant la faillite.

[55] Peu d'auteurs se sont intéressés à l'effet de la subrogation en matière de faillite et le bijuridisme canadien ne permet pas d'importer les règles de la common law. [...] Le paragraphe 97(3) LFI ne prévoit pas qu'une créance puisse être transférée d'un créancier à l'autre de façon à autoriser une compensation qui n'aurait pas autrement pu être invoquée. Comme le par. 97(3) LFI fait exception à la règle de l'égalité des créanciers, il doit recevoir une interprétation restrictive. [...]

[85] Je fais la même lecture de l'arrêt *DIMS* où on lit encore :

[40] [...]

Ainsi, le créancier qui veut opposer compensation doit être en mesure de prouver une créance à laquelle le failli était assujéti en raison d'une obligation contractée antérieurement à la faillite.

[...]

[55] [...] [L'article 97 (3) *L.f.i.*] doit donc être interprété en conjonction avec les art. 121, 136(3) et 141 LFI et requiert implicitement que les créances mutuelles doivent avoir pris naissance avant la faillite.

[86] La Juge ajoute encore dans la même optique :

[103] La Cour d'appel du Québec a d'ailleurs suivi cette règle dans plusieurs arrêts⁶³.

[104] Conformément à cette règle, et dans un contexte similaire au présent litige, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé en 2004⁶⁴ que Revenu Canada ne peut imputer les remboursements dus à la débitrice pour surplus de taxes payés

après proposition au paiement d'une dette que la débitrice a envers Revenu Canada pour des taxes impayées avant la proposition.

[105] Vu la très grande similarité des articles 97(3) LIF et 21 LACC et le fait que ces deux lois font partie d'un ensemble intégré de règles du droit de l'insolvabilité⁶⁵, cette conclusion s'applique tout autant à la compensation à opérer dans le cadre d'une restructuration. Il n'y a pas lieu de distinguer entre le mécanisme de la compensation dans le contexte d'une faillite ou d'une proposition et dans le contexte d'un arrangement.

⁶³ CSST c. *Dolbec Transport inc.*, 2012 QCCA 698, par. 37; *Daltech Architectural Inc. (Syndic de)*, 2008 QCCA 2441, par. 58, 61; 2945-2802 *Québec c. Ville de St-Léonard*, J.E. 98-2341, par. 22, 23, 25 (C.A.).

⁶⁴ *Re Jones*, (2004) 45 C.B.R. (4th) 263, par. 19.

⁶⁵ *Century Services inc. c. Canada (P.G.)*, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 15, 22 - 24, 78.

[87] Quant aux arrêts antérieurs à *DIMS*, leur poids est moindre depuis lors.

[88] Bref, l'interprétation de l'article 21 *L.a.c.c.* selon la jurisprudence ne va pas dans le sens que souhaiterait l'Agence.

D) Le défaut éventuel de Kitco de présenter un plan d'arrangement

[89] L'Agence fonde ce moyen additionnel sur une hypothèse alternative, selon que la procédure engagée se termine avec ou sans arrangement. Elle écrit :

En cas d'approbation du plan ou de la proposition, un nouveau contrat lie les créanciers. Il s'agit de la date butoir à compter de laquelle la compensation d'une créance antérieure avec une créance postérieure à l'institution des procédures d'insolvabilité doit cesser, à moins que les parties n'en aient convenu autrement⁶¹. Si le plan ou la proposition ne sont pas approuvés, il y aura faillite en matière de proposition ou levée de la suspension et possiblement faillite en contexte d'arrangement, et c'est à ce moment que surviendra la date butoir. Toute compensation qui aura alors été effectuée sera de la compensation visant des créances antérieures à la faillite.

⁶¹ Soulignons que la compensation de dettes antérieures à l'institution des procédures pourra être exercée en tout temps, même après l'homologation de la proposition – *Dolbec*, précité note 21.

[90] Par cette note de bas de page, l'Agence reconnaît, avec raison, que la compensation peut s'opérer même après la mise en place d'un arrangement.

[91] L'arrangement ne modifie pas l'application de la compensation. Il lie tout créancier qui a une réclamation prouvable (*L.f.i.*, art. 2) au jour d'Ouverture, laquelle est déjà réduite de sa propre dette à la débitrice ou laquelle constituera un motif de défense

à une action de la débitrice, même postérieure à l'arrangement conclu. C'est l'arrêt *Dolbec*.

[92] Cette possibilité d'un éventuel arrangement n'aide pas pour l'interprétation de l'article 21 *L.a.c.c.* et pour déterminer comment l'appliquer durant la période actuelle du *statu quo*.

[93] L'Agence considère plus probable la possibilité du défaut de Kitco. Elle écrit :

Soulignons que Kitco n'a pas déposé de plan et n'a vraisemblablement pas l'intention d'en déposer un, du moins pas avant que le litige fiscal ne soit réglé. Conséquemment, le seul objectif de la protection de la LACC est de stopper les recours des autorités fiscales.

[94] Cette hypothèse d'un échec de la procédure qui prendrait fin sans arrangement ne nous aide pas non plus à y voir clair. L'Agence utilise alors un futur antérieur qui implique une rétroactivité :

Toute compensation qui aura alors été effectuée sera de la compensation visant des créances antérieures à la faillite.

[95] Certes, si les cotisations sont confirmées, on peut prévoir un échec de la procédure en cours selon la *L.a.c.c.* et la mise en faillite de Kitco dans les jours suivants. Les réclamations prouvables dans cette faillite seront établies « à la date à laquelle [le failli] devient failli » (*L.f.i.*, art. 121(1)). La réclamation actuelle de l'Agence, arrêtée au 8 juin, deviendra caduque et sa nouvelle réclamation s'arrêtera cette fois à la date de cette mise en faillite.

[96] Et la compensation jouera de nouveau (*L.f.i.*, art. 97 (3)) en tenant compte de toutes les dettes réciproques jusqu'à cette nouvelle date. Il est vrai qu'à ce jour futur, l'Agence aurait alors le droit de compenser contre ses cotisations les remboursements de taxes dus à Kitco, dont celui réclamé de 1,7 M\$, s'il n'est pas encore payé à cette époque.

[97] Mais je ne vois pas en quoi cette nouvelle application de la compensation à l'occasion d'une nouvelle procédure de faillite, hypothétique, viendrait modifier les règles de la compensation applicables aujourd'hui pendant le *statu quo*.

[98] En somme, l'Agence aura peut-être droit éventuellement à la compensation d'une dette post Ouverture de la procédure actuelle selon la *L.a.c.c.* si celle-ci a pris fin sans arrangement, mais elle ne peut invoquer ce droit futur pour fonder un droit actuel à la compensation.

[99] Ce moyen d'appel additionnel est mal fondé.

[100] En conclusion, la Juge a tranché avec raison que la compensation n'est pas permise entre des dettes pré et post.

[101] Pour ces motifs, je suis d'avis que la Cour rejette les appels avec les frais de justice en faveur de l'intimée (Kitco), des mises en cause (Richter Groupe conseil inc. et Heraeus Metals New York LLC), mais sans frais contre l'intervenante (ACPIR).

PAUL VÉZINA, J.C.A.

IIC-ART Vol. 7-6
Insolvency Institute of Canada (Articles)

— **Compensation and Set-Off in Insolvency Restructurings After *Kitco*: Are We Closer to Symmetry?**

© Thomson Reuters Canada Limited or its Licensors (excluding individual court documents). All rights reserved.

—*Louis Dumont and Michel Marleau**

1. INTRODUCTION

Compensation under Québec law and set-off in common law are well entrenched mechanisms used to extinguish in whole or in part mutual, liquid, certain and exigible debts.

Restructurings under the *Bankruptcy and Insolvency Act*¹ (BIA) or the *Company's Creditors Arrangement Act*² (CCAA) require a delicate balancing act between the necessity for the debtor to stop the bleeding in order to attempt to successfully restructure its business and the interests and fair treatment of its creditors.

Two objectives are at the heart of the restructuring provisions under the BIA and CCAA:

- (1) the financial rehabilitation of the debtor, who is discharged of past debts;
- (2) the equitable distribution of the debtor's assets among his or her creditors in accordance with the order of priority established in the CCAA and in the BIA.³

While the BIA and the CCAA form part of an integrated body of insolvency law in Canada, the CCAA distinguishes itself from the BIA by its remedial objective.⁴ Accordingly, the CCAA provisions have been interpreted liberally in the pursuit of its remedial objective.

Set-off and compensation are an integral component of the restructuring processes under the BIA and CCAA. On the other hand, set-off and compensation constitute an exception to the principle of equality between the creditors, one of the cardinal principles under both the BIA and the CCAA.

The application of the concepts of set-off and compensation in insolvency restructurings has been a challenging exercise for Canadian courts and has led to a variety of approaches and results, more specifically with respect to its application to "pre-filing claims" and "post-filing claims". This particular issue of compensation and set-off in the context of insolvency restructuring was the central question in dispute in the *Kitco* case.⁵

This article proposes to review:

- (1) the general principles of set-off and compensation;
- (2) their treatment in bankruptcy or restructurings prior to the *Kitco* case;
- (3) the *Kitco* case;
- (4) set-off and compensation after the *Kitco* case.

2. GENERAL PRINCIPLES OF SET-OFF AND COMPENSATION

(a) Set-Off at Common Law

Set-off at common law can be defined as follows:

Set-off is the discharge of reciprocal obligations to the extent of the smaller obligation. It is a form of payment. A debtor sets off the cross-claim owed to him against the main claim which he pays to its creditors. Instead of paying money, he uses the claim owned to him to pay the claim he owes. The bank sets off a cross-claim for a loan owned to it by a depositor against the depositor's primary claim for a deposit owed by the bank. A defendant sets off against the claimant-creditor a cross-claim owed by the claimant to the defendant.⁶

In the English common law, set-off was traditionally a right to set off mutual debts arising from transactions of a different nature which could be ascertained with certainty at the time of pleading. No legal set-off could exist against the claim which sounded in damages nor could a claim which sounded in damages be set-off at law against the plaintiff's claim.⁷

Canadian law recognizes three types of set-off: contractual, legal or statutory, and equitable. It is interesting to point out that certain elements of the equitable doctrine of set-off were borrowed from the civil law doctrine of compensation.⁸

The principles applicable to equitable set-off are summarized in *Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd.*:⁹

- (1) the party relying on a set-off must show some equitable ground for being protected against his adversary's demands;
- (2) the equitable ground must go to the very root of the plaintiff's claim before a set-off will be allowed;
- (3) a cross-claim must be so clearly connected with a demand of the plaintiff that it will be manifestly unjust to allow the plaintiff to enforce payment without taking into consideration the cross-claim;
- (4) the plaintiff's claim and the cross-claim need not arise out of the same contract provided that the contracts are inter-related;
- (5) unliquidated claims are on the same footing as liquidated claims.

The British Columbia Court of Appeal's ruling was followed by the Supreme Court of Canada in *Holt v. Telford*.¹⁰ Unlike legal or statutory set-off, the claims do not need to be liquidated in the case of equitable set-off.

(b) Compensation in Quebec

In Quebec civil law, compensation is defined in article 1672 of the *Civil Code of Quebec (CCQ)*, and its rules are set out in article 1673 CCQ. Compensation is effected between debts that are (1) mutual, (2) liquid, (3) certain, and (4) exigible:

1672. Where two persons are reciprocally debtor and creditor of each other, the debts for which they are liable are extinguished by compensation, up to the amount of the lesser debt.

Compensation may not be claimed from the State, but the State may claim it.

1673. Compensation is effected by operation of law upon the coexistence of debts that are certain, liquid and exigible and both of whose subject is a sum of money or a certain quantity of fungible property identical in kind.

A party may apply for judicial liquidation of a debt in order to set it up for compensation.

Compensation may be effected by operation of law (legal compensation), as the result of contractual terms, or in conjunction with a judgment ruling on a dispute between the parties with respect to compliance with the conditions of compensation (judicial compensation).

Legal compensation is effected by operation of law where both debts meet the conditions of article 1673 of the CCQ mentioned above:

[80] The notion of mutuality requires the coexistence of counterclaims or cross-obligations. The holders of the two claims must therefore be the same persons in the same capacities.

[81] The liquidity of a debt relates to its amount. A debt of unspecified amount is not liquid.

[82] The certainty of a debt pertains to its validity. If the validity of such debt is contested, it is not certain.

[83] A debt is exigible if its execution is likely to be forced. An obligation that comes with a term or condition is not exigible as long as the term is not expired or the condition has not been met.¹¹

Judicial compensation is effected where the court settles a dispute between the parties and concludes that the conditions mentioned above have been met. However, an additional requirement applies: the court must not only be convinced that the debts are (1) mutual, (2) liquid, (3) certain, and (4) exigible, but also (5) that they are connected. In this respect, there must be a direct affinity or intimate connection between the two claims. The possibility of submitting joint evidence and the risk of contradictory judgments of the various debts or issues that were dealt with separately constitute strong indications of connectivity.¹² The additional requirement of connectivity between the two claims in the context of judicial compensation bears a certain similarity to the requirement of the common law notion of equitable set-off.

We will now examine how these common law and civil law concepts are applied in insolvency proceedings.

3. APPLICATION OF SET-OFF AND COMPENSATION IN INSOLVENCY PROCEEDINGS

(a) Legal Framework

Set-off and compensation under the BIA are governed by section 97(3):

97. (3) The law of set-off or compensation applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so far as any claim for set-off or compensation is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences.

Set-off and compensation under the CCAA are governed by section 21:

21. The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.

As mentioned at the outset, the principle of equality of creditors is a cornerstone of Canadian insolvency law.¹³

Sections 97(3) BIA and 21 CCAA are exceptions to the rule of equality of creditors. However, these exceptions have historically been interpreted liberally with the effect, more specifically in CCAA restructurings in common law provinces, that set-off or compensation has been effected between pre-filing and post-filing claims.

Furthermore, until the enactment of the *Federal Law — Civil Law Harmonization Act, No. 1*¹⁴ in 2001 and the Supreme Court's decision in *D.I.M.S. Construction Inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*,¹⁵ in 2005, Quebec courts have tended to incorporate common law equitable set-off concepts to civil compensation issues in insolvency law, possibly in their own attempt to "harmonize" the set-off/compensation rules in Canada. This has resulted in various approaches and results in an attempt to alleviate the rigid criteria applicable to civil compensation, casting uncertainty for insolvency practitioners as to what are the appropriate criteria to be applied in insolvency proceedings.

(b) Treatment of Set-Off and Compensation in Bankruptcies

In the mid-70s, the Court of Appeal of Quebec rendered two decisions whereby it departed from the principle that compensation can only be effected if both debts are owed before the date of the bankruptcy and that all requirements for legal compensation are present before the date of the filing.¹⁶

A year later, in *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Zwaig, A Stotter Glass Products*,¹⁷ the Court of Appeal added that, for compensation to apply in a bankruptcy context, both debts have to be in existence before the date of the bankruptcy, even if the liquidity or exigibility requirements required for compensation to take place were not met at that time. This decision

marked the beginning of the Quebec courts taking inspiration from equitable set-off concepts to alleviate the rigid criteria to be met for compensation to apply under Quebec law.

In subsequent decisions, the Quebec Court of Appeal was more direct in its incorporation of common law concepts. In *Structal (1982) Inc. c. Fernand Gilbert Ltée*,¹⁸ the Quebec Court of Appeal continued to broaden the application of legal compensation and uniformize the interpretation of section 97(3) BIA in Canada by stating that section 97(3), as it applies to Quebec, includes both compensation under article 1673 CCQ (which requires the co-existence of debts that are mutual, certain, liquid and exigible) and compensation “*in equity*” or equitable set-off. Subsequent decisions of the Court of Appeal made reference and incorporated the concepts of “manifestly unjust” and “connexity” in applying legal compensation in a bankruptcy context.¹⁹

The most explicit expression of the Quebec Court of Appeal’s shift towards incorporating equitable set-off concepts in Quebec’s legal compensation is found in a dissenting opinion of the Honourable Madam Justice Rousseau-Houle in *Montreal Fast Print Ltd., Re.*²⁰ In this case, the majority did not apply section 97(3) BIA and the rules of compensation on the basis that there were no mutual debts. In her dissenting opinion, Madam Justice Rousseau-Houle, JCA, nevertheless addressed the application of equitable set-off concepts in interpreting section 97(3) BIA in the province of Quebec. In her view, the concept of equitable set-off allows compensation by creating a more flexible criterion in connection with the liquidity and mutuality of claims and permits compensation of connected yet unliquidated claims at the date of the bankruptcy unlike the traditional common law set-off which is the equivalent of legal compensation in civil law.²¹

While Justice Rousseau-Houle acknowledges that the *Harmonization Act*²² has removed the “*in equity*” jurisdiction of the Superior Court of Quebec at section 183 BIA, French law, which was the original foundation of the CCQ has attained a similar result as the equitable set-off in common law by allowing the compensation of related debts:

[76] We acknowledge that French law has attained a similar solution as the equitable set-off in common law by allowing the compensation of related (connected) debts. Inspired by the authors, the French Courts acknowledged that compensation can exceptionally take place even where the requirements of liquidity or exigibility required by article 1291 C.N., which corresponds to article 1673 CCQ, are only met subsequently to the date of bankruptcy, provided that the debts are related. This solution elaborated more than a century ago is not based on the concept of equity but strictly on the connectivity resulting either from a synallagmatic relation, a contract providing for reciprocal obligations, or again because there exists an intimate connection between the reciprocal mutual debts. (our translation)²³

In Madam Justice Rousseau-Houle’s opinion, to wait for all the conditions of legal compensation to be reunited appears unrealistic in most cases. The search for harmonious and uniform solution between the common law and civil law systems may well rest on the concept that compensation in civil law is not only a payment mode, but also a defence mechanism and security.

In 2005, in *D.I.M.S. Construction*²⁴ the Supreme Court seemed to seal the debate once and for all. In essence, the court clearly declared that for the purposes of section 97(3) BIA, the civil law of Quebec is the suppletive law in bankruptcy matters:

The BIA thus incorporates, although without defining it, a compensation mechanism. To delimit this mechanism, it is necessary to refer *not only to the BIA itself*, but also to provincial law. Since the enactment of the *Federal Law — Civil Law Harmonization Act*, No. 1, S.C. 2001, c. 4, it has been clear that in the province of Quebec, the civil law of Quebec is *the suppletive law* in bankruptcy matters. This means that in respect of *aspects not governed by the BIA*, the civil law rules of compensation apply.²⁵

(Emphasis added)

The Supreme Court also departed from the broad interpretation of section 97(3) BIA which favored the relaxation of the legal compensation criteria by reminding that section 97(3) BIA is an exception to the rule of equality between creditors. Therefore, it must be interpreted narrowly. Section 97(3) BIA must be read in conjunction with sections 121, 136(3) and 141 BIA as implicitly requiring that the mutual debts come into existence before the bankruptcy.²⁶

The Supreme Court’s *D.I.M.S. Construction* ruling was followed by the Court of Appeal of Quebec in the *Daltech Architectural Inc., Re.*²⁷ Justice Michel Robert, Chief Justice of Quebec, acknowledges that “*D.I.M.S. Construction* requires the existence of mutual claims which arose prior to the date of bankruptcy”. In the case at hand, although one of the claims

was a future and non-exigible claim at the time of the bankruptcy, Justice Robert determined that it was a future debt to which the bankrupt may become subject before the bankrupt's discharge by reason of an obligation incurred before the bankruptcy date. In other words, it was a provable claim pursuant to section 121 BIA.

Further commenting on the Supreme Court decision in *D.I.M.S. Construction*, Justice Robert opines that while Quebec courts can no longer refer to equitable set-off, the Supreme Court did not advocate a strict interpretation of compensation in Quebec civil law. If Quebec courts were to apply a narrow interpretation of the rules of compensation in Quebec law, it would have the inevitable consequence of provoking a legal asymmetry between the common law and civil law regimes regarding compensation, which was certainly not the legislator's intention.

Justice Robert promotes the alternative to a strict interpretation of compensation in civil law advocated by the Honourable Justice Rousseau-Houle's dissenting opinion in *Montreal Fast Print*.²⁸ Consequently, notwithstanding the fact that equitable set-off can no longer be used, compensation, even where the condition of exigibility has not been met can take place provided that there is a sufficient connection and an intimate relation between the various contracts. In *Dolbec Transport inc. c. Québec (Commission de la santé & de la sécurité du travail)*,²⁹ the Court of Appeal of Quebec reiterated and followed the approach taken in *Daltech*. The pursuit of symmetry between common law and civil law continues.

(c) Set-Off and Compensation in Restructurings Under the BIA and CCAA

In Quebec, the Court of Appeal has implicitly recognized that compensation between pre-filing and post-filing debts is not permitted in a restructuring under the BIA. In *Dolbec Transport*,³⁰ the debtor had filed a notice of intention under the BIA followed by a proposal. The debtor retained a claim against a creditor. In turn, this creditor had only been paid part of its claim through the proposal. The Court of Appeal allowed the creditor to set off the balance of his claim against the claim of the debtor as it was clear that both debts had originated before the filing of the notice of intention, and were pre-filing claims. The court applied the principles laid out in *D.I.M.S. Construction*³¹ and its own decision in *Daltech*³² to this restructuring under the BIA.

In proposals under the BIA, common law courts have generally avoided the application of set-off between pre-filing and post-filing debt. In *Re Jones*,³³ tax authorities were prevented from applying a surplus resulting from post-proposal payments to pre-proposal debt. This approach had also been applied by the British Columbia Supreme Court in *Re Sabey*.³⁴ Although most of the case law in restructurings under the BIA antedates the Supreme Court of Canada's decision in *D.I.M.S. Construction*,³⁵ the result, if not the approach, is consistent with the Supreme Court's decision.

On the other hand, in the common law provinces, the courts and the parties have historically applied the concepts of contractual set-off and equitable set-off between pre-filing and post-filing debts in CCAA cases. It is important to point out that the leading decisions antedate the Supreme Court decision in *D.I.M.S. Construction*.

As early as 1995, the Supreme Court of Canada in *Vachon v. Canada (Employment & Immigration Commission)*³⁶ assimilated compensation to a remedy, action or execution of proceedings which are stayed pursuant to the BIA and CCAA. The *Vachon* decision was followed by the British Columbia Court of Appeal in *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.*³⁷

In *Re Canadian Airlines Corp.*,³⁸ the Alberta Queen's Bench applied equitable set-off between pre-filing and post-filing debts, adding that the timing of when one of the cross-claims arose could be a factor in determining whether those cross-claims are closely connected.

In *Re Blue Range Resource Corp.*,³⁹ the Alberta Court of Appeal applied equitable set-off on the basis that the fact that damages owed to the creditors arise after the stay order is not relevant when the obligations arise out of the same contracts. Arguably, the court could have come to the same result using the post *D.I.M.S. Construction*⁴⁰ case law on the basis that the claim resulted from an obligation incurred before the CCAA initial order in conformity with section 21 CCAA and section 121 BIA.

Generally, case law subsequent to *Canadian Airlines*⁴¹ and *Blue Range*⁴² merely examines whether pre-filing and post-filing set-off is subject to the stay of proceedings provided for in the BIA⁴³ and the CCAA.⁴⁴ As we will see, the issue has been generally addressed in the context of delimiting the scope and ambit of the stay of proceedings contained in the initial order. It seems that parties and insolvency practitioners have operated under the assumption that set-off between pre-filing and

post-filing claims is permissible as section 21 of the CCAA stipulates that the law of set-off applies in CCAA matters.

Re Air Canada,⁴⁵ which predates *D.I.M.S. Construction*, is often cited as supporting the principle that the pre-filing/post-filing set-off applies in CCAA proceedings. This decision was criticized for wrongfully opening the door to set-off between pre-filing and post-filing debts.⁴⁶ As we will further review below, the *Air Canada* case does not expressly stand for the general application of such a principle, as the scope of the issue before the court was quite narrow.

In *Air Canada*, the initial order under the CCAA had stayed set-off rights. Moving creditors presented an application before the Honourable Justice James Farley of the Ontario Superior Court of Justice to vary the extent of the stay. It is important to note that in this case, as argued, *Air Canada* conceded that the initial order should be interpreted as not affecting the right of a creditor to effect equitable set-off between pre-filing and post-filing debts. However, the ability of any party to invoke a right of set-off should be stayed on a temporary basis so that it is not invoked until a later time when the CCAA proceedings had been stabilized.⁴⁷

In this respect, the Honourable Justice Farley set the stage as follows:

I take the foregoing to be a concession by AC that aside from the element of the impact of a temporal stay (as oppose to an absolute stay), it does not dispute that the right of a creditor to invoke set-off on an equitable basis is not affected by the Initial Order. Further, AC does not contest that legal set-off can be invoked by creditor as to a) debts existing between AC and a creditor before the CCAA filing or b) debts arising post-filing between AC and a creditor. What AC contains, however is that, as to legal set-off, the law of set-off has applied in any CCAA proceedings does not permit a pre-filing debt to be set-off against the post-filing debt. *However, as to equitable set-off, AC does not draw that distinction between pre-filing and post-filing debts*; rather AC asserts that in applying equity, the Court must only be concerned with the debts being “so closely connected that it would be inequitable to sever the two debts”.⁴⁸

(Emphasis added)

However, while *Air Canada* contends that the substantial law of set-off, both legal and equitable, is not affected by the terms of the initial order, the application of the law of legal set-off would take into account that the mutuality of parties was severed once a CCAA filing had been made, no matter what the terms of the CCAA stated.

Paragraph 9 of the *Air Canada* initial order as issued on April 3, 2013, reads as follows:

9. THIS COURT ORDERS that person may exercise such rights of set-off as are permitted under Section 18.1 [now section 21] of the CCAA as of the date of this order. For greater certainty, no person may set-off any obligations of an applicant to such person which arose prior to such date.

The relief requested by the moving creditors involved striking out the last seven words of the first sentence of paragraph 9 and the whole of the second sentence of paragraph 9 to now reads as follows:

9. THIS COURT ORDERS that person may exercise only such rights of set-off as are permitted under Section 18.1 [now section 21] of the CCAA.

Arguably, the modification of paragraph 9 of the initial order would open the door to the possibility of setting off pre-filing and post-filing claims should section 21 of the CCAA allow such a possibility. Justice Farley entertained the motion on the basis that contrary to a bankruptcy context, mutuality is not severed by the granting of an initial order, implying that set-off remains available between pre-filing and post-filing debt but remains stayed. However, the temporal stay of the enforcement of the creditors’ rights of set-off should wait until a convenient time when *Air Canada* is stabilized or alternatively cratered.⁴⁹

The same issue was put forth before the court in *North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.*⁵⁰ In this case, Global Tungsten has a pre-filing claim based on a Loan Agreement. The loan creditor was also a customer of the debtor, which is a distinct relationship. Global Tungsten then attempted to set off its pre-filing loan debt against the amount of important post-filing purchases of merchandise. The issue before the British Columbia Court of Appeal was whether or not the stay of proceedings issued pursuant to the initial order specifically prevented Global Tungsten from setting off pre-filing and post-filing debt. No submissions were made either at the trial or at the appellate levels with respect to the availability of set-off between pre-filing and post-filing debt.

On the issue of the stay, the British Columbia Court of Appeal pointed out that other provisions of the CCAA specifically prevent the court from staying certain rights and proceedings. No such limitation is found in section 21 of CCAA insofar as set-off is concerned:

[12] The section by its terms makes provision that the law of set-off or compensation applies to claims made against a debtor company, and actions instituted by a debtor company. This applies in the same manner and to the same extent as if the debtor company were a plaintiff or defendant. By its terms it makes no mention of the powers or jurisdiction of the court in CCAA proceedings. Clearly by its express terms s. 21 does not limit a judge's discretion to stay the exercise of a right of set-off during CCAA proceedings.

[13] I do not see that s. 21 by necessary implication limits a judge's discretion to stay the exercise of a right of set-off during CCAA proceedings. Section 21 does not say anything about a judge's discretion to stay the exercise or rights. Section 21 is contained in Part III of the CCAA, a part dealing with claims that can be dealt with in CCAA proceedings.

[. . .]

[16] That s. 21 does not restrict the jurisdiction of the court is made clear when it is contrasted with other provisions of the CCAA which specifically prevent the court from staying certain rights and proceedings (see ss. 11.04, 11.06, 11.08, and 11.1). Set-off is clearly a remedy which is specifically stayed by the ARIO, but also generally stayed in insolvency proceedings: see e.g. *Re Quintette Coal* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105 at 111-142 C.B.R. (3d) 303. Clearly, if an attempt at compromise or arrangement is to have any prospect of success there must be a means of holding creditors at bay.⁵¹

The British Columbia Court of Appeal did not address the application of *D.I.M.S. Construction* in interpreting section 21 CCAA. Instead, the issue of set-off between pre-filing and post-filing debt was stayed as the purpose of the CCAA is to enable a debtor to reorganize and restructure his affairs to allow the continuation of its operations. In this respect, the reception of post-filing funds is critical to the debtor's ability to continue operations and meet its obligations.⁵² The same result could have been achieved by interpreting section 21 CCAA in conformity with the Supreme Court's decision in *D.I.M.S. Construction*.⁵³

As we can see, there has been little or no debate in common law provinces regarding the availability of set-off between pre-filing and post-filing debts after *D.I.M.S. Construction* from a substantive law perspective. The practice has been to treat this issue through the stay of proceedings, which is not an outright interdiction but merely a temporal measure.⁵⁴

4. THE KITCO CASE

(a) The Facts

The backdrop for the Kitco restructuring is a very aggressive and acrimonious dispute between Kitco Metals Inc. (Kitco) and the Federal and Provincial Tax Agencies (Tax Agencies).

Kitco's business consists of two components. Kitco's business involves the purchase of scrap jewelry and gold from various suppliers (goldsmiths and silversmiths). This component of Kitco's business is subject to sales tax.⁵⁵ The fiscal laws allow Kitco to thereafter claim tax credits in order to recover the sales tax it paid to suppliers, among other things on purchases of scrap gold.⁵⁶ The second component of Kitco's business involved the conversion of the jewelry and scrap gold into pure gold. The transactions involving the sale of pure gold (precious metal), are tax exempt.⁵⁷

Prior to the filing of the notice of intention under the BIA, the Tax Agencies issued notices of assessment exceeding \$313,000,000.00⁵⁸ relating to the recovery of tax credits that Kitco received from January 1, 2006 to August 31, 2010. According to the Tax Agencies, Kitco and some of its suppliers participated in a stratagem whereby Kitco fraudulently claimed and received tax credits in the course of its scrap gold purchasing operations. The Tax Agencies contended that Kitco did not actually pay its suppliers the GST and QST for which it claimed and obtained tax credits (the "disputed fiscal debt").

Kitco subsequently filed notices of objection to the notices of assessment issued, denying any role in the alleged fraudulent stratagem. On June 7 and June 8, 2011, the Tax Agencies took steps to enforce the notices of assessment and seized Kitco's

property before judgment. Kitco had no other alternative than to file a notice of intention to make a proposal under the BIA. On July 7, 2011, the BIA proceedings were continued under the CCAA.

During its restructuring, Kitco maintained its operations and continued to claim tax credits on a monthly basis with respect to sales taxes it paid to suppliers, which were not suppliers suspected of having taken part in the alleged fraud. While the Tax Agencies acknowledged that Kitco is entitled to the refund of the post-filing sales tax credits (the “undisputed credits”), the Tax Agencies have refused to pay to Kitco the undisputed credits which represented an amount of \$1,779,579.94⁵⁹ since the beginning of the insolvency proceedings and invoked the right to effect compensation between the pre-filing disputed fiscal debt and the post-filing undisputed credits.

Prior to June 8, 2011, the Tax Agencies also assigned undisputed credits of \$4,754,656.60 to the payment of the disputed fiscal debt. The motion before the court does not deal with those amounts and Kitco reserved its rights to eventually challenge the compensation effected before June 8, 2011 on the ground that it would amount to a fraudulent preferential treatment in favour of the Tax Agencies.

(b) The Superior Court Decision

The Superior Court of Quebec was seized with a motion seeking the enforcement of the initial order to declare illegal certain rights of compensation exercised by the Tax Agencies, and to seek payment of the input tax credits and the input tax refunds to which it is entitled.⁶⁰

Two questions were in dispute before the court:

- (1) Within the framework of the Kitco restructuring, are the conditions for effecting compensation between the disputed fiscal debt and the undisputed credits met?
- (2) Within the framework of the Kitco restructuring, can the Tax Agencies rely on the fiscal law presumptions to claim that they fulfill the conditions of compensation?

Based on the cardinal principles in matters of insolvency and the conditions of compensation in a context of insolvency, the Honourable Madam Justice Anne-Marie Paquette, SCJ, answered these questions in the negative.

In her analysis, Madam Justice Paquette takes into consideration the cardinal principles in bankruptcy and insolvency matters. While the CCAA distinguishes itself from the BIA by its remedial objective, it nonetheless shares the same philosophy as the BIA. The CCAA and BIA form part of an integrated body of insolvency law. This is consistent with the well-established case law of the Supreme Court of Canada.⁶¹

Accordingly, given the strong similarities between sections 97(3) BIA and 21 CCAA and the fact that both laws form part of an integrated body of insolvency law, there is no reason to differentiate between the compensation mechanism in the context of a bankruptcy or proposal and in the context of an arrangement.⁶²

Two objectives are at the heart of both laws:

- (1) The financial rehabilitation of the debtor who is discharged of past debts;
- (2) The equitable distribution of the debtor’s assets among his or her creditors in accordance with the order of priority established in the CCAA and the BIA.

The court recognized that the principle of equality of creditors is a cornerstone of the CCAA and BIA and that any change in the order of priority established by the BIA or CCAA not expressly provided for by law is contrary to this principle. Any other asymmetry in the rules applicable to creditors, unless expressly provided for by law, is also considered contrary to the principle of equality of creditors.⁶³

According to section 38 CCAA, Crown claims are, in principle, unsecured claims under the CCAA. The only exceptions are specifically listed in subsections 38(2), which consists of charges or securities of a kind that can be obtained by any person, and 38(3) CCAA which refers, among other things, to claims of the Crown or the provinces for income tax or source

withholdings in relation to the Canada Pension Plan or a plan of a province, or employment contributions. The court notes that none of the exceptions provided for in section 38(3) relate to claims of the Crown or of the provinces in sales tax matters.⁶⁴ This leads the court to conclude that the Tax Agencies are unsecured creditors in this matter:

[71] The Court has adopted several times a restrictive interpretation and application of the provisions that, outside a context of insolvency, would have vested the Crown with more extensive rights than those conferred by the BIA or CCAA.

[72] It is acknowledged that the Agencies are not on a different footing from other creditors by reason of the nature of their claim and the presumptions related to it.⁶⁵

The court then turned to the question of the application of compensation in insolvency proceedings. Pursuant to section 21 CCAA, compensation rules apply even in the framework of a restructuring carried out under the CCAA. However, the compensation mechanism applicable in CCAA matters is not specifically defined in section 21 CCAA.

The court analyzes the application of compensation through a twofold approach. Firstly, it examines the issue through the lens of the general conditions governing legal compensation under the Civil Code of Quebec. Secondly, the court examines the additional conditions or alleviations stemming from the CCAA and BIA:

[74] As explained below, to effect compensation in a context of restructuring or bankruptcy in Québec, the court must be satisfied that the general conditions of Québec civil law in compensation matters are met. Thus, the debts at issue must be mutual, certain, liquid, exigible and connected.

[75] In addition, both parties must mutually be debtors and creditors before the date of bankruptcy or the date that proceedings commenced under the CCAA, whichever date is earlier.⁶⁶

In Québec civil law, the court recognizes that the rules of compensations set out in article 1673 CCQ are effected between debts that are mutual, liquid, certain and exigible. When these conditions are met, legal compensation is effected by operation of law. Judicial compensation adds a requirement that the debts be connected. In this respect, Madam Justice Paquette's interpretation of the rules applicable to civil compensation is in conformity with earlier judgments rendered by the Court of Appeal of Quebec.⁶⁷

In bankruptcy and insolvency matters, the compensation mechanism requires an additional condition: compensation can only be effected in respect of commitments or debts stemming from an obligation incurred, as the case maybe, before the date of bankruptcy or the date of commencement of proceedings under the CCAA, whichever date is earlier. This additional condition stems from the provisions of the CCAA and BIA.⁶⁸

The court relies on the wording of section 21 CCAA as well as the decision rendered by the Supreme Court of Canada in *D.I.M.S. Construction*.⁶⁹ Section 21 CCAA provides that the rules of compensation apply "to all *claims* made against the debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company" (emphasis added). In turn, section 2 CCAA defines "claim" with reference to the notion of "claim provable" within the meaning of the BIA. Section 121(1) BIA which defines "claim provable" requires the claim to stem from an obligation incurred before the date of the bankruptcy. Section 121(1) BIA reads as follows:

121. (1) [Claims provable] All debts and liabilities, *present or future, to which the bankrupt is subject* on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt'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.

(Emphasis added)

Section 19 CCAA is to the same effect as it defines claims that may be dealt with by an arrangement as claims "that relate to debts or liabilities present or future, to which the company is subject on the day of commencement of proceedings under the Act and by reason of any obligation incurred by the company before such date." Thus, in an insolvency context, compensation can only be effected in respect of commitments or debts stemming from an obligation incurred, as the case may be, before the date of bankruptcy or the date of commencement of proceedings under the CCAA, whichever date is

earlier.

In arriving at this conclusion, the court relies on the principles set forth by the Supreme Court in *D.I.M.S. Construction*:⁷⁰

[97] The Supreme Court set forth this principle in *D.I.M.S.*:

[40] First, s. 97(3) BIA specifies that compensation applies to claims against the bankrupt's estate. Creditors must therefore meet the conditions set out in s. 121(1) BIA, the relevant portion of which reads as follows:

121. (1) All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt's discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

Thus, *a creditor who wishes to effect compensation must be able to prove the bankrupt was subject to a debt by reason of an obligation incurred before the bankruptcy.*⁷¹

(Emphasis added)

As section 97(3) BIA is generally similar to section 21 CCAA and considering that the BIA and CCAA form part of an integrated body of insolvency in Canada, the court concluded that the principles of *D.I.M.S. Construction*⁷² apply under the CCAA. Also, *D.I.M.S. Construction* was followed on two occasions by the Quebec Court of Appeal.⁷³

Furthermore, the court distinguished the *Montreal Fast Print*⁷⁴ as antedating the *D.I.M.S. Construction* Supreme Court decision and the *Daltech* and *Dolbec* Court of Appeal decisions.⁷⁵ Furthermore, compensation was not an issue in *Montreal Fast Print*, and both debts were incurred before the bankruptcy. The same reason applies to *Re D'Auteuil*,⁷⁶ where both the debts were incurred before the date of bankruptcy, and the judgment having been rendered prior to *D.I.M.S. Construction*.

Applying the foregoing principles to the facts of the case, the court concludes that the disputed fiscal debt and the undisputed credits do not meet the conditions of Quebec compensation law since there is no connection between the two debts. The events at the origin of each are different and they relate to distinct and independent contexts, periods and transactions. Also, the transactions involved relate to different suppliers. The suppliers involved in the transactions at the origin of the undisputed credits are not involved in the transactions that resulted in the disputed fiscal debt.

As for the additional condition required under the CCAA, section 21, as interpreted by the jurisprudence, does not allow compensation between the disputed fiscal debt, which was incurred before the insolvency proceedings and the debt related to the undisputed credits, which was incurred after those proceedings.⁷⁷

While these two conclusions were sufficient to dispose of the dispute, the court considered it useful to deal with the validity and exigibility of the disputed fiscal debt in view of the presumptions stipulated in the fiscal laws. The court concluded that the presumptions of exigibility and validity that fiscal laws establish in the favour of the Tax Agencies do not apply in the context of insolvency proceedings under the CCAA:

[123] In this case, resorting to such presumptions in order to give preferential treatment to the Crown, to the detriment of the other creditors, would run contrary to the cardinal principle of equality of all creditors, including the Crown. Along these lines, the Court of Appeal for Ontario recently ruled that the Crown, especially the revenue agencies, cannot use the presumptions of validity and exigibility provided for in the fiscal laws to avail themselves of an unjustified advantage over the other creditors.

[124] In the case at hand, there is every reason to adopt such an interpretation of the laws involved. Such reading down of the laws preserves the constitutionality of the fiscal provisions discussed and prevents the presumptions in the fiscal laws, which are otherwise valid, from hindering the achievement of the CCAA objectives.⁷⁸

As the disputed fiscal debt is contested before the tax courts, such debt is neither certain nor exigible within the meaning of the general rules of Quebec's civil law on compensation.

(c) The Court of Appeal Decision

The Tax Agencies appealed the Honourable Madam Justice Marie-Anne Paquette's judgment. The Court of Appeal⁷⁹ upheld the Superior Court judgment but considered that to dispose of the appeal, it was only necessary to determine if compensation between pre-filing and post-filing claims can be effected in CCAA restructurings, and more specifically in the circumstances of the *Kitco* case. The Court of Appeal concluded that the Madam Justice Paquette was right to rule that compensation between pre-filing and post-filing debts is not permitted, but its reasons depart, to a certain degree, from the Superior Court's approach.

For the Court of Appeal, the debate is clearly centered on the issue of whether compensation can be effected between the two debts where one is incurred before the insolvency proceedings and the other is incurred after. Therefore, the court did not find it necessary to address whether the Tax Agencies can rely on the fiscal law presumptions to claim that they fulfill the conditions of compensation:

[28] For compensation to be effected between debts, the Civil Code requires that the debts be "certain" (art. 1673). Does the fact that the assessments are contested make them uncertain, or does the fact that they are immediately exigible make them certain within the meaning of that provision?

[29] That question need not be answered, because, even if we adopt the hypothesis favourable to the ARQ, whereby the assessments are certain, the question remains whether compensation can be effected between the two debts where one is incurred before the insolvency proceedings and the other is incurred after. The answer to that question will be sufficient to decide the dispute.⁸⁰

The Tax Agencies submitted that section 21 of the CCAA does not limit compensation to pre-filing claims. This proposed interpretation is based on a literal interpretation of section 21 and follows the text very closely. For the Tax Agencies, since the "law of set-off" or compensation applies to . . . all actions instituted by the [debtor company] for the recovery of debts . . . , they can invoke compensation as a defence against *Kitco*'s claim for a tax refund of \$1.7 million.

While such an interpretation of section 21 is not unreasonable, the Court of Appeal rejected it as it does not take into consideration that it is the CCAA as a whole which is the source of the underlying objectives and principles that must be taken into account to ensure an accurate interpretation of the provision in accordance with the recognized modern approach.⁸¹

As was decided in *Century Services*,⁸² the primary objective of the CCAA is the restructuring of large companies in difficulty to ensure their survival. In the court's view, the literal interpretation of section 21 proposed by the Tax Agencies undermines that objective, including the *status quo* period intended by the statute during which the company can develop a plan of arrangement to be presented to its creditors. The correct interpretation of section 21 must be consistent with the objective of the restructuring and must not be an impediment to the debtor company's ability to restructure its business.⁸³

The Tax Agencies submitted that the *Air Canada* decision⁸⁴ stands for allowing set-off between pre-filing and post-filing debt and should find application in the *Kitco* case. In this respect, the Court of Appeal borrows from the authors Anderson, Gelbman, and Pullen⁸⁵ to indirectly discard *Air Canada* and illustrate how allowing pre-filing/post-filing set-off or compensation can negatively impact the debtor company's efforts to restructure its business under the CCAA. In certain cases, this can create an incentive for a creditor having a pre-filing claim to procure goods or services to the company during the post-filing period and withhold payment for such goods or services to retire the pre-filing debt:

[46] In the article, the authors analyse *Air Canada*, referred to by the ARQ, which they assert wrongfully opens the door to compensation between pre- and post-debts. They describe "the following typical scenario":

A and B are in a trading relationship, and each month either party could be a net payor;

A becomes insolvent and seeks protection pursuant to the CCAA; As of the filing date, A owes B pre-filing debt;

A and B continue commercial relations in the normal course of business post-filing; and

Post-filing, B becomes a net payor and purports to set off the amount it owes to A against the pre-filing amounts owed by A to B, potentially until the entire pre-filing debt is extinguished.

If *Air Canada* stands, it would appear that a set-off would be allowed in the scenario. However, the mischief created by such set-off is clear; it creates an incentive for a creditor with a pre-filing claim to procure goods or services to the company in the post-filing period and withhold payment for such goods or services to retire the pre-filing debt. At the same time, it creates a disincentive for the debtor company to continue doing business with its suppliers or customers to avoid having to “work off” the pre-filing debt, an action which, depending on the amounts involved could dissipate significant assets and jeopardize a successful restructuring.⁸⁶

The situation in the *Kitco* case also clearly illustrates how allowing compensation between pre-filing and post-filing debt can defeat the debtor company. *Kitco* cannot keep its business going during the restructuring process if, like its competitors, it pays 15% in taxes on its inputs, but unlike them, it does not receive a refund. This is an untenable situation and the interpretation of section 21 must be consistent with the objective of the restructuring.⁸⁷

With respect to the principle of equality of creditors, the Court of Appeal’s ruling echoes the Superior Court’s findings. Relying once more on *Century Services* and the strong similarities between section 97(3) BIA (which also applies to proposals)⁸⁸ and section 21 CCAA and the fact that both laws form part of an integrated body of insolvency law, there is no reason to differentiate between the compensation mechanism in the context of a bankruptcy or proposal and in the context of an arrangement. Therefore, *D.I.M.S Construction* will apply not only in a bankruptcy situation but also to restructurings under the BIA and CCAA. Furthermore, the mutual obligations at the source of the debts to be compensated must have come into existence before the bankruptcy or restructuring filing. The Court of Appeal also refers to its decision in *Dolbec*⁸⁹ where the court followed *D.I.M.S. Construction* and reiterated that the mutual obligations at the source of the debt must exist on the day of determination.⁹⁰

Where the Court of Appeal seems to depart from the Superior Court is with respect to the rules to be applied to determine if compensation is applicable in insolvency law. The Superior Court determined that compensation in insolvency is determined according to the rules of civil law, relying primarily on the *D.I.M.S Construction* case. The Court of Appeal, on the other hand, concludes that the actual question to be examined is whether the mutual debts originate prior to the determination date and whether the debt constitutes a provable claim duly proved or “deemed a provable claim”:

[78] Certainly, an obligation can be contingent, unliquidated, or not exigible as of the day of Determination, but existing and able to give rise to a claim *if a court decision “deems it provable”* as provided in sections 121(1) and (2) BIA, which refer to 135 (1.1) and (4) BIA.

[79] Even though the date of the ruling is long after Determination, such an obligation is nonetheless a “provable claim” as of that day, to which compensation can apply.

[. . .]

[81] *For compensation to be possible, the question is not whether there is a debt, or whether it is liquid or exigible, or related to another debt, but whether it is a provable claim duly proved or “deemed a proved claim”.*⁹¹

(Emphasis added)

Paragraph 81 of the Court of Appeal judgment may raise several questions going forward as we will further discuss below.

5. SET-OFF AND COMPENSATION AFTER KITCO

The Court of Appeal decision in *Kitco* has not yet been the topic of extensive judicial debate since it was rendered last year, either in Quebec or in common law provinces. In Quebec, *Kitco* was followed in the case of *Ferti-Val inc.*⁹² In this matter, the Superior Court had to determine if compensation could be effected between the pre-bankruptcy claim of the Economic Development Agency of Canada (CED) and the research and development tax credits relating to years predating the bankruptcy which were confirmed by a final judgment rendered after the bankruptcy. Relying on paragraph 81 of the Court of Appeal decision in *Kitco*,⁹³ the court concluded that it did not need to examine if a connection between the two claims was necessary to allow compensation to be effected in a bankruptcy. Nevertheless, the court goes on to examine the issue of connection and concludes that there is a connection and a close relationship between the advances made by CED and the tax credits claimed for research and development.

Where do we stand following the *Kitco* case, and what impact, if any, will *Kitco* have on the application of compensation and set-off in Canadian insolvency law?

Prior to *Kitco*, there was a reigning asymmetry between the common law and civil law treatment of set-off and compensation in insolvency restructurings, as well as confusion regarding the criteria to be applied to the treatment of compensation in Quebec insolvency cases. In our view, *Kitco* has succeeded in realigning the application of compensation and set-off in Canadian restructurings to be consistent with the overall objectives of the BIA and CCAA which are primary to favour the restructuring of businesses (the remedial aspect of the statutes) and the principle of equality and fair treatment of creditors.

In re-centering the debate, focus was placed on the applicable provisions of the BIA and CCAA. The court relies on the wording of section 21 CCAA as well as the decision rendered by the Supreme Court in *D.I.M.S. Construction*.⁹⁴ Section 21 CCAA provides that the rules of compensation apply “to all *claims* made against the debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company”. In turn, section 2 CCAA defines “claim” with reference to the notion of “claim provable” within the meaning of the BIA. Section 121(1) BIA which defines “claim provable” requires the claim to stem from an obligation incurred before the date of the bankruptcy.

In bankruptcies under the BIA, the Supreme Court’s *D.I.M.S. Construction*⁹⁵ decision is currently the guiding principle regarding the interpretation of section 97(3) BIA. Section 97(3) BIA is an exception to the rule of equality between creditors and must therefore be interpreted narrowly. It must be read in conjunction with sections 121, 136, and 141 BIA which refer to “claims” and “provable claims”. For compensation to take effect, section 97(3) BIA implicitly requires that the mutual debts come into existence before the bankruptcy. The same reasoning should apply to set-off in common law provinces.

In restructurings under the BIA (proposals), section 97(3) BIA, which provides for compensation in the event of bankruptcy, also applies to proposals under section 66(1) BIA.⁹⁶ Therefore, the principles of *D.I.M.S. Construction* should apply to proposals and the mutual debts must have come into existence before the notice of intention to file a proposal or the proposal, as the case may be. In Quebec, the Court of Appeal in *Dolbec Transport*⁹⁷ has followed *D.I.M.S. Construction* and the *Kitco* Court of Appeal decision.⁹⁸ In common law provinces, although most decisions antedate *D.I.M.S. Construction*, courts have prevented the application of set-off between pre-filing and post-filing debt on the basis of fraud to the BIA, we expect the common law courts to follow *D.I.M.S. Construction*, *Dolbec Transport*, and *Kitco* in future cases.

With respect to arrangements under the CCAA, the compensation mechanism should be analogous to that described in the IBA scenarios based on the strong similarities between sections 97(3) BIA (which also applies to proposals) and section 21 CCAA. It will be interesting to see if *Kitco* will be followed in common law provinces where set-off between pre-filing and post-filing claims appears to have been permitted although subjected to the stay of proceedings of the initial order. We are of the view that the same interpretation of section 21 CCAA should be followed in common law provinces. We agree with authors Bayus, Benoit, and Vauclair⁹⁹ that, from a practical point of view, the existing approach consisting of a stay has prevented pre-post set-off to favour the restructuring. However, a stay does not maintain the equality of treatment of the creditors as preserved by section 21 CCAA if the arrangement were to provide for pre-post set-off. As the Court of Appeal declared in *Kitco*, an arrangement does not change compensation and binds all creditors with provable claims.¹⁰⁰

Notwithstanding *Kitco*, what constitutes obligations originating before the determination date will continue to be a hot topic in insolvency case law. *7098961 Canada inc. (Beyond The Rack Enterprises Inc.)*¹⁰¹ illustrates this point. On March 26, 2016, an initial order was issued under the CCAA. Beyond the Rack (“BTR”) was an online retailer for consumer products, including apparel and accessories. BTR contracted the services of payment processors to process the consumer orders. These payment processors would debit the purchase amount from BTR’s customers and credit BTR’s account with a corresponding amount. Where orders would be cancelled, BTR’s instructions to processors were to credit the customer’s credit card account and in turn, debit BTR’s account.

The initial order designated the payment processors as “critical suppliers”. As such, the payment processors were ordered to continue dealing with BTR on “terms and conditions consistent with the contractual arrangements in place”. After the initial order, several outstanding non-delivered pre-filing orders were cancelled by customers. In accordance with the contract in place, the payment processors debited BTR’s account for such refunds. The debtor objected to the debit of its account on the basis that the payment processors could not effect compensation for the cancellation of pre-filing claims with the funds generated by BTR for post-filing orders.

The court disagreed with BTR on the basis that the cancellation of the orders and the *services* provided by the payment processors in connection with same (reimbursing the consumer and debiting BTR's account) both occurred in the post-filing period and were not connected to the pre-filing consumer orders which were cancelled.¹⁰² The court also took into consideration the contractual terms between the parties which allowed for compensation and which were preserved when the payment processors were designated as critical suppliers in the initial order.¹⁰³

Where *Kitco* remains unclear is with respect to the extent of the application of civil compensation law in insolvency proceedings. Can compensation take place even if the conditions of certainty, exigibility, liquidity, and connectivity have not been met? In this respect, the Superior Court and the Court of Appeal's judgments in *Kitco* appear at first glance to be in contradiction.

The Superior Court's approach would answer this question in the affirmative as the court's twofold test first examined whether the conditions of legal compensation had been met, and then turned to examine if the additional condition found in section 21 CCAA applicable in insolvency matters (that the obligations both originated pre-filing) was met. The Superior Court answered negatively to both questions.

On the other hand, the Court of Appeal in paragraph 81 of its judgment¹⁰⁴ seems to limit the required analysis to the BIA by stating that the question is not whether there is a debt, or whether it is liquid and exigible, or related to another debt, but whether it is a provable claim duly proved or a "deemed provable claim".

This has led certain authors to question if the *Kitco* Court of Appeal judgment has set aside the civil rules of compensation in insolvency matters:

. . . However, applying the Court of Appeal's approach to situations in which the creditor's claim and request for compensation is contested raises a number of questions.

For one, is this approach contrary to *D.I.M.S. Construction*, which states that the civil rules of compensation apply? While anyone called upon to determine a claim, whether a trustee, monitor, claims officer or court, the decision maker must inevitably determine if it exists before liquidating it, is that person bound to consider whether or not the claims are connected? While the Superior Court suggests that the answer is yes, the Court of Appeal decision appears to state the contrary, despite the fact that the Court of Appeal does apply *D.I.M.S. Construction*.¹⁰⁵

As we have mentioned above, paragraph 81 of the *Kitco* Court of Appeal decision does raise serious questions and will undoubtedly be a subject of discussion in future cases, but we are of the view that the Superior Court and Court of Appeal decisions in *Kitco* can be reconciled. Both judgments rely heavily on the *D.I.M.S. Construction* judgment. In that decision, the Supreme Court noted that to delimit the compensation mechanism, it is necessary not only to refer to the BIA itself, but to provincial law for *all matters not governed* by the BIA. The Supreme Court specifically identifies the civil law of Quebec as the suppletive law in bankruptcy matters.

In the *Kitco* Court of Appeal decision,¹⁰⁶ the court simply re-centres the two-fold test proposed by the Superior Court by reversing it. In line with *D.I.M.S. Construction*, we must first look to section 21 CCAA to dispose of the application of compensation, and then, if necessary turn to the criteria of the suppletive civil law to resolve the issue. In *Kitco*, the two debts did not both originate from obligations existing prior to the determination date which was contrary to the requirements of section 21 CCAA. Therefore, it was not necessary for the Court of Appeal to turn to the suppletive law to resolve the appeal. The Court of Appeal does not discard entirely the rulings prior to *D.I.M.S. Construction*; it only states that decisions prior to the Supreme Court decision have less weight.¹⁰⁷

Does this mean that insolvency practitioners and the courts may still turn to the criteria of provincial civil compensation on a suppletive basis to disallow compensation on the basis that the two claims are not connected? We doubt it, but in two decisions subsequent to *D.I.M.S. Construction*, the Court of Appeal also examined *in obiter* whether the requirement of connection between the two claims had also been met.¹⁰⁸ It will be interesting to see how the case law will evolve in Quebec and in common law provinces.

Obviously, the trustee, monitor, claims officer or court will always have to make a determination as to whether a claim exists, and whether it existed on the date of determination. The area where the application of the *Kitco* Court of Appeal decision will

be the most challenging will be where one or both claims are litigious and disputed.

In *Kitco*, the Court of Appeal states that contingent, unliquidated, or not exigible claims as at the date of determination, but existing, are able to give rise to a claim if a court decision “deems it provable”.¹⁰⁹ Section 121(2) BIA confirms that the determination whether a contingent or unliquidated claim is a provable claim and the valuation of such claim shall be made in accordance with section 135 BIA. This latter provision states that the trustee will determine if such claim is a provable claim and shall value it. The trustee’s acceptance or disallowance of such claim is final and conclusive unless the trustee’s decision is appealed to the court within 30 days.

The Court of Appeal acknowledges that, in certain cases, the issue of final determination of the amount of the provable claim may occur years after the determination date. This may be problematic when the reception of the post-filing funds is critical to the debtor’s survival. In CCAA restructurings, *Kitco*, or subsequent case law for that matter, has not precisely set out the path for a quick resolution of contested claims. A simple valuation by the monitor may not be feasible in complex cases. However, *Kitco* opens the door to an application to the court to validate or infer the debtor or monitor’s assessment of a claim.

Where it is not expeditious or feasible to obtain a ruling by the court liquidating a claim, we expect that insolvency practitioners and the courts will continue turning to mechanisms such as claim officers and mediators to accelerate the quantification of reciprocal claims between a debtor and a creditor. The courts may also craft the terms of the initial order to address specific set-off or compensation issues on a temporal basis to ensure that the debtor company get the necessary breathing room to restructure its affairs. In *Beyond the Rack*, the award of the “critical status” attribute and reference to the contractual terms between the parties in the initial order prevented BTR from taking advantage of its most important creditors.

With respect to the presumptions of validity and exigibility of tax assessments established in various tax statutes, the *Kitco* Superior Court judgment declares that they find no application in the context of insolvency under the CCAA.¹¹⁰ While this conclusion is not binding upon other courts in Quebec and in Canada,¹¹¹ this principle has been applied in several cases in Canada.¹¹² We are of the view that such presumptions should not apply in Canadian insolvency law as they grant an unfair advantage to the Tax Agencies and can seriously impair the debtor company’s restructuring efforts.

6. CONCLUSION

For many years, courts and insolvency practitioners have interpreted sections 97(3) BIA and 21 CCAA almost exclusively through the principal lens of the applicable provincial law. This has created an asymmetry between the treatments of set-off/compensation in the Canadian insolvency regime which courts have been trying to alleviate over the last 40 years using various approaches with varying degrees of success.

Kitco proposes an integrated approach to set-off/compensation relying first and foremost on the BIA and CCAA provisions. We can see that many questions remain to be answered, but we are hopefully a few steps closer to reaching that illusive symmetry of treatment of set-off/compensation in Canadian insolvency law. It will be interesting to see if and to what extent the common law courts will follow *Kitco*. In Quebec, it will be interesting to see to what extent, if any, the courts will refer to the requirement of connection between the two claims.

Footnotes

* Louis Dumont, partner, Dentons Canada LLP and Michel Marleau, senior vice president, Ernst & Young Inc.

¹ R.S.C. 1985, c. B-3.

² R.S.C. 1985, c. C-36.

³ *Métaux Kitco Inc., Re*, 2016 QCCS 444 (C.S. Que.) (*Kitco SC*).

⁴ *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2010] 3 S.C.R. 379 (S.C.C.) at paras. 18, 59, 60.

⁵ *Kitco SC*, *supra* note 3; *Arrangement relatif à Métaux Kitco inc.*, 2017 QCCA 268 (C.A. Que.) (*Kitco CA*).

- ⁶ Philip R. Wood, *Set-off and Netting, Derivatives, Clearing Systems*, 2nd ed. (London: Sweet and Maxwell, 2007), at 4. See also Kelly R. Palmer, *The Law of Set-Off in Canada* (Aurora: Canada Law Book Inc., 1993), at 59; A. Robert Anderson, Thomas Gelbman and Benjamin Pullen, "Recent Developments in the Law of Set-Off", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2009* (Toronto: Carswell, 2010), at 5 [*Recent Developments in Set-Off*].
- ⁷ *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 42 at para. 421.
- ⁸ Anderson et al, *Recent Developments in Set-Off*, *supra* note 6 at 15.
- ⁹ *Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd.* (1985), 20 D.L.R. (4th) 689 (B.C. C.A.).
- ¹⁰ *Holt v. Telford*, [1987] 2 S.C.R. 193 (S.C.C.).
- ¹¹ *Kitco SC*, *supra* note 3 at paras. 80-83; Yan Campagnolo, Anne Françoise Debruche and Sébastien Grammont, *Quebec Contract Law*, 2nd ed. (Montreal: Wilson & Lafleur, 2016), at 255; V. Karim, *Les obligations*, vol. 2, 4th ed. (Montreal: Wilson & Lafleur, 2015), at paras. 3235-38 and 3245-54; Pierre Gabriel Jobin and Nathalie Vézina, *Les obligations*, 7th ed. (Cowansville, Qué: Éditions Yvon Blais, 2013), at 1291-92; *Doughan c. Abitibi-Consolidated Inc.*, 2008 QCCA 79 (C.A. Que.) at paras. 25-26.
- ¹² *Kitco SC*, *supra* note 3 at paras. 87-89; *Peerensal Inc. c. Toshiba International Corp.*, 1996 CarswellQue 1073 (C.A. Que.) at 3; *Foessel c. Banque Royale*, [1986] R.J.Q. 1857 (C.A. Que.) at 7.
- ¹³ *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453 (S.C.C.) at para. 8.
- ¹⁴ S.C. 2001, c. 4 [*Harmonization Act*].
- ¹⁵ 2005 SCC 52 (S.C.C.) [*D.I.M.S. Construction*].
- ¹⁶ *In Re Hil-A-Don Limited: Bank of Montreal v. Kwiat* (1974), [1975] C.A. 157 (C.A. Que.); *Syndicat d'épargne des épiciers du Québec c. Mercure*, [1975] C.A. 599 (C.A. Que.).
- ¹⁷ *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Zwaig, A. Stotter Glass Products*, 1976 C.A. 682 (C.A. Que.) at 684685.
- ¹⁸ [1998] R.J.Q. 2686 (C.A. Que.).
- ¹⁹ *D'Auteuil, Re*, 1999 CarswellQue 1170 (C.A. Que.); *Nolisair International inc., Re*, 2000 CarswellQue 1651 (C.A. Que.); *29452802 Québec inc. c. St Léonard (Ville)*, 1998 CarswellQue 1076 (C.A. Que.).
- ²⁰ 2003 CarswellQue 1315, [2003] J.Q. No. 7151 (C.A. Que.) [*Montreal Fast Print*].
- ²¹ *Ibid.*, at paras. 66 and 67.
- ²² *Harmonization Act*, *supra* note 14.
- ²³ *Montreal Fast Print*, *supra* note 20 para. 76.
- ²⁴ *D.I.M.S. Construction*, *supra* note 15.
- ²⁵ *Ibid.*, at para. 34.
- ²⁶ *Ibid.*, at para. 55.
- ²⁷ 2008 QCCA 2441 (C.A. Que.) [*Daltech*].
- ²⁸ *Ibid.*, at paras. 67-69; *Montreal Fast Print*, *supra* note 20.
- ²⁹ 2012 QCCA 698 (C.A. Que.) [*Dolbec Transport*].

- 30 *Ibid.*
- 31 *Supra* note 15.
- 32 *Supra* note 27.
- 33 *Jones, Re* (2003), 45 C.B.R. (4th) 263 (Ont. C.A.).
- 34 *Sabey, Re*, 1996 CarswellBC 2816, [1996] B.C.J. No. 2820 (B.C. S.C.).
- 35 *Supra* note 15.
- 36 *Vachon v. Canada (Employment & Immigration Commission)*, [1985] 2 S.C.R. 417 (S.C.C.).
- 37 *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.* (1990), 2 C.B.R. (3d) 303 (B.C. C.A.); leave to appeal refused (1991), 7 C.B.R. (3d) 164 (note) (S.C.C.).
- 38 *Canadian Airlines Corp., Re*, 2001 Carswell Alta 240 (Alta. Q.B.) at para. 69 [*Canadian Airlines*].
- 39 *Blue Range Resource Corp., Re*, 2000 CarswellAlta 731, 261 A.R. 162 (Alta. C.A.) at para. 19 [*Blue Range*].
- 40 *Supra* note 15.
- 41 *Supra* note 38.
- 42 *Supra* note 39.
- 43 Section 69.
- 44 Section 11.02.
- 45 *Air Canada, Re* (2003), 45 C.B.R. (4th) 13 (Ont. S.C.J. [Commercial List]) [*Air Canada*].
- 46 Anderson et al., *Recent Developments in Set-Off*, *supra* note 6 at 23; *Kitco SC*, *supra* note 3; *Kitco CA*, *supra* note 5.
- 47 *Air Canada*, *supra* note 45 at paras. 6-9.
- 48 *Air Canada*, *supra* note 45 at para. 10.
- 49 *Ibid.*, at paras. 25-26.
- 50 2015 BCCA 390 (B.C. C.A.) [*North American Tungsten*].
- 51 *Ibid.*
- 52 *Ibid.*, at para. 20.
- 53 *Supra* note 15.
- 54 Luc Morin and Guillaume-Pierre Michaud, "Set-off and Compensation in Insolvency Restructuring under the BIA/CCAA: After the Kitco and Beyond the Rack Decisions", in Janis P. Sarra and Justice Barbara Romaine eds., *Annual Review and Insolvency Law 2016* (Toronto: Carswell, 2017) 313; Alexandre Bayus, Patrice Benoit and Sylvain Vauclair, "Kitco: Is It About More Than Pre-Post Set-Off?" in Janis P. Sarra and Justice Barbara Romaine eds., *Annual Review and Insolvency Law 2017* (Toronto: Carswell, 2017) 793.
- 55 *North American Tungsten*, *supra* note 50. For the Goods and Services Tax (GST), see the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (ETA) and for the Quebec Sales Tax, see s. 16 of the *Act respecting the Quebec Sales Tax*, C.Q.L.R., c. T.-0.1 (AQST)

- 56 For the recovery of GST, see ETA, s. 169; for recovery of the QST, see AQST, s. 199.
- 57 AQST, s. 191.4
- 58 QST in the amount of \$227,088,232.97 and GST in the amount of \$85,301,550.75.
- 59 \$1,483,713.16 in connection with the QST, and \$335,866.78 in connection with the GST.
- 60 *Kitco SC*, *supra* note 3.
- 61 *Ibid.*, at paras. 47-48; *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51 (S.C.C.) at para. 32; *AbitibiBowater Inc., Re*, [2012] 3 S.C.R. 443 (S.C.C.) at para. 21; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2010] 3 S.C.R. 379 (S.C.C.) at paras. 22, 60; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453 (S.C.C.) at paras. 7, 8; *Vachon v. Canada (Employment & Immigration Commission)*, [1985] 2 S.C.R. 417 (S.C.C.) at para. 38; *Girard, Re*, 2014 QCCA 1922 (C.A. Que.) at paras. 33, 34 ; leave to appeal refused 2015 CarswellQue 3235 (S.C.C.); 2713250 *Canada Inc., Re*, 2011 QCCS 6119 (C.S. Que.) at paras. 95, 96 (Clément Gascon J.) ; reconsideration / rehearing refused 2013 CarswellQue 9777 (C.A. Que.).
- 62 *Kitco SC*, *supra* note 3 at para. 105.
- 63 *Ibid.*, at paras. 57-58.
- 64 *Ibid.*, at para. 64.
- 65 *Métaux Kitco inc. (Arrangement relatif à) (Kitco SC)*, *supra* note 3 at paras. 71 and 72, *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51 (S.C.C.); *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2010] 3 S.C.R. 379 (S.C.C.) [*Century Services*]; *Quebec (Revenu) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, [2009] 3 S.C.R. 286 (S.C.C.); *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453 (S.C.C.); *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24 (S.C.C.); *Deloitte, Haskins & Sells Ltd. v. Alberta (Workers' Compensation Board)*, [1985] 1 S.C.R. 785 (S.C.C.); *Rainville c. Québec (Sous-ministre du Revenu) (1979)*, [1980] 1 S.C.R. 35 (S.C.C.); *Girard, Re*, 2014 QCCA 1922 (C.A. Que.); leave to appeal refused 2015 CarswellQue 3235 (S.C.C.); 2713250 *Canada inc., Re*, 2011 QCCS 6119 (C.S. Que.); reconsideration / rehearing refused 2013 CarswellQue 9777 (C.A. Que.); 2713250 *Canada inc., Re*, 2011 QCCS 6119 (C.S. Que.) at paras. 95-98 (Clément Gascon J.) ; reconsideration / rehearing refused 2013 CarswellQue 9777 (C.A. Que.).
- 66 *Kitco SC*, *supra* note 3 at paras. 74-75.
- 67 *Daltech*, *supra* note 27; *Dolbec Transport*, *supra* note 29.
- 68 Sections 97(3) and 101.1 BIA; sections 21, 2 and 19 of the CCAA.
- 69 *Supra* note 15.
- 70 *Ibid.*
- 71 *Kitco SC*, *supra* note 3 at para. 97.
- 72 *Supra* note 15.
- 73 *Daltech*, *supra* note 27; *Dolbec Transport*, *supra* note 29.
- 74 *Supra* note 20.
- 75 *Daltech*, *supra* note 27; *Dolbec Transport*, *supra* note 29.
- 76 *D'Auteuil, Re*, 1999 CarswellQue 1170 (C.A. Que.).
- 77 *Kitco SC*, *supra* note 3 at para. 118.

- 78 *Ibid.*, at paras. 123-24; *Schnier v. Canada (Attorney General)*, 2016 ONCA 5 (Ont. C.A.) at para. 64.
- 79 *Ibid.*
- 80 *Ibid.*, at paras. 28-29.
- 81 *Ibid.*, at para 24.
- 82 *Supra* note 65.
- 83 *Kitco CA*, *supra* note 5 at paras. 43 to 50.
- 84 *Air Canada, Re*, *supra* note 45.
- 85 Anderson et al., *Recent Developments in Set-Off*, *supra* note 6.
- 86 *Kitco CA*, *supra* note 5 at para. 46.
- 87 *Ibid.*, at para. 50.
- 88 See s. 66(1) BIA.
- 89 *Supra* note 29.
- 90 *Kitco CA*, *supra* note 5 at para. 80.
- 91 *Ibid.*, at paras. 78, 79, and 81.
- 92 *Ferti-Val inc., Re*, 2017 QCCS 2057 (C.S. Que.) [*Ferti-Val inc.*].
- 93 *Kitco CA*, *supra* note 5 at para. 81; *Ferti-Val inc., ibid.*, at paras. 36-38.
- 94 *Supra* note 15.
- 95 *Ibid.*
- 96 Section 66(1) BIA stipulates that “All provisions of this Act, except Division II of this Part, insofar as they are applicable, apply . . . , with modifications as the circumstances require, to proposals made under this Division”.
- 97 *Supra* note 28.
- 98 *Kitco CA*, *supra* note 5 at paras. 57 and 58
- 99 Alexandre Bayus, Patrice Benoit and Sylvain Vauclair, “Kitco: Is It About More Than Pre-Post Set-Off?” *supra* note 54.
- 100 *Kitco CA*, *supra* note 5 at para. 91.
- 101 7098961 *Canada inc. (Beyond The Rack Enterprises Inc.) (Arrangement relatif à)*, 2016 QCCS 2115 (C.S. Que.) [*Beyond the Rack*].
- 102 *Ibid.*, at paras. 141-47 and 222-55.
- 103 *Ibid.*, at paras. 183-89.
- 104 *Ibid.*, at para. 81.
- 105 Alexandre Bayus, Patrice Benoit and Sylvain Vauclair, “Kitco: Is It About More Than Pre-Post Set-Off?”, *supra* note 54 at 807.

¹⁰⁶ *Kitco CA*, *supra* note 5.

¹⁰⁷ *Ibid.*, at para. 87.

¹⁰⁸ *Daltech*, *supra* note 27; *Dolbec Transport*, *supra* note 29.

¹⁰⁹ *Kitco CA*, *supra* note 5 at paras. 78-79.

¹¹⁰ *Ibid.*, at para. 77.

¹¹¹ See the analysis on this point by Alexandre Bayus, Patrice Benoit and Sylvain Vauclair, “Kitco: Is It About More Than Pre-Post Set-Off?”, *supra* note 54 at 811-12.

¹¹² A few examples: *Schnier v. Canada (Attorney General)*, *supra* note 78; *2713250 Canada inc., Re*, 2011 QCCS 6119 (C.S. Que.) (Clément Gascon, SCJ, as he then was) ; reconsideration / rehearing refused 2013 CarswellQue 9777 (C.A. Que.).

End of Document

Copyright © Thomson Reuters Canada Limited or its licensors (excluding individual court documents). All rights reserved.

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE SAINT-FRANÇOIS

N° : 450-11-000101-075

DATE : 23 mai 2017

SOUS LA PRÉSIDENTE DE : L'HONORABLE CHARLES OUELLET, J.C.S.

DANS L'AFFAIRE DE LA FAILLITE DE :

FERTI-VAL INC.

Débitrice

et

ROY, MÉTIVIER, ROBERGE INC.,

ès qualités de syndic à la faillite de la débitrice

Syndic-requérant

c.

SA MAJESTÉ DU CHEF DU CANADA,

aux droits de Développement économique Canada

pour les régions du Québec

et

SA MAJESTÉ DU CHEF DU CANADA,

aux droits de l'Agence du Revenu du Canada

Intimées

et

INVESTISSEMENT QUÉBEC,

direction des créances spéciales

et

L'AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC

Mis en cause

JUGEMENT

[1] Agissant pour un créancier garanti, ainsi que pour la masse des créanciers relativement aux sommes qui excèdent le montant dû à ce dernier, Roy, Métivier, Roberge inc. (le SYNDIC) présente une requête qui se veut à la fois une demande en jugement déclaratoire sous l'article 142 *C.p.c.* et une demande d'instructions au Tribunal suivant l'article 34 *L.f.i.*¹.

[2] Avant sa faillite survenue le 19 juin 2007 la débitrice avait entamé des démarches pour réclamer des crédits d'impôt pour les années 2004 et 2005. Après la faillite ces démarches ont été continuées par un séquestre intérimaire et ensuite le SYNDIC. Ce dernier a ajouté en cours de route une réclamation de crédits d'impôt pour l'année 2006. Le 26 mai 2011 l'Agence de revenu du Canada (ARC) émet les avis de cotisation pour les années 2004, 2005 et 2006 refusant tous les crédits d'impôt réclamés. Le SYNDIC fit opposition aux avis de cotisation et appela de la décision de l'ARC à la Cour canadienne de l'impôt. L'appel est fixé pour procéder au mois d'octobre 2017.

[3] La requête du SYNDIC comporte plusieurs conclusions qui gravitent autour d'une question centrale. Celle-ci consiste à déterminer si en application des articles 97(3) *L.f.i.*, 220 (7) *L.i.r.*² ainsi que 155 *L.g.f.p.*³ la dette de la DÉBITRICE née avant la faillite envers Développement économique du Canada (DEC) peut être remboursée par compensation avec la créance que le SYNDIC tente de faire reconnaître contre l'ARC pour les crédits d'impôt susmentionnés.

[4] Sous réserve des arguments qu'ils soulèvent au sujet de la compensation des créances dont nous traiterons plus loin, les intimés DEC et ARC ainsi que la mise en cause Agence de revenu du Québec (ARQ) plaident que la demande du SYNDIC pour jugement déclaratoire et instructions est le mauvais véhicule procédural et qu'elle est prématurée, les questions qu'elle soulève demeurant hypothétiques et théoriques tant que ne sera pas rendue une décision finale sur le droit du SYNDIC aux crédits d'impôt qu'il réclame.

LE CONTEXTE

[5] Ferti-Val inc. (la DÉBITRICE) exploitait un centre de valorisation et de commercialisation d'engrais organique.

[6] En juillet 2005, la DÉBITRICE dépose sa déclaration fiscale accompagnée du formulaire requis aux fins de réclamer des crédits d'impôt pour recherche scientifique et

¹ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985) ch. B-3.

² *Loi sur l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) ch. 1 (5^e suppl.)

³ *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985) ch. F-11.

développement expérimental (RS&DE) pour l'exercice financier terminé au 31 décembre 2004. En juin 2006 la DÉBITRICE dépose sa déclaration fiscale avec le formulaire réclamant des crédits d'impôt RS&DE pour l'année financière 2005. En ce qui concerne l'exercice financier terminé le 31 décembre 2006, la déclaration fiscale de la DÉBITRICE accompagnée du formulaire de réclamation de crédits d'impôt RS&DE pour cet exercice sera déposée en avril 2008, après la faillite, à l'initiative du SYNDIC.

[7] D'autre part, afin de garantir le remboursement des sommes avancées à la DÉBITRICE suivant un contrat de prêt intervenu en septembre 2005, la Caisse populaire Desjardins des Plateaux de Sherbrooke (Caisse populaire) a publié le 30 septembre 2005 une hypothèque portant sur l'universalité des créances et comptes à recevoir de la DÉBITRICE. Le 5 mai 2006 elle publie une seconde hypothèque qui précise que sont affectées d'hypothèque l'universalité des créances présentes et à venir de la DÉBITRICE découlant de crédits d'impôt présents et futurs. Ce prêt fait l'objet d'une garantie de remboursement à hauteur de 80 % par la mise en cause Investissement Québec (IQ).

[8] Le 17 avril 2007 la DÉBITRICE dépose un avis d'intention de faire une proposition à ses créanciers suivant le paragraphe 50.4 (1) *L.f.i.* Roy, Métivier, Roberge inc. agit à titre de SYNDIC dans le cadre de la proposition.

[9] Le 18 avril 2007 le Registraire de faillite nomme Roy, Métivier, Roberge inc. séquestre intérimaire.

[10] Le 26 avril 2007 le Registraire de faillite ordonne la levée de la suspension des recours de la Caisse populaire quant aux comptes recevables et crédits d'impôt de la DÉBITRICE, et permet à la Caisse populaire d'effectuer toutes les procédures d'exécution nécessaires en vue de la réalisation des créances et des crédits d'impôt de la DÉBITRICE. Le Registraire ordonne également le remplacement de Roy, Métivier, Roberge, à titre de séquestre intérimaire pour le créancier garanti Caisse populaire seulement, par François Huot et Associés Syndic ltée qu'il autorise à percevoir les créances et crédits d'impôt de la DÉBITRICE affectés d'hypothèque en faveur de la Caisse populaire.

[11] Le 19 juin 2007 la DÉBITRICE fait faillite.

[12] Le 4 juillet 2007 Développement économique du Canada (DEC) produit une preuve de réclamation pour une créance non garantie en date du 19 juin 2007 d'une somme de 307 929,58 \$.

[13] L'état de compte joint à la preuve de réclamation fait état d'avances faites à la DÉBITRICE par DEC, en vertu de son « Programme Innovation, Développement de l'Entrepreneurship et Exportation destiné aux PME », de 50 000 \$ en 1997 et de 354 196 \$ en 2004 (total = 404 196) \$, de remboursements reçus de 99 716 \$ et d'intérêts courus à payer de 3 449,58 \$ (solde payable = 307 929,58 \$). Cette preuve de réclamation est acceptée par le SYNDIC. La lettre adressée au SYNDIC, signée par un

conseiller en recouvrement de DEC et à laquelle était jointe la preuve de réclamation, mentionné⁴ :

« [...] Objet : Dans l'affaire de la faillite de Ferti-Val inc.

Monsieur,

Veillez trouver ci-joint les documents relatifs à la réclamation de l'agence :

1. Preuve de réclamation ;
2. État de compte « A » ;
3. Sommaire de la créance.

Par la même occasion, nous désirons vous informer que nous avons procédé à une demande de compensation de dette au montant de 307 929,58 \$, auprès de l'Agence du revenu du Canada (ARC) conformément à la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

Cette compensation signifie que dans l'éventualité où l'ARC doit rembourser de l'impôt corporatif, un crédit d'impôt à l'investissement ou toutes autres sommes payables en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou de la *Loi sur la taxe d'accise*, à Ferti-Val inc., ladite somme nous sera versée à titre compensatoire jusqu'à concurrence du solde dû.

[...] »

[14] Le syndic est donc dès ce moment informé de l'intention de DEC de se prévaloir du mécanisme de la compensation.

[15] Le 11 février 2008, la Caisse populaire signe une quittance subrogatoire par laquelle elle reconnaît avoir reçu de la part d'IQ la somme de 412 206,62 \$ et subroge IQ dans tous ses droits et recours découlant d'un prêt consenti par la Caisse populaire à la DÉBITRICE. Les pièces (principalement la pièce R-4) et la preuve testimoniale devant le soussigné n'ont pas expliqué pourquoi le SYNDIC estime qu'IQ est subrogé dans tous les droits et sûreté de la Caisse populaire à hauteur de 504 787,26 \$⁵ plutôt qu'à hauteur du montant de 412 206,62 \$ payé par IQ à la Caisse populaire⁶. Nous y reviendrons (*infra*, paragr. [26]).

[16] À la suite de la subrogation les démarches entreprises en vue de récupérer les crédits d'impôt par François Huot & Associés Syndic ltée au bénéfice de la Caisse populaire vont être continuées par le syndic requérant Roy, Métivier, Roberge inc., celui-ci agissant dès lors à la fois pour IQ afin d'exécuter la garantie qu'elle détient sur les crédits d'impôt réclamés à la suite de la subrogation et pour percevoir tout excédent au bénéfice de la masse des créanciers.

⁴ Pièce R-5.

⁵ Paragr. 6 de la requête du SYNDIC

⁶ Quittance subrogatoire du 11 février 2008, pièce R-4.

[17] Les demandes de crédits d'impôt pour les trois années concernées ont donné lieu à un important volume de démarches et d'échanges d'informations entre d'un côté l'ARC et de l'autre côté successivement la DÉBITRICE (avant sa faillite), le séquestre intérimaire François Huot & Associés Syndic ltée pour la Caisse populaire, et ensuite le syndic-requérant pour le compte à la fois d'IQ et de la masse des créanciers. Ces échanges d'informations, rencontres, et autres sont décrits en détail dans l'avis d'appel du SYNDIC auprès de la Cour canadienne de l'impôt (pièce R-6)⁷.

[18] Le 26 mai 2011 l'ARC émet les avis de cotisation pour les années d'imposition terminées les 31 décembre 2004, 2005 et 2006 refusant tous les crédits d'impôt réclamés. Selon l'avis d'appel du SYNDIC les crédits d'impôt fédéral réclamés sont de 512 558 \$ pour l'exercice 2004, de 144 728 \$ pour l'exercice 2005 et de 57 268 \$ pour l'année 2006 (total = 714 554 \$) plus les intérêts applicables.

[19] Il est aussi fait état de crédits d'impôt du Québec réclamés de 149 419 \$ pour l'exercice 2004, de 79 615 \$ pour l'exercice 2005 et de 53 677 \$ pour l'exercice 2006.

[20] Le 16 juin 2015 un avocat de la direction des Affaires fiscales du ministère de la Justice du Canada écrit au procureur qui représente le SYNDIC dans les procédures de réclamation de crédits d'impôt⁸ :

« [...] Cher confrère,

Tel que mentionné lors de notre récente conversation téléphonique, l'Agence du revenu du Canada m'a informé que Ferti-Val inc. devait, en date des présentes, un montant de 407,75 \$ de TPS. Il y aurait donc compensation pour ce montant.

En espérant le tout conforme, [...] »

[21] Le 18 juin 2015 l'ARC écrit directement au syndic-requérant une lettre qui mentionne⁹ :

« [...] Madame/Monsieur:

Nous voulons vous informer que le paragraphe 164 (2) de la Loi de l'impôt sur le revenu et le paragraphe 155 (1) de la loi sur la gestion des finances publiques autorisent l'Agence du revenu du Canada à utiliser tout remboursement d'impôt ou crédit d'impôt auquel votre compagnie a droit pour payer des dettes en souffrance avec les gouvernements fédéral, provinciaux ou territoriaux.

Nous avons été informés que vous avez une dette en souffrance avec Développement économique Canada pour les régions du Québec (DEC)

⁷ Pour les fins du présent jugement, les parties ont autorisé le Tribunal à tenir pour avérés les faits énumérés à la pièce R-6.

⁸ Pièce R-7.

⁹ Pièce R-8.

Si vous désirez obtenir de plus amples renseignements concernant votre solde dû, veuillez communiquer avec:

[...] »

L'ANALYSE

Le caractère hypothétique des questions soulevées et le véhicule procédural

[22] José Roberge syndic chez le requérant Roy, Métivier, Roberge inc. témoigne que des frais de 75 000 \$ ont été engagés à ce jour pour faire valoir la réclamation de crédits d'impôt et qu'il est prévu qu'un montant équivalent devra être engagé pour débattre l'appel devant la Cour canadienne de l'impôt. Il a besoin de savoir si, comme le soutiennent l'ARC, DEC ainsi que l'ARQ, le mécanisme de la subrogation viendra amputer d'entrée de jeu d'un montant de près de 308 000 \$ ce qu'il tente de récupérer au titre de crédits d'impôt RS&DE.

[23] Le droit de DEC d'être payé par subrogation, s'il existe, a pour résultat dans les faits de lui procurer une priorité de remboursement sur les crédits d'impôt à être perçus auprès de l'ARC. Tant que le droit à la subrogation n'est pas décidé, le SYNDIC n'est pas en mesure d'évaluer, tant pour le créancier garanti IQ que pour la masse des créanciers, l'opportunité de convenir d'un règlement donné ou inversement de continuer les procédures devant la Cour canadienne de l'impôt aux coûts que nous avons dits.

[24] Le Tribunal estime que la situation place le SYNDIC comme représentant du créancier garanti IQ devant une difficulté réelle au sens de l'article 142 *C.p.c.* La même difficulté pour le SYNDIC, cette fois-ci agissant au bénéfice de la masse des créanciers pour ce qui excède le montant de la créance garantie, le justifie également de requérir des instructions du Tribunal suivant l'article 34 *L.f.i.*

La compensation

[25] Le Tribunal examine maintenant la question de savoir si la compensation va opérer entre la créance pré-faillite de DEC envers la DÉBITRICE et les crédits d'impôt RS&DE pour des années antérieures à la faillite qui seraient reconnus par un jugement final rendu après cette faillite, lesquels crédits d'impôt ont été valablement cédés en garantie à un tiers par la DÉBITRICE.

[26] Soulignons tout de suite que la question du montant jusqu'à concurrence duquel IQ détient une garantie sur les créances pour crédits d'impôt n'a pas été débattue devant le soussigné, ni n'a fait l'objet d'une preuve complète (*supra* paragr. [14]). Si ce n'est déjà fait il appartiendra au SYNDIC d'obtenir un avis juridique indépendant sur cette question et de le communiquer aux personnes dont les droits sont affectés, conformément aux dispositions des articles 13.4 et suivants *L.f.i.*

[27] D'autre part, dans *Satcomb Télécom Sans fil inc. (Syndic de)*¹⁰ la Cour supérieure a reconnu que l'article 220 *L.i.r.* permet de céder en garantie les crédits d'impôt RS&DE présents et futurs.

[28] Les alinéas (6) et (7) de l'article 220 *L.i.r.* sont pertinents ici (nos soulignements) :

« 220.[...] »

(6) Malgré l'article 67 de la Loi sur la gestion des finances publiques et toute autre disposition d'une loi fédérale ou provinciale, une société peut céder tout montant qui lui est payable en vertu de la présente loi.

(7) La cession ne lie pas Sa Majesté du chef du Canada. Par ailleurs:

- a) le ministre n'est pas tenu de verser le montant cédé au cessionnaire;
- b) la cession ne donne naissance à aucune obligation de Sa Majesté du chef du Canada envers le cessionnaire;
- c) les droits du cessionnaire sont assujettis à tous les droits de compensation, en equity ou prévus par une loi, en faveur de Sa Majesté du chef du Canada. »

[29] Il n'est pas contesté que Sa Majesté du chef du Canada est aux droits de DEC. Ainsi malgré la cession en garantie des crédits d'impôt la compensation prévue par « une loi » demeure donc susceptible d'opérer en faveur de Sa Majesté du chef du Canada.

[30] Le paiement par compensation d'une créance de Sa Majesté du chef du Canada est prévu à l'article 155 (1) de la L.g.f.p. (nos soulignements) :

« **155 (1)** Le ministre compétent responsable du recouvrement d'une créance soit de Sa Majesté du chef du Canada, soit de Sa Majesté du chef d'une province s'il s'agit d'impôts provinciaux visés par une entente entre le Canada et la province en vertu de laquelle le Canada est autorisé à percevoir les impôts pour le compte de la province, peut autoriser, par voie de déduction ou de compensation, la retenue d'un montant égal à la créance sur toute somme due au débiteur ou à ses héritiers par Sa Majesté du chef du Canada. »

[31] L'article 97(3) L.f.i. prévoit également un droit de compensation :

« **97 (3)** Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en

¹⁰ 2007 QCCS 2820, paragr. 58 à 74.

tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses. »

[32] L'arrêt *Arrangement relatif à Métaux Kitco inc.*¹¹, rendu après l'audience en la présente affaire, confirme le jugement de la première juge qui statue que la compensation prévue à l'article 21 *L.a.c.c.*¹² n'est pas permise entre la dette fiscale litigieuse de la débitrice née avant les procédures en insolvabilité et sa créance non contestée pour des crédits TPS et TVQ née après ces procédures.

[33] La Cour d'appel souligne les rapports étroits entre la *L.a.c.c.* et la *L.f.i.* et mentionne que l'article 97(3) *L.f.i.* est au même effet que l'article 21 que la *L.a.c.c.*¹³.

[34] La Cour d'appel confirme d'abord que l'une des dettes est bien née avant les procédures d'insolvabilité (« dette pré ») et l'autre est bien née après ces procédures (« dette post »)¹⁴ (les emphases sont ajoutées) :

« [35] En appel, les parties reprennent la distinction faite par la Juge entre les dettes nées avant l'Ouverture et celles après celle-ci, en les qualifiant de dettes « pré » et « post », ce qui allège l'exposé.

[36] Comme les réclamations s'établissent au jour de l'Ouverture, elles constituent toutes des dettes pré auxquelles « les règles de la compensation s'appliquent » (*L.a.c.c.*, art. 21 et *L.f.i.*, art. 97(3)).

[37] Ici, les parties admettent que la réclamation de l'Agence, fondée sur les cotisations, constitue une dette pré, susceptible de compensation.

[38] Quant au remboursement de 1,7 M\$ réclamé par Kitco, c'est une dette post, également susceptible de compensation selon l'Agence qui plaide que « La compensation d'une réclamation avec une dette née pendant le *statu quo* est permise », « Pendant le *statu quo* » c'est-à-dire née pendant la période depuis l'Ouverture et tant que dure la suspension des recours des créanciers ordonnée par le Tribunal.

[39] Elle écrit encore que si sa réclamation doit être « pré » pour que la compensation s'opère, il n'en est pas de même de sa dette à l'égard de sa débitrice qui peut être « post ». Elle écrit :

Certes, la réclamation compensée doit être en lien avec une créance ou un engagement auquel la débitrice devait être assujettie avant l'institution de procédures d'insolvabilité. Toutefois, cette dernière peut être compensée à l'encontre de « toute action intentée par la débitrice en vue du recouvrement de ses créances » sans égard au moment où les droits sous-jacents ont pu prendre naissance.

¹¹ 2017 QCCA 268.

¹² *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, LRC (1985), ch. C-36.*

¹³ *Kitco*, précité, note 11, paragr. 24-25.

¹⁴ *Id.*, paragr. 35 à 40.

[40] C'est un fait qu'au jour de l'Ouverture, Kitco n'a aucun droit au remboursement réclamé. **Ce droit lui vient de la continuation de son entreprise et des taxes qu'elle paye à ses fournisseurs sur les intrants de son exploitation** depuis l'Ouverture. Le remboursement constitue bien une dette post. »

Elle ajoute ensuite¹⁵ :

« [41] Il sera nécessaire de revenir sur cette distinction entre dettes pré et post en étudiant la jurisprudence car il s'y trouve une certaine confusion. »

[35] Ouvrons une parenthèse pour dire qu'en la présente affaire le SYNDIC soutient que les crédits d'impôt RS&DE pour les années antérieures à la faillite sont des dettes post-faillite du fait qu'elles ne seront reconnues que postérieurement à la faillite par un jugement final. Il fait aussi valoir que suivant l'arrêt de la Cour suprême dans *D.I.M.S.*¹⁶ l'article 97(3) *L.f.i.* rend applicable au Québec les règles de la compensation du *Code civil du Québec*, lesquelles requièrent que les dettes soient l'une et l'autre certaines liquides et exigibles pour que la compensation de plein droit opère (art. 1673). Il fait valoir que les crédits d'impôt contestés n'étaient ni liquides ni exigibles à la date de la faillite, en conséquence de quoi la compensation ne saurait avoir lieu.

[36] Revenons à l'arrêt *Kitco* dont les motifs, nous semble-t-il, apportent des réponses à chacuns des arguments du SYNDIC. La Cour d'appel écrit (les soulignements sont de la Cour d'appel et les emphases sont ajoutées par le soussigné) :

« [73] Selon l'Agence, la règle de compensation en matière de faillite doit recevoir une interprétation large. Elle écrit :

...depuis l'affaire *DIMS Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)* [*DIMS*], il est établi que la compensation en équité n'est plus applicable au Québec.

C'est ce qui a amené cette Cour, dans l'affaire *Daltech Architectural inc. (Syndic de)* [*Daltech*], à conclure que la compensation légale du CCQ doit recevoir une interprétation large : [...]

La compensation de créances connexes qui ne sont pas nécessairement certaines, liquides ou exigibles en date de l'institution des procédures d'insolvabilité est donc permise en droit civil québécois; ce droit a d'ailleurs été réitéré par cette Cour dans l'affaire *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Dolbec Transport inc.*^[15] [...]

[Renvois omis]

[74] Jusque-là ça va. Mais ça ne va plus quand l'Agence ajoute à la fin du dernier paragraphe cité :

¹⁵ *Id.*, paragr. 41.

¹⁶ *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 2 RCS 564.

« Sur cet aspect, la première juge n'a pas tenu compte d'aucun des arrêts précités, elle a erré. »

[75] Selon l'Agence, l'« interprétation large » de la jurisprudence aurait amené la Cour, dans cette affaire *Dolbec*, à permettre la compensation des dettes pré et post. Ce n'est pas le cas.

[76] Dans *Dolbec*, la Cour retient que les deux dettes qui font l'objet de compensation sont pré Ouverture. On y lit :

[37] C'est pourquoi, si, à la suite de l'homologation par le tribunal et le paiement d'un dividende, la CSST était liée par la proposition et ne pouvait plus, selon les dispositions de l'article 62(2) L.F.I., réclamer le solde de sa créance, la Cour est toutefois d'avis qu'elle pouvait toujours, en défense à l'action de Dolbec, se prévaloir des dispositions de l'article 97(3) L.F.I. et opposer le solde de cette créance en compensation, puisque rien dans la proposition concordataire ne s'y oppose et que ces créances sont connexes et **ont toutes deux pris naissance avant le dépôt par Dolbec de l'avis de son intention** de faire une proposition selon les dispositions de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité.

[77] **L'erreur provient du fait que les dettes pré incluent celles nées après l'Ouverture lorsqu'elles résultent d'une obligation antérieure à celle-ci. Seule la dette née après l'Ouverture et résultant d'une obligation elle-même née après l'Ouverture constitue une dette post, comme le remboursement de taxes de 1,7 M\$ réclamé après l'Ouverture et résultant des opérations de l'entreprise conduites depuis lors.**

[78] Certes, une obligation peut être incertaine, non liquidée ou non exigible au jour d'Ouverture, mais elle existe et elle donnera lieu à une réclamation si elle devient « réputée prouvée » par décision du tribunal tel que prévu aux articles 121(1) et (2) qui renvoient à 135 (1.1) et (4) de la *L.f.i.*

[citation omise]

[79] Même si la décision du tribunal survient bien après le jour d'Ouverture, elle n'en constitue pas moins, dès ce jour, une « réclamation prouvable », susceptible de compensation.

[80] Dans *Daltech*^[16] également, la Cour réitère que les obligations mutuelles, sources de dettes à compenser, doivent exister au jour d'Ouverture. On y lit :

[58] La juge Deschamps, dans l'arrêt *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic) c. Québec (Procureur général)*, est d'avis que l'art. 97(3) L.F.I. « [...] requiert implicitement que les créances mutuelles doivent avoir pris naissance avant la faillite ». En l'espèce, à l'instar du juge de première instance, **je suis d'opinion que la compensation s'applique puisqu'avant la faillite, la faillie détenait une**

créance contre l'intimée, illustrée par le droit de rétention prévu au Contrat. Les deux parties étaient, en effet, au moment de la faillite, mutuellement créancière et débitrice.

[81] Ce n'est pas de savoir si une dette existe, si elle est liquide et exigible ou connexe à une autre qui importe, c'est de déterminer si elle constitue une réclamation prouvable dûment prouvée ou « réputée prouvée » pour que la compensation s'opère.

[82] À mon avis, les articles 21 L.a.c.c. et 97 (3) L.f.i. qui édictent que « les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations... », précisent par là le moment où la compensation s'opère, soit au moment où doivent être établies les réclamations; c'est au jour d'Ouverture que s'établit la réciprocité temporelle.

[83] Ainsi, le créancier établit sa réclamation au jour d'Ouverture, dont il soustrait sa propre dette à la débitrice. Si le solde est en sa faveur, il constitue sa réclamation prouvable, sinon, si le solde est en faveur de la débitrice, elle sera en droit de lui réclamer le solde, mais pas plus. »

[15] *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Dolbec Transport inc.*, [2012 QCCA 698](#).

[16] *Daltech Architectural inc. (Syndic de)*, [2008 QCCA 2441](#).

[37] En l'espèce DEC a avancé des sommes à la DÉBITRICE avant la faillite et la créance que tente de faire valoir le SYNDIC est pour des crédits d'impôt à la recherche scientifique et au développement expérimental résultant des investissements qu'elle a faits en RS&DE au cours de ses opérations avant la faillite¹⁷. Ce sont deux dettes pré-faillite.

[38] Le Tribunal n'a pas à décider si, à la lumière notamment du paragraphe [81] précité de l'arrêt *Kitco*, la connexité mentionnée au paragraphe 37 de l'arrêt *Dolbec* et au paragraphe 70 de l'arrêt *Daltech* demeure une condition nécessaire pour que la compensation opère entre deux dettes dans le contexte de la faillite. En l'espèce le Tribunal estime en effet qu'il y a de toute façon, pour paraphraser l'arrêt *Daltech*, une connexité et un lien de communauté d'objets et de causes entre les avances faites par DEC en vertu de son Programme Innovation, Développement de l'Entrepreneurship et Exportations destiné aux PME et les crédits d'impôt pour recherche scientifique et développement expérimental réclamés.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[39] **REJETTE** la requête du SYNDIC avec frais de justice.

¹⁷ Paragr. 6 de la pièce R-6.

CHARLES OUELLET, J.C.S.

M^e Jean-Patrick Bédard

BEDARD POULIN, AVOCATS S.E.N.C.R.L.
Procureur des demanderesse

M^e Pierre Lecavalier

MINISTERE DE LA JUSTICE CANADA
Pour Sa Majesté du Chef du Canada

M^e Daniel Cantin

REVENU QUEBEC
Pour l'Agence du Revenu du Québec

Date d'audience : 19 janvier 2017

Century Services Inc. *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada on behalf
of Her Majesty The Queen in Right of
Canada** *Respondent***INDEXED AS: CENTURY SERVICES INC. v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL)****2010 SCC 60**

File No.: 33239.

2010: May 11; 2010: December 16.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Bankruptcy and Insolvency — Priorities — Crown applying on eve of bankruptcy of debtor company to have GST monies held in trust paid to Receiver General of Canada — Whether deemed trust in favour of Crown under Excise Tax Act prevails over provisions of Companies' Creditors Arrangement Act purporting to nullify deemed trusts in favour of Crown — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 18.3(1) — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222(3).

Bankruptcy and insolvency — Procedure — Whether chambers judge had authority to make order partially lifting stay of proceedings to allow debtor company to make assignment in bankruptcy and to stay Crown's right to enforce GST deemed trust — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 11.

Trusts — Express trusts — GST collected but unremitted to Crown — Judge ordering that GST be held by Monitor in trust account — Whether segregation of Crown's GST claim in Monitor's account created an express trust in favour of Crown.

Century Services Inc. *Appelante*

c.

**Procureur général du Canada au
nom de Sa Majesté la Reine du chef du
Canada** *Intimé***RÉPERTORIÉ : CENTURY SERVICES INC. c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)****2010 CSC 60**

N° du greffe : 33239.

2010 : 11 mai; 2010 : 16 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et
Cromwell.**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Faillite et insolvabilité — Priorités — Demande de la Couronne à la société débitrice, la veille de la faillite, sollicitant le paiement au receveur général du Canada de la somme détenue en fiducie au titre de la TPS — La fiducie réputée établie par la Loi sur la taxe d'accise en faveur de la Couronne l'emporte-t-elle sur les dispositions de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies censées neutraliser ces fiducies? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 18.3(1) — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222(3).

Faillite et insolvabilité — Procédure — Le juge en cabinet avait-il le pouvoir, d'une part, de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre à la compagnie débitrice de faire cession de ses biens en faillite et, d'autre part, de suspendre les mesures prises par la Couronne pour bénéficier de la fiducie réputée se rapportant à la TPS? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11.

Fiducies — Fiducies expresses — Somme perçue au titre de la TPS mais non versée à la Couronne — Ordonnance du juge exigeant que la TPS soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie — Le fait que le montant de TPS réclamé par la Couronne soit détenu séparément dans le compte du contrôleur a-t-il créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne?

The debtor company commenced proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA"), obtaining a stay of proceedings to allow it time to reorganize its financial affairs. One of the debtor company's outstanding debts at the commencement of the reorganization was an amount of unremitted Goods and Services Tax ("GST") payable to the Crown. Section 222(3) of the *Excise Tax Act* ("ETA") created a deemed trust over unremitted GST, which operated despite any other enactment of Canada except the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA"). However, s. 18.3(1) of the CCAA provided that any statutory deemed trusts in favour of the Crown did not operate under the CCAA, subject to certain exceptions, none of which mentioned GST.

Pursuant to an order of the CCAA chambers judge, a payment not exceeding \$5 million was approved to the debtor company's major secured creditor, Century Services. However, the chambers judge also ordered the debtor company to hold back and segregate in the Monitor's trust account an amount equal to the unremitted GST pending the outcome of the reorganization. On concluding that reorganization was not possible, the debtor company sought leave of the court to partially lift the stay of proceedings so it could make an assignment in bankruptcy under the BIA. The Crown moved for immediate payment of unremitted GST to the Receiver General. The chambers judge denied the Crown's motion, and allowed the assignment in bankruptcy. The Court of Appeal allowed the appeal on two grounds. First, it reasoned that once reorganization efforts had failed, the chambers judge was bound under the priority scheme provided by the ETA to allow payment of unremitted GST to the Crown and had no discretion under s. 11 of the CCAA to continue the stay against the Crown's claim. Second, the Court of Appeal concluded that by ordering the GST funds segregated in the Monitor's trust account, the chambers judge had created an express trust in favour of the Crown.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The apparent conflict between s. 222(3) of the ETA and s. 18.3(1) of the CCAA can be resolved through an interpretation that properly recognizes the history of the CCAA, its function amidst the body of insolvency legislation enacted by

La compagnie débitrice a déposé une requête sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC ») et obtenu la suspension des procédures dans le but de réorganiser ses finances. Parmi les dettes de la compagnie débitrice au début de la réorganisation figurait une somme due à la Couronne, mais non versée encore, au titre de la taxe sur les produits et services (« TPS »). Le paragraphe 222(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* (« LTA ») crée une fiducie réputée visant les sommes de TPS non versées. Cette fiducie s'applique malgré tout autre texte législatif du Canada sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI »). Toutefois, le par. 18.3(1) de la LACC prévoyait que, sous réserve de certaines exceptions, dont aucune ne concerne la TPS, les fiducies réputées établies par la loi en faveur de la Couronne ne s'appliquaient pas sous son régime.

Le juge siégeant en son cabinet chargé d'appliquer la LACC a approuvé par ordonnance le paiement à Century Services, le principal créancier garanti du débiteur, d'une somme d'au plus cinq millions de dollars. Toutefois, il a également ordonné à la compagnie débitrice de retenir un montant égal aux sommes de TPS non versées et de le déposer séparément dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à l'issue de la réorganisation. Ayant conclu que la réorganisation n'était pas possible, la compagnie débitrice a demandé au tribunal de lever partiellement la suspension des procédures pour lui permettre de faire cession de ses biens en vertu de la LFI. La Couronne a demandé par requête le paiement immédiat au receveur général des sommes de TPS non versées. Le juge siégeant en son cabinet a rejeté la requête de la Couronne et autorisé la cession des biens. La Cour d'appel a accueilli l'appel pour deux raisons. Premièrement, elle a conclu que, après que la tentative de réorganisation eut échoué, le juge siégeant en son cabinet était tenu, en raison de la priorité établie par la LTA, d'autoriser le paiement à la Couronne des sommes qui lui étaient dues au titre de la TPS, et que l'art. 11 de la LACC ne lui conférait pas le pouvoir discrétionnaire de maintenir la suspension de la demande de la Couronne. Deuxièmement, la Cour d'appel a conclu que, en ordonnant la ségrégation des sommes de TPS dans le compte en fiducie du contrôleur, le juge siégeant en son cabinet avait créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell : Il est possible de résoudre le conflit apparent entre le par. 222(3) de la LTA et le par. 18.3(1) de la LACC en les interprétant d'une manière qui tienne compte adéquatement de l'historique de la LACC, de la fonction de cette loi parmi

Parliament and the principles for interpreting the *CCAA* that have been recognized in the jurisprudence. The history of the *CCAA* distinguishes it from the *BIA* because although these statutes share the same remedial purpose of avoiding the social and economic costs of liquidating a debtor's assets, the *CCAA* offers more flexibility and greater judicial discretion than the rules-based mechanism under the *BIA*, making the former more responsive to complex reorganizations. Because the *CCAA* is silent on what happens if reorganization fails, the *BIA* scheme of liquidation and distribution necessarily provides the backdrop against which creditors assess their priority in the event of bankruptcy. The contemporary thrust of legislative reform has been towards harmonizing aspects of insolvency law common to the *CCAA* and the *BIA*, and one of its important features has been a cutback in Crown priorities. Accordingly, the *CCAA* and the *BIA* both contain provisions nullifying statutory deemed trusts in favour of the Crown, and both contain explicit exceptions exempting source deductions deemed trusts from this general rule. Meanwhile, both Acts are harmonious in treating other Crown claims as unsecured. No such clear and express language exists in those Acts carving out an exception for GST claims.

When faced with the apparent conflict between s. 222(3) of the *ETA* and s. 18.3(1) of the *CCAA*, courts have been inclined to follow *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* and resolve the conflict in favour of the *ETA*. *Ottawa Senators* should not be followed. Rather, the *CCAA* provides the rule. Section 222(3) of the *ETA* evinces no explicit intention of Parliament to repeal *CCAA* s. 18.3. Where Parliament has sought to protect certain Crown claims through statutory deemed trusts and intended that these deemed trusts continue in insolvency, it has legislated so expressly and elaborately. Meanwhile, there is no express statutory basis for concluding that GST claims enjoy a preferred treatment under the *CCAA* or the *BIA*. The internal logic of the *CCAA* appears to subject a GST deemed trust to the waiver by Parliament of its priority. A strange asymmetry would result if differing treatments of GST deemed trusts under the *CCAA* and the *BIA* were found to exist, as this would encourage statute shopping, undermine the *CCAA*'s remedial purpose and invite the very social ills that the statute was enacted to avert. The later in time enactment of the more general s. 222(3) of the *ETA* does not require application of the doctrine of implied repeal to the earlier and more specific s. 18.3(1) of the *CCAA* in the circumstances of this case. In any event,

l'ensemble des textes adoptés par le législateur fédéral en matière d'insolvabilité et des principes d'interprétation de la *LACC* reconnus dans la jurisprudence. L'historique de la *LACC* permet de distinguer celle-ci de la *LFI* en ce sens que, bien que ces lois aient pour objet d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de l'actif d'un débiteur, la *LACC* offre plus de souplesse et accorde aux tribunaux un plus grand pouvoir discrétionnaire que le mécanisme fondé sur des règles de la *LFI*, ce qui rend la première mieux adaptée aux réorganisations complexes. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence permettant aux créanciers de savoir s'ils ont la priorité dans l'éventualité d'une faillite. Le travail de réforme législative contemporain a principalement visé à harmoniser les aspects communs à la *LACC* et à la *LFI*, et l'une des caractéristiques importantes de cette réforme est la réduction des priorités dont jouit la Couronne. Par conséquent, la *LACC* et la *LFI* contiennent toutes deux des dispositions neutralisant les fiducies réputées établies en vertu d'un texte législatif en faveur de la Couronne, et toutes deux comportent des exceptions expresses à la règle générale qui concernent les fiducies réputées établies à l'égard des retenues à la source. Par ailleurs, ces deux lois considèrent les autres créances de la Couronne comme des créances non garanties. Ces lois ne comportent pas de dispositions claires et expresses établissant une exception pour les créances relatives à la TPS.

Les tribunaux appelés à résoudre le conflit apparent entre le par. 222(3) de la *LTA* et le par. 18.3(1) de la *LACC* ont été enclins à appliquer l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* et à trancher en faveur de la *LTA*. Il ne convient pas de suivre cet arrêt. C'est plutôt la *LACC* qui énonce la règle applicable. Le paragraphe 222(3) de la *LTA* ne révèle aucune intention explicite du législateur d'abroger l'art. 18.3 de la *LACC*. Quand le législateur a voulu protéger certaines créances de la Couronne au moyen de fiducies réputées et voulu que celles-ci continuent de s'appliquer en situation d'insolvabilité, il l'a indiqué de manière explicite et minutieuse. En revanche, il n'existe aucune disposition législative expresse permettant de conclure que les créances relatives à la TPS bénéficient d'un traitement préférentiel sous le régime de la *LACC* ou de la *LFI*. Il semble découler de la logique interne de la *LACC* que la fiducie réputée établie à l'égard de la TPS est visée par la renonciation du législateur à sa priorité. Il y aurait une étrange asymétrie si l'on concluait que la *LACC* ne traite pas les fiducies réputées à l'égard de la TPS de la même manière que la *LFI*, car cela encouragerait les créanciers à recourir à la loi la plus favorable, minerait les objectifs réparateurs de la *LACC* et risquerait de favoriser les maux sociaux que l'édition de ce texte législatif visait justement à

recent amendments to the *CCAA* in 2005 resulted in s. 18.3 of the Act being renumbered and reformulated, making it the later in time provision. This confirms that Parliament's intent with respect to GST deemed trusts is to be found in the *CCAA*. The conflict between the *ETA* and the *CCAA* is more apparent than real.

The exercise of judicial discretion has allowed the *CCAA* to adapt and evolve to meet contemporary business and social needs. As reorganizations become increasingly complex, *CCAA* courts have been called upon to innovate. In determining their jurisdiction to sanction measures in a *CCAA* proceeding, courts should first interpret the provisions of the *CCAA* before turning to their inherent or equitable jurisdiction. Noteworthy in this regard is the expansive interpretation the language of the *CCAA* is capable of supporting. The general language of the *CCAA* should not be read as being restricted by the availability of more specific orders. The requirements of appropriateness, good faith and due diligence are baseline considerations that a court should always bear in mind when exercising *CCAA* authority. The question is whether the order will usefully further efforts to avoid the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company, which extends to both the purpose of the order and the means it employs. Here, the chambers judge's order staying the Crown's GST claim was in furtherance of the *CCAA*'s objectives because it blunted the impulse of creditors to interfere in an orderly liquidation and fostered a harmonious transition from the *CCAA* to the *BIA*, meeting the objective of a single proceeding that is common to both statutes. The transition from the *CCAA* to the *BIA* may require the partial lifting of a stay of proceedings under the *CCAA* to allow commencement of *BIA* proceedings, but no gap exists between the two statutes because they operate in tandem and creditors in both cases look to the *BIA* scheme of distribution to foreshadow how they will fare if the reorganization is unsuccessful. The breadth of the court's discretion under the *CCAA* is sufficient to construct a bridge to liquidation under the *BIA*. Hence, the chambers judge's order was authorized.

prévenir. Le paragraphe 222(3) de la *LTA*, une disposition plus récente et générale que le par. 18.3(1) de la *LACC*, n'exige pas l'application de la doctrine de l'abrogation implicite dans les circonstances de la présente affaire. En tout état de cause, par suite des modifications apportées récemment à la *LACC* en 2005, l'art. 18.3 a été reformulé et renuméroté, ce qui en fait la disposition postérieure. Cette constatation confirme que c'est dans la *LACC* qu'est exprimée l'intention du législateur en ce qui a trait aux fiducies réputées visant la TPS. Le conflit entre la *LTA* et la *LACC* est plus apparent que réel.

L'exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs discrétionnaires a fait en sorte que la *LACC* a évolué et s'est adaptée aux besoins commerciaux et sociaux contemporains. Comme les réorganisations deviennent très complexes, les tribunaux chargés d'appliquer la *LACC* ont été appelés à innover. Les tribunaux doivent d'abord interpréter les dispositions de la *LACC* avant d'invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour établir leur pouvoir de prendre des mesures dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. À cet égard, il faut souligner que le texte de la *LACC* peut être interprété très largement. La possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n'a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux utilisés dans la *LACC*. L'opportunité, la bonne foi et la diligence sont des considérations de base que le tribunal devrait toujours garder à l'esprit lorsqu'il exerce les pouvoirs conférés par la *LACC*. Il s'agit de savoir si l'ordonnance contribuera utilement à la réalisation de l'objectif d'éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d'une compagnie insolvable. Ce critère s'applique non seulement à l'objectif de l'ordonnance, mais aussi aux moyens utilisés. En l'espèce, l'ordonnance du juge siégeant en son cabinet qui a suspendu l'exécution des mesures de recouvrement de la Couronne à l'égard de la TPS contribuait à la réalisation des objectifs de la *LACC*, parce qu'elle avait pour effet de dissuader les créanciers d'entraver une liquidation ordonnée et favorisait une transition harmonieuse entre la *LACC* et la *LFI*, répondant ainsi à l'objectif — commun aux deux lois — qui consiste à avoir une seule procédure. Le passage de la *LACC* à la *LFI* peut exiger la levée partielle d'une suspension de procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, de façon à permettre l'engagement des procédures fondées sur la *LFI*, mais il n'existe aucun hiatus entre ces lois étant donné qu'elles s'appliquent de concert et que, dans les deux cas, les créanciers examinent le régime de distribution prévu par la *LFI* pour connaître la situation qui serait la leur en cas d'échec de la réorganisation. L'ampleur du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par la *LACC* suffit pour établir une passerelle vers une liquidation opérée sous le régime de la *LFI*. Le juge siégeant en son cabinet pouvait donc rendre l'ordonnance qu'il a prononcée.

No express trust was created by the chambers judge's order in this case because there is no certainty of object inferable from his order. Creation of an express trust requires certainty of intention, subject matter and object. At the time the chambers judge accepted the proposal to segregate the monies in the Monitor's trust account there was no certainty that the Crown would be the beneficiary, or object, of the trust because exactly who might take the money in the final result was in doubt. In any event, no dispute over the money would even arise under the interpretation of s. 18.3(1) of the *CCAA* established above, because the Crown's deemed trust priority over GST claims would be lost under the *CCAA* and the Crown would rank as an unsecured creditor for this amount.

Per Fish J.: The GST monies collected by the debtor are not subject to a deemed trust or priority in favour of the Crown. In recent years, Parliament has given detailed consideration to the Canadian insolvency scheme but has declined to amend the provisions at issue in this case, a deliberate exercise of legislative discretion. On the other hand, in upholding deemed trusts created by the *ETA* notwithstanding insolvency proceedings, courts have been unduly protective of Crown interests which Parliament itself has chosen to subordinate to competing prioritized claims. In the context of the Canadian insolvency regime, deemed trusts exist only where there is a statutory provision creating the trust and a *CCAA* or *BIA* provision explicitly confirming its effective operation. The *Income Tax Act*, the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act* all contain deemed trust provisions that are strikingly similar to that in s. 222 of the *ETA* but they are all also confirmed in s. 37 of the *CCAA* and in s. 67(3) of the *BIA* in clear and unmistakable terms. The same is not true of the deemed trust created under the *ETA*. Although Parliament created a deemed trust in favour of the Crown to hold unremitted GST monies, and although it purports to maintain this trust notwithstanding any contrary federal or provincial legislation, it did not confirm the continued operation of the trust in either the *BIA* or the *CCAA*, reflecting Parliament's intention to allow the deemed trust to lapse with the commencement of insolvency proceedings.

L'ordonnance du juge siégeant en son cabinet n'a pas créé de fiducie expresse en l'espèce, car aucune certitude d'objet ne peut être inférée de cette ordonnance. La création d'une fiducie expresse exige la présence de certitudes quant à l'intention, à la matière et à l'objet. Lorsque le juge siégeant en son cabinet a accepté la proposition que les sommes soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur, il n'existait aucune certitude que la Couronne serait le bénéficiaire ou l'objet de la fiducie, car il y avait un doute quant à la question de savoir qui au juste pourrait toucher l'argent en fin de compte. De toute façon, suivant l'interprétation du par. 18.3(1) de la *LACC* dérogée précédemment, aucun différend ne saurait même exister quant à l'argent, étant donné que la priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur la fiducie réputée visant la TPS ne s'applique pas sous le régime de la *LACC* et que la Couronne est reléguée au rang de créancier non garanti à l'égard des sommes en question.

Le juge Fish : Les sommes perçues par la débitrice au titre de la TPS ne font l'objet d'aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne. Au cours des dernières années, le législateur fédéral a procédé à un examen approfondi du régime canadien d'insolvabilité, mais il a refusé de modifier les dispositions qui sont en cause dans la présente affaire. Il s'agit d'un exercice délibéré du pouvoir discrétionnaire de légiférer. Par contre, en maintenant, malgré l'existence des procédures d'insolvabilité, la validité de fiducies réputées créées en vertu de la *LTA*, les tribunaux ont protégé indûment des droits de la Couronne que le Parlement avait lui-même choisi de subordonner à d'autres créances prioritaires. Dans le contexte du régime canadien d'insolvabilité, il existe une fiducie réputée uniquement lorsqu'une disposition législative crée la fiducie et qu'une disposition de la *LACC* ou de la *LFI* confirme explicitement l'existence de la fiducie. La *Loi de l'impôt sur le revenu*, le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-emploi* renferment toutes des dispositions relatives aux fiducies réputées dont le libellé offre une ressemblance frappante avec celui de l'art. 222 de la *LTA*, mais le maintien en vigueur des fiducies réputées créées en vertu de ces dispositions est confirmé à l'art. 37 de la *LACC* et au par. 67(3) de la *LFI* en termes clairs et explicites. La situation est différente dans le cas de la fiducie réputée créée par la *LTA*. Bien que le législateur crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée dans laquelle seront conservées les sommes recueillies au titre de la TPS mais non encore versées, et bien qu'il prétende maintenir cette fiducie en vigueur malgré les dispositions à l'effet contraire de toute loi fédérale ou provinciale, il ne confirme pas l'existence de la fiducie dans la *LFI* ou la *LACC*, ce qui témoigne de son intention de laisser la fiducie réputée devenir caduque au moment de l'introduction de la procédure d'insolvabilité.

Per Abella J. (dissenting): Section 222(3) of the *ETA* gives priority during *CCAA* proceedings to the Crown's deemed trust in unremitted GST. This provision unequivocally defines its boundaries in the clearest possible terms and excludes only the *BIA* from its legislative grasp. The language used reflects a clear legislative intention that s. 222(3) would prevail if in conflict with any other law except the *BIA*. This is borne out by the fact that following the enactment of s. 222(3), amendments to the *CCAA* were introduced, and despite requests from various constituencies, s. 18.3(1) was not amended to make the priorities in the *CCAA* consistent with those in the *BIA*. This indicates a deliberate legislative choice to protect the deemed trust in s. 222(3) from the reach of s. 18.3(1) of the *CCAA*.

The application of other principles of interpretation reinforces this conclusion. An earlier, specific provision may be overruled by a subsequent general statute if the legislature indicates, through its language, an intention that the general provision prevails. Section 222(3) achieves this through the use of language stating that it prevails despite any law of Canada, of a province, or "any other law" other than the *BIA*. Section 18.3(1) of the *CCAA* is thereby rendered inoperative for purposes of s. 222(3). By operation of s. 44(f) of the *Interpretation Act*, the transformation of s. 18.3(1) into s. 37(1) after the enactment of s. 222(3) of the *ETA* has no effect on the interpretive queue, and s. 222(3) of the *ETA* remains the "later in time" provision. This means that the deemed trust provision in s. 222(3) of the *ETA* takes precedence over s. 18.3(1) during *CCAA* proceedings. While s. 11 gives a court discretion to make orders notwithstanding the *BIA* and the *Winding-up Act*, that discretion is not liberated from the operation of any other federal statute. Any exercise of discretion is therefore circumscribed by whatever limits are imposed by statutes other than the *BIA* and the *Winding-up Act*. That includes the *ETA*. The chambers judge in this case was, therefore, required to respect the priority regime set out in s. 222(3) of the *ETA*. Neither s. 18.3(1) nor s. 11 of the *CCAA* gave him the authority to ignore it. He could not, as a result, deny the Crown's request for payment of the GST funds during the *CCAA* proceedings.

La juge Abella (dissidente) : Le paragraphe 222(3) de la *LTA* donne préséance, dans le cadre d'une procédure relevant de la *LACC*, à la fiducie réputée qui est établie en faveur de la Couronne à l'égard de la TPS non versée. Cette disposition définit sans équivoque sa portée dans des termes on ne peut plus clairs et n'exclut que la *LFI* de son champ d'application. Les termes employés révèlent l'intention claire du législateur que le par. 222(3) l'emporte en cas de conflit avec toute autre loi sauf la *LFI*. Cette opinion est confortée par le fait que des modifications ont été apportées à la *LACC* après l'édition du par. 222(3) et que, malgré les demandes répétées de divers groupes, le par. 18.3(1) n'a pas été modifié pour aligner l'ordre de priorité établi par la *LACC* sur celui de la *LFI*. Cela indique que le législateur a délibérément choisi de soustraire la fiducie réputée établie au par. 222(3) à l'application du par. 18.3(1) de la *LACC*.

Cette conclusion est renforcée par l'application d'autres principes d'interprétation. Une disposition spécifique antérieure peut être supplantée par une loi ultérieure de portée générale si le législateur, par les mots qu'il a employés, a exprimé l'intention de faire prévaloir la loi générale. Le paragraphe 222(3) accomplit cela de par son libellé, lequel précise que la disposition l'emporte sur tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial ou « toute autre règle de droit » sauf la *LFI*. Le paragraphe 18.3(1) de la *LACC* est par conséquent rendu inopérant aux fins d'application du par. 222(3). Selon l'alinéa 44f) de la *Loi d'interprétation*, le fait que le par. 18.3(1) soit devenu le par. 37(1) à la suite de l'édition du par. 222(3) de la *LTA* n'a aucune incidence sur l'ordre chronologique du point de vue de l'interprétation, et le par. 222(3) de la *LTA* demeure la disposition « postérieure ». Il s'ensuit que la disposition créant une fiducie réputée que l'on trouve au par. 222(3) de la *LTA* l'emporte sur le par. 18.3(1) dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. Bien que l'art. 11 accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances malgré les dispositions de la *LFI* et de la *Loi sur les liquidations*, ce pouvoir discrétionnaire demeure assujéti à l'application de toute autre loi fédérale. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est donc circonscrit par les limites imposées par toute loi autre que la *LFI* et la *Loi sur les liquidations*, et donc par la *LTA*. En l'espèce, le juge siégeant en son cabinet était donc tenu de respecter le régime de priorités établi au par. 222(3) de la *LTA*. Ni le par. 18.3(1), ni l'art. 11 de la *LACC* ne l'autorisaient à en faire abstraction. Par conséquent, il ne pouvait pas refuser la demande présentée par la Couronne en vue de se faire payer la TPS dans le cadre de la procédure introduite en vertu de la *LACC*.

Cases Cited

By Deschamps J.

Overruled: *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737; **distinguished:** *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; **referred to:** *Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] S.C.R. 659; *Quebec (Revenu) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192; *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), leave to appeal granted, 2010 QCCA 183 (CanLII); *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106; *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134; *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9; *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366; *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158; *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, aff'g (1999), 12 C.B.R. (4th) 144; *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Philip's Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25; *Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108.

By Fish J.

Referred to: *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737.

By Abella J. (dissenting)

Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re) (2005), 73 O.R. (3d) 737; *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board*, [1977] 2 F.C. 663.

Statutes and Regulations Cited

An Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêt renversé : *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737; **distinction d'avec l'arrêt :** *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; **arrêts mentionnés :** *Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] R.C.S. 659; *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192; *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), autorisation d'appel accordée, 2010 QCCA 183 (CanLII); *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134; *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9; *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366; *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158; *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, conf. (1999), 12 C.B.R. (4th) 144; *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Philip's Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25; *Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108.

Citée par le juge Fish

Arrêt mentionné : *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re) (2005), 73 O.R. (3d) 737; *Société Télé-Mobile Co. c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1977] 2 C.F. 663.

Lois et règlements cités

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 2 « texte », 44f).

- the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47, ss. 69, 128, 131.
- Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 67, 81.1, 81.2, 86 [am. 1992, c. 27, s. 39; 1997, c. 12, s. 73; 2000, c. 30, s. 148; 2005, c. 47, s. 69; 2009, c. 33, s. 25].
- Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 23.
- Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11 [am. 2005, c. 47, s. 128], 11.02 [ad. *idem*], 11.09 [ad. *idem*], 11.4 [am. *idem*], 18.3 [ad. 1997, c. 12, s. 125; rep. 2005, c. 47, s. 131], 18.4 [*idem*], 20 [am. 2005, c. 47, s. 131], 21 [ad. 1997, c. 12, s. 126; am. 2005, c. 47, s. 131], s. 37 [ad. 2005, c. 47, s. 131].
- Companies' Creditors Arrangement Act, 1933*, S.C. 1932-33, c. 36 [am. 1952-53, c. 3].
- Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 86(2), (2.1).
- Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222.
- Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 227(4), (4.1).
- Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 2 "enactment", 44(f).
- Winding-up Act*, R.S.C. 1985, c. W-11.
- Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 227(4), (4.1).
- Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47, art. 69, 128, 131.
- Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 86(2), (2.1).
- Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 67, 81.1, 81.2, 86 [mod. 1992, ch. 27, art. 39; 1997, ch. 12, art. 73; 2000, ch. 30, art. 148; 2005, ch. 47, art. 69; 2009, ch. 33, art. 25].
- Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222.
- Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11 [mod. 2005, ch. 47, art. 128], 11.02 [aj. *idem*], 11.09 [aj. *idem*], 11.4 [mod. *idem*], 18.3 [aj. 1997, ch. 12, art. 125; abr. 2005, ch. 47, art. 131], 18.4 [*idem*], 20 [mod. 2005, ch. 47, art. 131], 21 [aj. 1997, ch. 12, art. 126; mod. 2005, ch. 47, art. 131], 37 [aj. 2005, ch. 47, art. 131].
- Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, S.C. 1932-33, ch. 36 [mod. 1952-53, ch. 3].
- Loi sur les liquidations*, L.R.C. 1985, ch. W-11.
- Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 23.

Authors Cited

- Canada. Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency. *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 15, 3rd Sess., 34th Parl., October 3, 1991, 15:15.
- Canada. Industry Canada. Marketplace Framework Policy Branch. *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Corporate and Insolvency Law Policy Directorate, 2002.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 142, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, p. 2147.
- Canada. Senate. Standing Committee on Banking, Trade and Commerce. *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Senate of Canada, 2003.
- Canada. Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation. *Bankruptcy and Insolvency: Report of*

Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n^o 15, 3^e sess., 34^e lég., 3 octobre 1991, 15:15.
- Canada. Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité. *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986.
- Canada. Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité. *Faillite et Insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité*. Ottawa : Information Canada, 1970.
- Canada. Industrie Canada. Direction générale des politiques-cadres du marché. *Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : Direction des politiques du droit corporatif et de l'insolvabilité, 2002.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrange-*

- the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation*. Ottawa: Information Canada, 1970.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal: Thémis, 2009.
- Edwards, Stanley E. “Reorganizations Under the Companies’ Creditors Arrangement Act” (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587.
- Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals. Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. *Report* (2002) (online: <http://www.cairp.ca/publications/submissions-to-government/law-reform/index.php>).
- Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals. Legislative Review Task Force (Commercial). *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55* (2005).
- Jackson, Georgina R. and Janis Sarra. “Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters”, in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto: Thomson Carswell, 2008, 41.
- Jones, Richard B. “The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law”, in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005*. Toronto: Thomson Carswell, 2006, 481.
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto: Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2010, release 1).
- Morgan, Barbara K. “Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy” (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461.
- Sarra, Janis. *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations*. Toronto: University of Toronto Press, 2003.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*. Toronto: Thomson Carswell, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters’ Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto: Irwin Law, 2009.
- ments avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : 2003.
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 142, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 novembre 2005, p. 2147.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
- Edwards, Stanley E. « Reorganizations Under the Companies’ Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587.
- Institut d’insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation. Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. *Report* (2002) (en ligne : <http://www.cairp.ca/publications/submissions-to-government/law-reform/index.php>).
- Institut d’insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation. Legislative Review Task Force (Commercial). *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55* (2005).
- Jackson, Georgina R. and Janis Sarra. « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto : Thomson Carswell, 2008, 41.
- Jones, Richard B. « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005*. Toronto : Thomson Carswell, 2006, 481.
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto : Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2010, release 1).
- Morgan, Barbara K. « Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy » (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461.
- Sarra, Janis. *Creditor Rights and the Public Interest : Restructuring Insolvent Corporations*. Toronto : University of Toronto Press, 2003.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*. Toronto : Thomson Carswell, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
- Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters’ Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2005.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto : Irwin Law, 2009.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Tysoe and Smith J.J.A.), 2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, 270 B.C.A.C. 167, 454 W.A.C. 167, [2009] 12 W.W.R. 684, [2009] G.S.T.C. 79, [2009] B.C.J. No. 918 (QL), 2009 CarswellBC 1195, reversing a judgment of Brenner C.J.S.C., 2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221, [2008] B.C.J. No. 2611 (QL), 2008 CarswellBC 2895, dismissing a Crown application for payment of GST monies. Appeal allowed, Abella J. dissenting.

Mary I. A. Buttery, Owen J. James and Matthew J. G. Curtis, for the appellant.

Gordon Bourgard, David Jacyk and Michael J. Lema, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell J.J. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — For the first time this Court is called upon to directly interpret the provisions of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). In that respect, two questions are raised. The first requires reconciliation of provisions of the CCAA and the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (“ETA”), which lower courts have held to be in conflict with one another. The second concerns the scope of a court’s discretion when supervising reorganization. The relevant statutory provisions are reproduced in the Appendix. On the first question, having considered the evolution of Crown priorities in the context of insolvency and the wording of the various statutes creating Crown priorities, I conclude that it is the CCAA and not the ETA that provides the rule. On the second question, I conclude that the broad discretionary jurisdiction conferred on the supervising judge must be interpreted having regard to the remedial nature of the CCAA and insolvency legislation generally. Consequently, the court had the discretion to partially lift a stay of proceedings to allow the debtor to make an assignment under the *Bankruptcy and Insolvency*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Tysoe et Smith), 2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, 270 B.C.A.C. 167, 454 W.A.C. 167, [2009] 12 W.W.R. 684, [2009] G.S.T.C. 79, [2009] B.C.J. No. 918 (QL), 2009 CarswellBC 1195, qui a infirmé une décision du juge en chef Brenner, 2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221, [2008] B.C.J. No. 2611 (QL), 2008 CarswellBC 2895, qui a rejeté la demande de la Couronne sollicitant le paiement de la TPS. Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

Mary I. A. Buttery, Owen J. James et Matthew J. G. Curtis, pour l’appelante.

Gordon Bourgard, David Jacyk et Michael J. Lema, pour l’intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — C’est la première fois que la Cour est appelée à interpréter directement les dispositions de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). À cet égard, deux questions sont soulevées. La première requiert la conciliation d’une disposition de la LACC et d’une disposition de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« LTA »), qui, selon des juridictions inférieures, sont en conflit l’une avec l’autre. La deuxième concerne la portée du pouvoir discrétionnaire du tribunal qui surveille une réorganisation. Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe. Pour ce qui est de la première question, après avoir examiné l’évolution des priorités de la Couronne en matière d’insolvabilité et le libellé des diverses lois qui établissent ces priorités, j’arrive à la conclusion que c’est la LACC, et non la LTA, qui énonce la règle applicable. Pour ce qui est de la seconde question, je conclus qu’il faut interpréter les larges pouvoirs discrétionnaires conférés au juge en tenant compte de la nature réparatrice de la LACC et de la législation sur l’insolvabilité en général. Par conséquent, le tribunal avait le pouvoir

Act, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”). I would allow the appeal.

1. Facts and Decisions of the Courts Below

[2] Ted LeRoy Trucking Ltd. (“LeRoy Trucking”) commenced proceedings under the *CCAA* in the Supreme Court of British Columbia on December 13, 2007, obtaining a stay of proceedings with a view to reorganizing its financial affairs. LeRoy Trucking sold certain redundant assets as authorized by the order.

[3] Amongst the debts owed by LeRoy Trucking was an amount for Goods and Services Tax (“GST”) collected but unremitted to the Crown. The *ETA* creates a deemed trust in favour of the Crown for amounts collected in respect of GST. The deemed trust extends to any property or proceeds held by the person collecting GST and any property of that person held by a secured creditor, requiring that property to be paid to the Crown in priority to all security interests. The *ETA* provides that the deemed trust operates despite any other enactment of Canada except the *BIA*. However, the *CCAA* also provides that subject to certain exceptions, none of which mentions GST, deemed trusts in favour of the Crown do not operate under the *CCAA*. Accordingly, under the *CCAA* the Crown ranks as an unsecured creditor in respect of GST. Nonetheless, at the time LeRoy Trucking commenced *CCAA* proceedings the leading line of jurisprudence held that the *ETA* took precedence over the *CCAA* such that the Crown enjoyed priority for GST claims under the *CCAA*, even though it would have lost that same priority under the *BIA*. The *CCAA* underwent substantial amendments in 2005 in which some of the provisions at issue in this appeal were renumbered and reformulated (S.C. 2005, c. 47). However, these amendments only came into force on September 18, 2009. I will refer to the amended provisions only where relevant.

discrétionnaire de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre au débiteur de faire cession de ses biens en vertu de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »). Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

1. Faits et décisions des juridictions inférieures

[2] Le 13 décembre 2007, Ted LeRoy Trucking Ltd. (« LeRoy Trucking ») a déposé une requête sous le régime de la *LACC* devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique et obtenu la suspension des procédures dans le but de réorganiser ses finances. L’entreprise a vendu certains éléments d’actif excédentaires, comme l’y autorisait l’ordonnance.

[3] Parmi les dettes de LeRoy Trucking figurait une somme perçue par celle-ci au titre de la taxe sur les produits et services (« TPS ») mais non versée à la Couronne. La *LTA* crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée visant les sommes perçues au titre de la TPS. Cette fiducie réputée s’applique à tout bien ou toute recette détenue par la personne qui perçoit la TPS et à tout bien de cette personne détenu par un créancier garanti, et le produit découlant de ces biens doit être payé à la Couronne par priorité sur tout droit en garantie. Aux termes de la *LTA*, la fiducie réputée s’applique malgré tout autre texte législatif du Canada sauf la *LFI*. Cependant, la *LACC* prévoit également que, sous réserve de certaines exceptions, dont aucune ne concerne la TPS, ne s’appliquent pas sous son régime les fiducies réputées qui existent en faveur de la Couronne. Par conséquent, pour ce qui est de la TPS, la Couronne est un créancier non garanti dans le cadre de cette loi. Néanmoins, à l’époque où LeRoy Trucking a débuté ses procédures en vertu de la *LACC*, la jurisprudence dominante indiquait que la *LTA* l’emportait sur la *LACC*, la Couronne jouissant ainsi d’un droit prioritaire à l’égard des créances relatives à la TPS dans le cadre de la *LACC*, malgré le fait qu’elle aurait perdu cette priorité en vertu de la *LFI*. La *LACC* a fait l’objet de modifications substantielles en 2005, et certaines des dispositions en cause dans le présent pourvoi ont alors été renumérotées et reformulées (L.C. 2005, ch. 47). Mais ces modifications ne sont entrées en vigueur que le 18 septembre 2009. Je ne me reporterai aux dispositions modifiées que lorsqu’il sera utile de le faire.

[4] On April 29, 2008, Brenner C.J.S.C., in the context of the *CCAA* proceedings, approved a payment not exceeding \$5 million, the proceeds of redundant asset sales, to Century Services, the debtor's major secured creditor. LeRoy Trucking proposed to hold back an amount equal to the GST monies collected but unremitted to the Crown and place it in the Monitor's trust account until the outcome of the reorganization was known. In order to maintain the *status quo* while the success of the reorganization was uncertain, Brenner C.J.S.C. agreed to the proposal and ordered that an amount of \$305,202.30 be held by the Monitor in its trust account.

[5] On September 3, 2008, having concluded that reorganization was not possible, LeRoy Trucking sought leave to make an assignment in bankruptcy under the *BIA*. The Crown sought an order that the GST monies held by the Monitor be paid to the Receiver General of Canada. Brenner C.J.S.C. dismissed the latter application. Reasoning that the purpose of segregating the funds with the Monitor was "to facilitate an ultimate payment of the GST monies which were owed pre-filing, but only if a viable plan emerged", the failure of such a reorganization, followed by an assignment in bankruptcy, meant the Crown would lose priority under the *BIA* (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[6] The Crown's appeal was allowed by the British Columbia Court of Appeal (2009 BCCA 205, 270 B.C.A.C. 167). Tysoe J.A. for a unanimous court found two independent bases for allowing the Crown's appeal.

[7] First, the court's authority under s. 11 of the *CCAA* was held not to extend to staying the Crown's application for immediate payment of the GST funds subject to the deemed trust after it was clear that reorganization efforts had failed and

[4] Le 29 avril 2008, le juge en chef Brenner de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans le contexte des procédures intentées en vertu de la *LACC*, a approuvé le paiement à Century Services, le principal créancier garanti du débiteur, d'une somme d'au plus cinq millions de dollars, soit le produit de la vente d'éléments d'actif excédentaires. LeRoy Trucking a proposé de retenir un montant égal aux sommes perçues au titre de la TPS mais non versées à la Couronne et de le déposer dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à ce que l'issue de la réorganisation soit connue. Afin de maintenir le statu quo, en raison du succès incertain de la réorganisation, le juge en chef Brenner a accepté la proposition et ordonné qu'une somme de 305 202,30 \$ soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie.

[5] Le 3 septembre 2008, ayant conclu que la réorganisation n'était pas possible, LeRoy Trucking a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique l'autorisation de faire cession de ses biens en vertu de la *LFI*. Pour sa part, la Couronne a demandé au tribunal d'ordonner le paiement au receveur général du Canada de la somme détenue par le contrôleur au titre de la TPS. Le juge en chef Brenner a rejeté cette dernière demande. Selon lui, comme la détention des fonds dans le compte en fiducie du contrôleur visait à [TRADUCTION] « faciliter le paiement final des sommes de TPS qui étaient dues avant que l'entreprise ne débute les procédures, mais seulement si un plan viable était proposé », l'impossibilité de procéder à une telle réorganisation, suivie d'une cession de biens, signifiait que la Couronne perdrait sa priorité sous le régime de la *LFI* (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[6] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel interjeté par la Couronne (2009 BCCA 205, 270 B.C.A.C. 167). Rédigeant l'arrêt unanime de la cour, le juge Tysoe a invoqué deux raisons distinctes pour y faire droit.

[7] Premièrement, le juge d'appel Tysoe a conclu que le pouvoir conféré au tribunal par l'art. 11 de la *LACC* n'autorisait pas ce dernier à rejeter la demande de la Couronne sollicitant le paiement immédiat des sommes de TPS faisant l'objet de la fiducie réputée,

that bankruptcy was inevitable. As restructuring was no longer a possibility, staying the Crown's claim to the GST funds no longer served a purpose under the *CCAA* and the court was bound under the priority scheme provided by the *ETA* to allow payment to the Crown. In so holding, Tysoe J.A. adopted the reasoning in *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), which found that the *ETA* deemed trust for GST established Crown priority over secured creditors under the *CCAA*.

[8] Second, Tysoe J.A. concluded that by ordering the GST funds segregated in the Monitor's trust account on April 29, 2008, the judge had created an express trust in favour of the Crown from which the monies in question could not be diverted for any other purposes. The Court of Appeal therefore ordered that the money held by the Monitor in trust be paid to the Receiver General.

2. Issues

[9] This appeal raises three broad issues which are addressed in turn:

- (1) Did s. 222(3) of the *ETA* displace s. 18.3(1) of the *CCAA* and give priority to the Crown's *ETA* deemed trust during *CCAA* proceedings as held in *Ottawa Senators*?
- (2) Did the court exceed its *CCAA* authority by lifting the stay to allow the debtor to make an assignment in bankruptcy?
- (3) Did the court's order of April 29, 2008 requiring segregation of the Crown's GST claim in the Monitor's trust account create an express trust in favour of the Crown in respect of those funds?

après qu'il fut devenu clair que la tentative de réorganisation avait échoué et que la faillite était inévitable. Comme la restructuration n'était plus une possibilité, il ne servait plus à rien, dans le cadre de la *LACC*, de suspendre le paiement à la Couronne des sommes de TPS et le tribunal était tenu, en raison de la priorité établie par la *LTA*, d'en autoriser le versement à la Couronne. Ce faisant, le juge Tysoe a adopté le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), suivant lequel la fiducie réputée que crée la *LTA* à l'égard des sommes dues au titre de la TPS établissait la priorité de la Couronne sur les créanciers garantis dans le cadre de la *LACC*.

[8] Deuxièmement, le juge Tysoe a conclu que, en ordonnant la ségrégation des sommes de TPS dans le compte en fiducie du contrôleur le 29 avril 2008, le tribunal avait créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne, et que les sommes visées ne pouvaient être utilisées à quelque autre fin que ce soit. En conséquence, la Cour d'appel a ordonné que les sommes détenues par le contrôleur en fiducie pour la Couronne soient versées au receveur général.

2. Questions en litige

[9] Le pourvoi soulève trois grandes questions que j'examinerai à tour de rôle :

- (1) Le paragraphe 222(3) de la *LTA* l'emporte-t-il sur le par. 18.3(1) de la *LACC* et donne-t-il priorité à la fiducie réputée qui est établie par la *LTA* en faveur de la Couronne pendant des procédures régies par la *LACC*, comme il a été décidé dans l'arrêt *Ottawa Senators*?
- (2) Le tribunal a-t-il outrepassé les pouvoirs qui lui étaient conférés par la *LACC* en levant la suspension des procédures dans le but de permettre au débiteur de faire cession de ses biens?
- (3) L'ordonnance du tribunal datée du 29 avril 2008 exigeant que le montant de TPS réclamé par la Couronne soit détenu séparément dans le compte en fiducie du contrôleur a-t-elle créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne à l'égard des fonds en question?

3. Analysis

[10] The first issue concerns Crown priorities in the context of insolvency. As will be seen, the *ETA* provides for a deemed trust in favour of the Crown in respect of GST owed by a debtor “[d]espite . . . any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*)” (s. 222(3)), while the *CCAA* stated at the relevant time that “notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be [so] regarded” (s. 18.3(1)). It is difficult to imagine two statutory provisions more apparently in conflict. However, as is often the case, the apparent conflict can be resolved through interpretation.

[11] In order to properly interpret the provisions, it is necessary to examine the history of the *CCAA*, its function amidst the body of insolvency legislation enacted by Parliament, and the principles that have been recognized in the jurisprudence. It will be seen that Crown priorities in the insolvency context have been significantly pared down. The resolution of the second issue is also rooted in the context of the *CCAA*, but its purpose and the manner in which it has been interpreted in the case law are also key. After examining the first two issues in this case, I will address Tysoe J.A.’s conclusion that an express trust in favour of the Crown was created by the court’s order of April 29, 2008.

3.1 *Purpose and Scope of Insolvency Law*

[12] Insolvency is the factual situation that arises when a debtor is unable to pay creditors (see generally, R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), at p. 16). Certain legal proceedings become available upon insolvency, which typically allow a debtor to obtain a court order staying its creditors’ enforcement actions and attempt to obtain

3. Analyse

[10] La première question porte sur les priorités de la Couronne dans le contexte de l’insolvabilité. Comme nous le verrons, la *LTA* crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée à l’égard de la TPS due par un débiteur « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*) » (par. 222(3)), alors que selon la disposition de la *LACC* en vigueur à l’époque, « par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme [tel] » (par. 18.3(1)). Il est difficile d’imaginer deux dispositions législatives plus contradictoires en apparence. Cependant, comme c’est souvent le cas, le conflit apparent peut être résolu au moyen des principes d’interprétation législative.

[11] Pour interpréter correctement ces dispositions, il faut examiner l’historique de la *LACC*, la fonction de cette loi parmi l’ensemble des textes adoptés par le législateur fédéral en matière d’insolvabilité et les principes reconnus dans la jurisprudence. Nous verrons que les priorités de la Couronne en matière d’insolvabilité ont été restreintes de façon appréciable. La réponse à la deuxième question repose aussi sur le contexte de la *LACC*, mais l’objectif de cette loi et l’interprétation qu’en a donnée la jurisprudence jouent également un rôle essentiel. Après avoir examiné les deux premières questions soulevées en l’espèce, j’aborderai la conclusion du juge Tysoe selon laquelle l’ordonnance rendue par le tribunal le 29 avril 2008 a eu pour effet de créer une fiducie expresse en faveur de la Couronne.

3.1 *Objectif et portée du droit relatif à l’insolvabilité*

[12] L’insolvabilité est la situation de fait qui se présente quand un débiteur n’est pas en mesure de payer ses créanciers (voir, généralement, R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), p. 16). Certaines procédures judiciaires peuvent être intentées en cas d’insolvabilité. Ainsi, le débiteur peut généralement obtenir une ordonnance judiciaire

a binding compromise with creditors to adjust the payment conditions to something more realistic. Alternatively, the debtor's assets may be liquidated and debts paid from the proceeds according to statutory priority rules. The former is usually referred to as reorganization or restructuring while the latter is termed liquidation.

[13] Canadian commercial insolvency law is not codified in one exhaustive statute. Instead, Parliament has enacted multiple insolvency statutes, the main one being the *BIA*. The *BIA* offers a self-contained legal regime providing for both reorganization and liquidation. Although bankruptcy legislation has a long history, the *BIA* itself is a fairly recent statute — it was enacted in 1992. It is characterized by a rules-based approach to proceedings. The *BIA* is available to insolvent debtors owing \$1000 or more, regardless of whether they are natural or legal persons. It contains mechanisms for debtors to make proposals to their creditors for the adjustment of debts. If a proposal fails, the *BIA* contains a bridge to bankruptcy whereby the debtor's assets are liquidated and the proceeds paid to creditors in accordance with the statutory scheme of distribution.

[14] Access to the *CCAA* is more restrictive. A debtor must be a company with liabilities in excess of \$5 million. Unlike the *BIA*, the *CCAA* contains no provisions for liquidation of a debtor's assets if reorganization fails. There are three ways of exiting *CCAA* proceedings. The best outcome is achieved when the stay of proceedings provides the debtor with some breathing space during which solvency is restored and the *CCAA* process terminates without reorganization being needed. The second most desirable outcome occurs when the debtor's compromise or arrangement is accepted by its creditors and the reorganized company emerges from the *CCAA* proceedings as a going concern. Lastly, if the compromise or arrangement fails, either

ayant pour effet de suspendre les mesures d'exécution de ses créanciers, puis tenter de conclure avec eux une transaction à caractère exécutoire contenant des conditions de paiement plus réalistes. Ou alors, les biens du débiteur sont liquidés et ses dettes sont remboursées sur le produit de cette liquidation, selon les règles de priorité établies par la loi. Dans le premier cas, on emploie habituellement les termes de réorganisation ou de restructuration, alors que dans le second, on parle de liquidation.

[13] Le droit canadien en matière d'insolvabilité commerciale n'est pas codifié dans une seule loi exhaustive. En effet, le législateur a plutôt adopté plusieurs lois sur l'insolvabilité, la principale étant la *LFI*. Cette dernière établit un régime juridique autonome qui concerne à la fois la réorganisation et la liquidation. Bien qu'il existe depuis longtemps des mesures législatives relatives à la faillite, la *LFI* elle-même est une loi assez récente — elle a été adoptée en 1992. Ses procédures se caractérisent par une approche fondée sur des règles préétablies. Les débiteurs insolubles — personnes physiques ou personnes morales — qui doivent 1 000 \$ ou plus peuvent recourir à la *LFI*. Celle-ci comporte des mécanismes permettant au débiteur de présenter à ses créanciers une proposition de rajustement des dettes. Si la proposition est rejetée, la *LFI* établit la démarche aboutissant à la faillite : les biens du débiteur sont liquidés et le produit de cette liquidation est versé aux créanciers conformément à la répartition prévue par la loi.

[14] La possibilité de recourir à la *LACC* est plus restreinte. Le débiteur doit être une compagnie dont les dettes dépassent cinq millions de dollars. Contrairement à la *LFI*, la *LACC* ne contient aucune disposition relative à la liquidation de l'actif d'un débiteur en cas d'échec de la réorganisation. Une procédure engagée sous le régime de la *LACC* peut se terminer de trois façons différentes. Le scénario idéal survient dans les cas où la suspension des recours donne au débiteur un répit lui permettant de rétablir sa solvabilité et où le processus régi par la *LACC* prend fin sans qu'une réorganisation soit nécessaire. Le deuxième scénario le plus souhaitable est le cas où la transaction ou l'arrangement proposé par le débiteur est

the company or its creditors usually seek to have the debtor's assets liquidated under the applicable provisions of the *BIA* or to place the debtor into receivership. As discussed in greater detail below, the key difference between the reorganization regimes under the *BIA* and the *CCAA* is that the latter offers a more flexible mechanism with greater judicial discretion, making it more responsive to complex reorganizations.

[15] As I will discuss at greater length below, the purpose of the *CCAA* — Canada's first reorganization statute — is to permit the debtor to continue to carry on business and, where possible, avoid the social and economic costs of liquidating its assets. Proposals to creditors under the *BIA* serve the same remedial purpose, though this is achieved through a rules-based mechanism that offers less flexibility. Where reorganization is impossible, the *BIA* may be employed to provide an orderly mechanism for the distribution of a debtor's assets to satisfy creditor claims according to predetermined priority rules.

[16] Prior to the enactment of the *CCAA* in 1933 (S.C. 1932-33, c. 36), practice under existing commercial insolvency legislation tended heavily towards the liquidation of a debtor company (J. Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (2003), at p. 12). The battering visited upon Canadian businesses by the Great Depression and the absence of an effective mechanism for reaching a compromise between debtors and creditors to avoid liquidation required a legislative response. The *CCAA* was innovative as it allowed the insolvent debtor to attempt reorganization under judicial supervision outside the existing insolvency legislation which, once engaged, almost invariably resulted in liquidation (*Reference re Companies' Creditors*

accepté par ses créanciers et où la compagnie réorganisée poursuit ses activités au terme de la procédure engagée en vertu de la *LACC*. Enfin, dans le dernier scénario, la transaction ou l'arrangement échoue et la compagnie ou ses créanciers cherchent habituellement à obtenir la liquidation des biens en vertu des dispositions applicables de la *LFI* ou la mise sous séquestre du débiteur. Comme nous le verrons, la principale différence entre les régimes de réorganisation prévus par la *LFI* et la *LACC* est que le second établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire, ce qui rend le mécanisme mieux adapté aux réorganisations complexes.

[15] Comme je vais le préciser davantage plus loin, la *LACC* — la première loi canadienne régissant la réorganisation — a pour objectif de permettre au débiteur de continuer d'exercer ses activités et, dans les cas où cela est possible, d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de son actif. Les propositions faites aux créanciers en vertu de la *LFI* répondent au même objectif, mais au moyen d'un mécanisme fondé sur des règles et offrant moins de souplesse. Quand la réorganisation s'avère impossible, les dispositions de la *LFI* peuvent être appliquées pour répartir de manière ordonnée les biens du débiteur entre les créanciers, en fonction des règles de priorité qui y sont établies.

[16] Avant l'adoption de la *LACC* en 1933 (S.C. 1932-33, ch. 36), la liquidation de la compagnie débitrice constituait la pratique la plus courante en vertu de la législation existante en matière d'insolvabilité commerciale (J. Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (2003), p. 12). Les ravages de la Grande Dépression sur les entreprises canadiennes et l'absence d'un mécanisme efficace susceptible de permettre aux débiteurs et aux créanciers d'arriver à des compromis afin d'éviter la liquidation commandaient une solution législative. La *LACC* a innové en permettant au débiteur insolvable de tenter une réorganisation sous surveillance judiciaire, hors du cadre de la législation existante en matière d'insolvabilité qui, une fois entrée en jeu,

Arrangement Act, [1934] S.C.R. 659, at pp. 660-61; Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 12-13).

[17] Parliament understood when adopting the CCAA that liquidation of an insolvent company was harmful for most of those it affected — notably creditors and employees — and that a workout which allowed the company to survive was optimal (Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 13-15).

[18] Early commentary and jurisprudence also endorsed the CCAA's remedial objectives. It recognized that companies retain more value as going concerns while underscoring that intangible losses, such as the evaporation of the companies' goodwill, result from liquidation (S. E. Edwards, "Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act" (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587, at p. 592). Reorganization serves the public interest by facilitating the survival of companies supplying goods or services crucial to the health of the economy or saving large numbers of jobs (*ibid.*, at p. 593). Insolvency could be so widely felt as to impact stakeholders other than creditors and employees. Variants of these views resonate today, with reorganization justified in terms of rehabilitating companies that are key elements in a complex web of interdependent economic relationships in order to avoid the negative consequences of liquidation.

[19] The CCAA fell into disuse during the next several decades, likely because amendments to the Act in 1953 restricted its use to companies issuing bonds (S.C. 1952-53, c. 3). During the economic downturn of the early 1980s, insolvency lawyers and courts adapting to the resulting wave of insolvencies resurrected the statute and deployed it in response to new economic challenges. Participants in insolvency proceedings grew to recognize and appreciate the statute's distinguishing feature: a grant of broad and flexible authority to the supervising court to make

aboutissait presque invariablement à la liquidation (*Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] R.C.S. 659, p. 660-661; Sarra, *Creditor Rights*, p. 12-13).

[17] Le législateur comprenait, lorsqu'il a adopté la LACC, que la liquidation d'une compagnie insolvable causait préjudice à la plupart des personnes touchées — notamment les créanciers et les employés — et que la meilleure solution consistait dans un arrangement permettant à la compagnie de survivre (Sarra, *Creditor Rights*, p. 13-15).

[18] Les premières analyses et décisions judiciaires à cet égard ont également entériné les objectifs réparateurs de la LACC. On y reconnaissait que la valeur de la compagnie demeurait plus grande lorsque celle-ci pouvait poursuivre ses activités, tout en soulignant les pertes intangibles découlant d'une liquidation, par exemple la disparition de la clientèle (S. E. Edwards, « Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587, p. 592). La réorganisation sert l'intérêt public en permettant la survie de compagnies qui fournissent des biens ou des services essentiels à la santé de l'économie ou en préservant un grand nombre d'emplois (*ibid.*, p. 593). Les effets de l'insolvabilité pouvaient même toucher d'autres intéressés que les seuls créanciers et employés. Ces arguments se font entendre encore aujourd'hui sous une forme un peu différente, lorsqu'on justifie la réorganisation par la nécessité de remettre sur pied des compagnies qui constituent des volets essentiels d'un réseau complexe de rapports économiques interdépendants, dans le but d'éviter les effets négatifs de la liquidation.

[19] La LACC est tombée en désuétude au cours des décennies qui ont suivi, vraisemblablement parce que des modifications apportées en 1953 ont restreint son application aux compagnies émettant des obligations (S.C. 1952-53, ch. 3). Pendant la récession du début des années 1980, obligés de s'adapter au nombre grandissant d'entreprises en difficulté, les avocats travaillant dans le domaine de l'insolvabilité ainsi que les tribunaux ont redécouvert cette loi et s'en sont servis pour relever les nouveaux défis de l'économie. Les participants aux

the orders necessary to facilitate the reorganization of the debtor and achieve the CCAA's objectives. The manner in which courts have used CCAA jurisdiction in increasingly creative and flexible ways is explored in greater detail below.

[20] Efforts to evolve insolvency law were not restricted to the courts during this period. In 1970, a government-commissioned panel produced an extensive study recommending sweeping reform but Parliament failed to act (see *Bankruptcy and Insolvency: Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation* (1970)). Another panel of experts produced more limited recommendations in 1986 which eventually resulted in enactment of the *Bankruptcy and Insolvency Act* of 1992 (S.C. 1992, c. 27) (see *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency* (1986)). Broader provisions for reorganizing insolvent debtors were then included in Canada's bankruptcy statute. Although the 1970 and 1986 reports made no specific recommendations with respect to the CCAA, the House of Commons committee studying the BIA's predecessor bill, C-22, seemed to accept expert testimony that the BIA's new reorganization scheme would shortly supplant the CCAA, which could then be repealed, with commercial insolvency and bankruptcy being governed by a single statute (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 15, 3rd Sess., 34th Parl., October 3, 1991, at 15:15-15:16).

[21] In retrospect, this conclusion by the House of Commons committee was out of step with reality. It overlooked the renewed vitality the CCAA enjoyed in contemporary practice and the advantage that a

procédures en sont peu à peu venus à reconnaître et à apprécier la caractéristique propre de la loi : l'attribution, au tribunal chargé de surveiller le processus, d'une grande latitude lui permettant de rendre les ordonnances nécessaires pour faciliter la réorganisation du débiteur et réaliser les objectifs de la LACC. Nous verrons plus loin comment les tribunaux ont utilisé de façon de plus en plus souple et créative les pouvoirs qui leur sont conférés par la LACC.

[20] Ce ne sont pas seulement les tribunaux qui se sont employés à faire évoluer le droit de l'insolvabilité pendant cette période. En 1970, un comité constitué par le gouvernement a mené une étude approfondie au terme de laquelle il a recommandé une réforme majeure, mais le législateur n'a rien fait (voir *Faillite et insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité* (1970)). En 1986, un autre comité d'experts a formulé des recommandations de portée plus restreinte, qui ont finalement conduit à l'adoption de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* de 1992 (L.C. 1992, ch. 27) (voir *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité* (1986)). Des dispositions à caractère plus général concernant la réorganisation des débiteurs insolvable ont alors été ajoutées à la loi canadienne relative à la faillite. Malgré l'absence de recommandations spécifiques au sujet de la LACC dans les rapports de 1970 et 1986, le comité de la Chambre des communes qui s'est penché sur le projet de loi C-22 à l'origine de la LFI a semblé accepter le témoignage d'un expert selon lequel le nouveau régime de réorganisation de la LFI supplanterait rapidement la LACC, laquelle pourrait alors être abrogée et l'insolvabilité commerciale et la faillite seraient ainsi régies par un seul texte législatif (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n° 15, 3^e sess., 34^e lég., 3 octobre 1991, 15:15-15:16).

[21] En rétrospective, cette conclusion du comité de la Chambre des communes ne correspondait pas à la réalité. Elle ne tenait pas compte de la nouvelle vitalité de la LACC dans la pratique contemporaine,

flexible judicially supervised reorganization process presented in the face of increasingly complex reorganizations, when compared to the stricter rules-based scheme contained in the *BIA*. The “flexibility of the *CCAA* [was seen as] a great benefit, allowing for creative and effective decisions” (Industry Canada, Marketplace Framework Policy Branch, *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors Arrangement Act* (2002), at p. 41). Over the past three decades, resurrection of the *CCAA* has thus been the mainspring of a process through which, one author concludes, “the legal setting for Canadian insolvency restructuring has evolved from a rather blunt instrument to one of the most sophisticated systems in the developed world” (R. B. Jones, “The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, at p. 481).

[22] While insolvency proceedings may be governed by different statutory schemes, they share some commonalities. The most prominent of these is the single proceeding model. The nature and purpose of the single proceeding model are described by Professor Wood in *Bankruptcy and Insolvency Law*:

They all provide a collective proceeding that supersedes the usual civil process available to creditors to enforce their claims. The creditors’ remedies are collectivized in order to prevent the free-for-all that would otherwise prevail if creditors were permitted to exercise their remedies. In the absence of a collective process, each creditor is armed with the knowledge that if they do not strike hard and swift to seize the debtor’s assets, they will be beat out by other creditors. [pp. 2-3]

The single proceeding model avoids the inefficiency and chaos that would attend insolvency if each creditor initiated proceedings to recover its debt. Grouping all possible actions against the debtor into a single proceeding controlled in a single forum facilitates negotiation with creditors because it places them all on an equal footing,

ni des avantages qu’offrait, en présence de réorganisations de plus en plus complexes, un processus souple de réorganisation sous surveillance judiciaire par rapport au régime plus rigide de la *LFI*, fondé sur des règles préétablies. La « souplesse de la *LACC* [était considérée comme offrant] de grands avantages car elle permet de prendre des décisions créatives et efficaces » (Industrie Canada, Direction générale des politiques-cadres du marché, *Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (2002), p. 50). Au cours des trois dernières décennies, la résurrection de la *LACC* a donc été le moteur d’un processus grâce auquel, selon un auteur, [TRADUCTION] « le régime juridique canadien de restructuration en cas d’insolvabilité — qui était au départ un instrument plutôt rudimentaire — a évolué pour devenir un des systèmes les plus sophistiqués du monde développé » (R. B. Jones, « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, p. 481).

[22] Si les instances en matière d’insolvabilité peuvent être régies par des régimes législatifs différents, elles n’en présentent pas moins certains points communs, dont le plus frappant réside dans le modèle de la procédure unique. Le professeur Wood a décrit ainsi la nature et l’objectif de ce modèle dans *Bankruptcy and Insolvency Law* :

[TRADUCTION] Elles prévoient toutes une procédure collective qui remplace la procédure civile habituelle dont peuvent se prévaloir les créanciers pour faire valoir leurs droits. Les recours des créanciers sont collectivisés afin d’éviter l’anarchie qui régnerait si ceux-ci pouvaient exercer leurs recours individuellement. En l’absence d’un processus collectif, chaque créancier sait que faute d’agir de façon rapide et déterminée pour saisir les biens du débiteur, il sera devancé par les autres créanciers. [p. 2-3]

Le modèle de la procédure unique vise à faire échec à l’inefficacité et au chaos qui résulteraient de l’insolvabilité si chaque créancier engageait sa propre procédure dans le but de recouvrer sa créance. La réunion — en une seule instance relevant d’un même tribunal — de toutes les actions possibles contre le débiteur a pour effet de faciliter la négociation avec

rather than exposing them to the risk that a more aggressive creditor will realize its claims against the debtor's limited assets while the other creditors attempt a compromise. With a view to achieving that purpose, both the *CCAA* and the *BIA* allow a court to order all actions against a debtor to be stayed while a compromise is sought.

[23] Another point of convergence of the *CCAA* and the *BIA* relates to priorities. Because the *CCAA* is silent about what happens if reorganization fails, the *BIA* scheme of liquidation and distribution necessarily supplies the backdrop for what will happen if a *CCAA* reorganization is ultimately unsuccessful. In addition, one of the important features of legislative reform of both statutes since the enactment of the *BIA* in 1992 has been a cutback in Crown priorities (S.C. 1992, c. 27, s. 39; S.C. 1997, c. 12, ss. 73 and 125; S.C. 2000, c. 30, s. 148; S.C. 2005, c. 47, ss. 69 and 131; S.C. 2009, c. 33, s. 25; see also *Quebec (Revenue) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*).

[24] With parallel *CCAA* and *BIA* restructuring schemes now an accepted feature of the insolvency law landscape, the contemporary thrust of legislative reform has been towards harmonizing aspects of insolvency law common to the two statutory schemes to the extent possible and encouraging reorganization over liquidation (see *An Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192, at para. 19).

[25] Mindful of the historical background of the *CCAA* and *BIA*, I now turn to the first question at issue.

les créanciers en les mettant tous sur le même pied. Cela évite le risque de voir un créancier plus combatif obtenir le paiement de ses créances sur l'actif limité du débiteur pendant que les autres créanciers tentent d'arriver à une transaction. La *LACC* et la *LFI* autorisent toutes deux pour cette raison le tribunal à ordonner la suspension de toutes les actions intentées contre le débiteur pendant qu'on cherche à conclure une transaction.

[23] Un autre point de convergence entre la *LACC* et la *LFI* concerne les priorités. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence pour ce qui se produira dans une telle situation. De plus, l'une des caractéristiques importantes de la réforme dont ces deux lois ont fait l'objet depuis 1992 est la réduction des priorités de la Couronne (L.C. 1992, ch. 27, art. 39; L.C. 1997, ch. 12, art. 73 et 125; L.C. 2000, ch. 30, art. 148; L.C. 2005, ch. 47, art. 69 et 131; L.C. 2009, ch. 33, art. 25; voir aussi *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité*).

[24] Comme les régimes de restructuration parallèles de la *LACC* et de la *LFI* constituent désormais une caractéristique reconnue dans le domaine du droit de l'insolvabilité, le travail de réforme législative contemporain a principalement visé à harmoniser, dans la mesure du possible, les aspects communs aux deux régimes et à privilégier la réorganisation plutôt que la liquidation (voir la *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta L.R. (4th) 192, par. 19).

[25] Ayant à l'esprit le contexte historique de la *LACC* et de la *LFI*, je vais maintenant aborder la première question en litige.

3.2 *GST Deemed Trust Under the CCAA*

[26] The Court of Appeal proceeded on the basis that the *ETA* precluded the court from staying the Crown's enforcement of the GST deemed trust when partially lifting the stay to allow the debtor to enter bankruptcy. In so doing, it adopted the reasoning in a line of cases culminating in *Ottawa Senators*, which held that an *ETA* deemed trust remains enforceable during *CCAA* reorganization despite language in the *CCAA* that suggests otherwise.

[27] The Crown relies heavily on the decision of the Ontario Court of Appeal in *Ottawa Senators* and argues that the later in time provision of the *ETA* creating the GST deemed trust trumps the provision of the *CCAA* purporting to nullify most statutory deemed trusts. The Court of Appeal in this case accepted this reasoning but not all provincial courts follow it (see, e.g., *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), leave to appeal granted, 2010 QCCA 183 (CanLII)). Century Services relied, in its written submissions to this Court, on the argument that the court had authority under the *CCAA* to continue the stay against the Crown's claim for unremitted GST. In oral argument, the question of whether *Ottawa Senators* was correctly decided nonetheless arose. After the hearing, the parties were asked to make further written submissions on this point. As appears evident from the reasons of my colleague Abella J., this issue has become prominent before this Court. In those circumstances, this Court needs to determine the correctness of the reasoning in *Ottawa Senators*.

[28] The policy backdrop to this question involves the Crown's priority as a creditor in insolvency situations which, as I mentioned above, has evolved considerably. Prior to the 1990s, Crown claims

3.2 *Fiducie réputée se rapportant à la TPS dans le cadre de la LACC*

[26] La Cour d'appel a estimé que la *LTA* empêchait le tribunal de suspendre les mesures prises par la Couronne pour bénéficier de la fiducie réputée se rapportant à la TPS, lorsqu'il a partiellement levé la suspension des procédures engagées contre le débiteur afin de permettre à celui-ci de faire cession de ses biens. Ce faisant, la cour a adopté un raisonnement qui s'insère dans un courant jurisprudentiel dominé par l'arrêt *Ottawa Senators*, suivant lequel il demeure possible de demander le bénéfice d'une fiducie réputée établie par la *LTA* pendant une réorganisation opérée en vertu de la *LACC*, et ce, malgré les dispositions de la *LACC* qui semblent dire le contraire.

[27] S'appuyant largement sur l'arrêt *Ottawa Senators* de la Cour d'appel de l'Ontario, la Couronne plaide que la disposition postérieure de la *LTA* créant la fiducie réputée visant la TPS l'emporte sur la disposition de la *LACC* censée neutraliser la plupart des fiducies réputées qui sont créées par des dispositions législatives. Si la Cour d'appel a accepté ce raisonnement dans la présente affaire, les tribunaux provinciaux ne l'ont pas tous adopté (voir, p. ex., *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), autorisation d'appel accordée, 2010 QCCA 183 (CanLII)). Dans ses observations écrites adressées à la Cour, Century Services s'est fondée sur l'argument suivant lequel le tribunal pouvait, en vertu de la *LACC*, maintenir la suspension de la demande de la Couronne visant le paiement de la TPS non versée. Au cours des plaidoiries, la question de savoir si l'arrêt *Ottawa Senators* était bien fondé a néanmoins été soulevée. Après l'audience, la Cour a demandé aux parties de présenter des observations écrites supplémentaires à ce sujet. Comme il ressort clairement des motifs de ma collègue la juge Abella, cette question a pris une grande importance devant notre Cour. Dans ces circonstances, la Cour doit statuer sur le bien-fondé du raisonnement adopté dans l'arrêt *Ottawa Senators*.

[28] Le contexte général dans lequel s'inscrit cette question concerne l'évolution considérable, signalée plus haut, de la priorité dont jouit la Couronne en tant que créancier en cas d'insolvabilité. Avant les

largely enjoyed priority in insolvency. This was widely seen as unsatisfactory as shown by both the 1970 and 1986 insolvency reform proposals, which recommended that Crown claims receive no preferential treatment. A closely related matter was whether the *CCAA* was binding at all upon the Crown. Amendments to the *CCAA* in 1997 confirmed that it did indeed bind the Crown (see *CCAA*, s. 21, as added by S.C. 1997, c. 12, s. 126).

[29] Claims of priority by the state in insolvency situations receive different treatment across jurisdictions worldwide. For example, in Germany and Australia, the state is given no priority at all, while the state enjoys wide priority in the United States and France (see B. K. Morgan, “Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy” (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461, at p. 500). Canada adopted a middle course through legislative reform of Crown priority initiated in 1992. The Crown retained priority for source deductions of income tax, Employment Insurance (“EI”) and Canada Pension Plan (“CPP”) premiums, but ranks as an ordinary unsecured creditor for most other claims.

[30] Parliament has frequently enacted statutory mechanisms to secure Crown claims and permit their enforcement. The two most common are statutory deemed trusts and powers to garnish funds third parties owe the debtor (see F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (loose-leaf), at §2).

[31] With respect to GST collected, Parliament has enacted a deemed trust. The *ETA* states that every person who collects an amount on account of GST is deemed to hold that amount in trust for the Crown (s. 222(1)). The deemed trust extends to other property of the person collecting the tax equal in value to the amount deemed to be in trust if that amount has not been remitted in accordance with the *ETA*. The deemed trust also extends to property

années 1990, les créances de la Couronne bénéficiaient dans une large mesure d’une priorité en cas d’insolvabilité. Cette situation avantageuse suscitait une grande controverse. Les propositions de réforme du droit de l’insolvabilité de 1970 et de 1986 en témoignent — elles recommandaient que les créances de la Couronne ne fassent l’objet d’aucun traitement préférentiel. Une question connexe se posait : celle de savoir si la Couronne était même assujettie à la *LACC*. Les modifications apportées à la *LACC* en 1997 ont confirmé qu’elle l’était bel et bien (voir *LACC*, art. 21, ajouté par L.C. 1997, ch. 12, art. 126).

[29] Les revendications de priorité par l’État en cas d’insolvabilité sont abordées de différentes façons selon les pays. Par exemple, en Allemagne et en Australie, l’État ne bénéficie d’aucune priorité, alors qu’aux États-Unis et en France il jouit au contraire d’une large priorité (voir B. K. Morgan, « Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy » (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461, p. 500). Le Canada a choisi une voie intermédiaire dans le cadre d’une réforme législative amorcée en 1992 : la Couronne a conservé sa priorité pour les sommes retenues à la source au titre de l’impôt sur le revenu et des cotisations à l’assurance-emploi (« AE ») et au Régime de pensions du Canada (« RPC »), mais elle est un créancier ordinaire non garanti pour la plupart des autres sommes qui lui sont dues.

[30] Le législateur a fréquemment adopté des mécanismes visant à protéger les créances de la Couronne et à permettre leur exécution. Les deux plus courants sont les fiducies présumées et les pouvoirs de saisie-arrêt (voir F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (feuilles mobiles), §2).

[31] Pour ce qui est des sommes de TPS perçues, le législateur a établi une fiducie réputée. La *LTA* précise que la personne qui perçoit une somme au titre de la TPS est réputée la détenir en fiducie pour la Couronne (par. 222(1)). La fiducie réputée s’applique aux autres biens de la personne qui perçoit la taxe, pour une valeur égale à la somme réputée détenue en fiducie, si la somme en question n’a pas été versée en conformité avec la *LTA*. La fiducie réputée vise

held by a secured creditor that, but for the security interest, would be property of the person collecting the tax (s. 222(3)).

[32] Parliament has created similar deemed trusts using almost identical language in respect of source deductions of income tax, EI premiums and CPP premiums (see s. 227(4) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), ss. 86(2) and (2.1) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, and ss. 23(3) and (4) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8). I will refer to income tax, EI and CPP deductions as “source deductions”.

[33] In *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, this Court addressed a priority dispute between a deemed trust for source deductions under the *ITA* and security interests taken under both the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, and the *Alberta Personal Property Security Act*, S.A. 1988, c. P-4.05 (“*PPSA*”). As then worded, an *ITA* deemed trust over the debtor’s property equivalent to the amount owing in respect of income tax became effective at the time of liquidation, receivership, or assignment in bankruptcy. *Sparrow Electric* held that the *ITA* deemed trust could not prevail over the security interests because, being fixed charges, the latter attached as soon as the debtor acquired rights in the property such that the *ITA* deemed trust had no property on which to attach when it subsequently arose. Later, in *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, this Court observed that Parliament had legislated to strengthen the statutory deemed trust in the *ITA* by deeming it to operate from the moment the deductions were not paid to the Crown as required by the *ITA*, and by granting the Crown priority over all security interests (paras. 27-29) (the “*Sparrow Electric* amendment”).

également les biens détenus par un créancier garanti qui, si ce n’était de la sûreté, seraient les biens de la personne qui perçoit la taxe (par. 222(3)).

[32] Utilisant pratiquement les mêmes termes, le législateur a créé de semblables fiducies réputées à l’égard des retenues à la source relatives à l’impôt sur le revenu et aux cotisations à l’AE et au RPC (voir par. 227(4) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), par. 86(2) et (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, et par. 23(3) et (4) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8). J’emploierai ci-après le terme « retenues à la source » pour désigner les retenues relatives à l’impôt sur le revenu et aux cotisations à l’AE et au RPC.

[33] Dans *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, la Cour était saisie d’un litige portant sur la priorité de rang entre, d’une part, une fiducie réputée établie en vertu de la *LIR* à l’égard des retenues à la source, et, d’autre part, des sûretés constituées en vertu de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, et de la loi de l’Alberta intitulée *Personal Property Security Act*, S.A. 1988, ch. P-4.05 (« *PPSA* »). D’après les dispositions alors en vigueur, une fiducie réputée — établie en vertu de la *LIR* à l’égard des biens du débiteur pour une valeur égale à la somme due au titre de l’impôt sur le revenu — commençait à s’appliquer au moment de la liquidation, de la mise sous séquestre ou de la cession de biens. Dans *Sparrow Electric*, la Cour a conclu que la fiducie réputée de la *LIR* ne pouvait pas l’emporter sur les sûretés, au motif que, comme celles-ci constituaient des privilèges fixes grevant les biens dès que le débiteur acquérait des droits sur eux, il n’existait pas de biens susceptibles d’être visés par la fiducie réputée de la *LIR* lorsqu’elle prenait naissance par la suite. Ultérieurement, dans *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, la Cour a souligné que le législateur était intervenu pour renforcer la fiducie réputée de la *LIR* en précisant qu’elle est réputée s’appliquer dès le moment où les retenues ne sont pas versées à la Couronne conformément aux exigences de la *LIR*, et en donnant à la Couronne la priorité sur toute autre garantie (par. 27-29) (la « modification découlant de l’arrêt *Sparrow Electric* »).

[34] The amended text of s. 227(4.1) of the *ITA* and concordant source deductions deemed trusts in the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act* state that the deemed trust operates notwithstanding any other enactment of Canada, except ss. 81.1 and 81.2 of the *BIA*. The *ETA* deemed trust at issue in this case is similarly worded, but it excepts the *BIA* in its entirety. The provision reads as follows:

222. . . .

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

[35] The Crown submits that the *Sparrow Electric* amendment, added by Parliament to the *ETA* in 2000, was intended to preserve the Crown's priority over collected GST under the *CCAA* while subordinating the Crown to the status of an unsecured creditor in respect of GST only under the *BIA*. This is because the *ETA* provides that the GST deemed trust is effective "despite" any other enactment except the *BIA*.

[36] The language used in the *ETA* for the GST deemed trust creates an apparent conflict with the *CCAA*, which provides that subject to certain exceptions, property deemed by statute to be held in trust for the Crown shall not be so regarded.

[37] Through a 1997 amendment to the *CCAA* (S.C. 1997, c. 12, s. 125), Parliament appears to have,

[34] Selon le texte modifié du par. 227(4.1) de la *LIR* et celui des fiducies réputées correspondantes établies dans le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-emploi* à l'égard des retenues à la source, la fiducie réputée s'applique malgré tout autre texte législatif fédéral sauf les art. 81.1 et 81.2 de la *LFI*. La fiducie réputée de la *LTA* qui est en cause en l'espèce est formulée en des termes semblables sauf que la limite à son application vise la *LFI* dans son entier. Voici le texte de la disposition pertinente :

222. . . .

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés . . .

[35] La Couronne soutient que la modification découlant de l'arrêt *Sparrow Electric*, qui a été ajoutée à la *LTA* par le législateur en 2000, visait à maintenir la priorité de Sa Majesté sous le régime de la *LACC* à l'égard du montant de TPS perçu, tout en reléguant celle-ci au rang de créancier non garanti à l'égard de ce montant sous le régime de la *LFI* uniquement. De l'avis de la Couronne, il en est ainsi parce que, selon la *LTA*, la fiducie réputée visant la TPS demeure en vigueur « malgré » tout autre texte législatif sauf la *LFI*.

[36] Les termes utilisés dans la *LTA* pour établir la fiducie réputée à l'égard de la TPS créent un conflit apparent avec la *LACC*, laquelle précise que, sous réserve de certaines exceptions, les biens qui sont réputés selon un texte législatif être détenus en fiducie pour la Couronne ne doivent pas être considérés comme tels.

[37] Par une modification apportée à la *LACC* en 1997 (L.C. 1997, ch. 12, art. 125), le législateur

subject to specific exceptions, nullified deemed trusts in favour of the Crown once reorganization proceedings are commenced under the Act. The relevant provision reads:

18.3 (1) Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

This nullification of deemed trusts was continued in further amendments to the *CCAA* (S.C. 2005, c. 47), where s. 18.3(1) was renumbered and reformulated as s. 37(1):

37. (1) Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

[38] An analogous provision exists in the *BIA*, which, subject to the same specific exceptions, nullifies statutory deemed trusts and makes property of the bankrupt that would otherwise be subject to a deemed trust part of the debtor's estate and available to creditors (S.C. 1992, c. 27, s. 39; S.C. 1997, c. 12, s. 73; *BIA*, s. 67(2)). It is noteworthy that in both the *CCAA* and the *BIA*, the exceptions concern source deductions (*CCAA*, s. 18.3(2); *BIA*, s. 67(3)). The relevant provision of the *CCAA* reads:

18.3 . . .

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act*

Thus, the Crown's deemed trust and corresponding priority in source deductions remain effective both in reorganization and in bankruptcy.

semble, sous réserve d'exceptions spécifiques, avoir neutralisé les fiducies réputées créées en faveur de la Couronne lorsque des procédures de réorganisation sont engagées sous le régime de cette loi. La disposition pertinente, à l'époque le par. 18.3(1), était libellée ainsi :

18.3 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

Cette neutralisation des fiducies réputées a été maintenue dans des modifications apportées à la *LACC* en 2005 (L.C. 2005, ch. 47), où le par. 18.3(1) a été reformulé et renuméroté, devenant le par. 37(1) :

37. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d'une telle disposition.

[38] La *LFI* comporte une disposition analogue, qui — sous réserve des mêmes exceptions spécifiques — neutralise les fiducies réputées établies en vertu d'un texte législatif et fait en sorte que les biens du failli qui autrement seraient visés par une telle fiducie font partie de l'actif du débiteur et sont à la disposition des créanciers (L.C. 1992, ch. 27, art. 39; L.C. 1997, ch. 12, art. 73; *LFI*, par. 67(2)). Il convient de souligner que, tant dans la *LACC* que dans la *LFI*, les exceptions visent les retenues à la source (*LACC*, par. 18.3(2); *LFI*, par. 67(3)). Voici la disposition pertinente de la *LACC* :

18.3 . . .

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*

Par conséquent, la fiducie réputée établie en faveur de la Couronne et la priorité dont celle-ci jouit de ce fait sur les retenues à la source continuent de s'appliquer autant pendant la réorganisation que pendant la faillite.

[39] Meanwhile, in both s. 18.4(1) of the *CCAA* and s. 86(1) of the *BIA*, other Crown claims are treated as unsecured. These provisions, establishing the Crown's status as an unsecured creditor, explicitly exempt statutory deemed trusts in source deductions (*CCAA*, s. 18.4(3); *BIA*, s. 86(3)). The *CCAA* provision reads as follows:

18.4 . . .

(3) Subsection (1) [Crown ranking as unsecured creditor] does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution

Therefore, not only does the *CCAA* provide that Crown claims do not enjoy priority over the claims of other creditors (s. 18.3(1)), but the exceptions to this rule (i.e., that Crown priority is maintained for source deductions) are repeatedly stated in the statute.

[40] The apparent conflict in this case is whether the rule in the *CCAA* first enacted as s. 18.3 in 1997, which provides that subject to certain explicit exceptions, statutory deemed trusts are ineffective under the *CCAA*, is overridden by the one in the *ETA* enacted in 2000 stating that GST deemed trusts operate despite any enactment of Canada except the *BIA*. With respect for my colleague Fish J., I do not think the apparent conflict can be resolved by denying it and creating a rule requiring both a statutory provision enacting the deemed trust, and a second statutory provision confirming it. Such a rule is unknown to the law. Courts must recognize

[39] Par ailleurs, les autres créances de la Couronne sont considérées par la *LACC* et la *LFI* comme des créances non garanties (*LACC*, par. 18.4(1); *LFI*, par. 86(1)). Ces dispositions faisant de la Couronne un créancier non garanti comportent une exception expresse concernant les fiducies réputées établies par un texte législatif à l'égard des retenues à la source (*LACC*, par. 18.4(3); *LFI*, par. 86(3)). Voici la disposition de la *LACC* :

18.4 . . .

(3) Le paragraphe (1) [suivant lequel la Couronne a le rang de créancier non garanti] n'a pas pour effet de porter atteinte à l'application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d'une cotisation

Par conséquent, non seulement la *LACC* précise que les créances de la Couronne ne bénéficient pas d'une priorité par rapport à celles des autres créanciers (par. 18.3(1)), mais les exceptions à cette règle (maintien de la priorité de la Couronne dans le cas des retenues à la source) sont mentionnées à plusieurs reprises dans la Loi.

[40] Le conflit apparent qui existe dans la présente affaire fait qu'on doit se demander si la règle de la *LTA* adoptée en 2000, selon laquelle les fiducies réputées visant la TPS s'appliquent malgré tout autre texte législatif fédéral sauf la *LFI*, l'emporte sur la règle énoncée dans la *LACC* — qui a d'abord été édictée en 1997 à l'art. 18.3 — suivant laquelle, sous réserve de certaines exceptions explicites, les fiducies réputées établies par une disposition législative sont sans effet dans le cadre de la *LACC*. Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par mon collègue le juge Fish, je ne crois pas qu'on puisse résoudre ce conflit apparent

conflicts, apparent or real, and resolve them when possible.

[41] A line of jurisprudence across Canada has resolved the apparent conflict in favour of the *ETA*, thereby maintaining GST deemed trusts under the *CCAA*. *Ottawa Senators*, the leading case, decided the matter by invoking the doctrine of implied repeal to hold that the later in time provision of the *ETA* should take precedence over the *CCAA* (see also *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219 (Alta. Q.B.); *Gauntlet*).

[42] The Ontario Court of Appeal in *Ottawa Senators* rested its conclusion on two considerations. First, it was persuaded that by explicitly mentioning the *BIA* in *ETA* s. 222(3), but not the *CCAA*, Parliament made a deliberate choice. In the words of MacPherson J.A.:

The *BIA* and the *CCAA* are closely related federal statutes. I cannot conceive that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception, but accidentally fail to consider the *CCAA* as a possible second exception. In my view, the omission of the *CCAA* from s. 222(3) of the *ETA* was almost certainly a considered omission. [para. 43]

[43] Second, the Ontario Court of Appeal compared the conflict between the *ETA* and the *CCAA* to that before this Court in *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, and found them to be “identical” (para. 46). It therefore considered *Doré* binding (para. 49). In *Doré*, a limitations provision in the more general and recently enacted *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“*C.C.Q.*”), was held to have repealed a more specific provision of the earlier Quebec *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, with which it conflicted. By analogy,

en niant son existence et en créant une règle qui exige à la fois une disposition législative établissant la fiducie présumée et une autre la confirmant. Une telle règle est inconnue en droit. Les tribunaux doivent reconnaître les conflits, apparents ou réels, et les résoudre lorsque la chose est possible.

[41] Un courant jurisprudentiel pancanadien a résolu le conflit apparent en faveur de la *LTA*, confirmant ainsi la validité des fiducies réputées à l’égard de la TPS dans le cadre de la *LACC*. Dans l’arrêt déterminant à ce sujet, *Ottawa Senators*, la Cour d’appel de l’Ontario a invoqué la doctrine de l’abrogation implicite et conclu que la disposition postérieure de la *LTA* devait avoir préséance sur la *LACC* (voir aussi *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219 (B.R. Alb.); *Gauntlet*).

[42] Dans *Ottawa Senators*, la Cour d’appel de l’Ontario a fondé sa conclusion sur deux considérations. Premièrement, elle était convaincue qu’en mentionnant explicitement la *LFI* — mais pas la *LACC* — au par. 222(3) de la *LTA*, le législateur a fait un choix délibéré. Je cite le juge MacPherson :

[TRADUCTION] La *LFI* et la *LACC* sont des lois fédérales étroitement liées entre elles. Je ne puis concevoir que le législateur ait pu mentionner expressément la *LFI* à titre d’exception, mais ait involontairement omis de considérer la *LACC* comme une deuxième exception possible. À mon avis, le fait que la *LACC* ne soit pas mentionnée au par. 222(3) de la *LTA* était presque assurément une omission mûrement réfléchie de la part du législateur. [par. 43]

[43] Deuxièmement, la Cour d’appel de l’Ontario a comparé le conflit entre la *LTA* et la *LACC* à celui dont a été saisie la Cour dans *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, et les a jugés [TRADUCTION] « identiques » (par. 46). Elle s’estimait donc tenue de suivre l’arrêt *Doré* (par. 49). Dans cet arrêt, la Cour a conclu qu’une disposition d’une loi de nature plus générale et récemment adoptée établissant un délai de prescription — le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* ») — avait eu pour effet d’abroger une disposition plus spécifique

the Ontario Court of Appeal held that the later in time and more general provision, s. 222(3) of the *ETA*, impliedly repealed the more specific and earlier in time provision, s. 18.3(1) of the *CCAA* (paras. 47-49).

[44] Viewing this issue in its entire context, several considerations lead me to conclude that neither the reasoning nor the result in *Ottawa Senators* can stand. While a conflict may exist at the level of the statutes' wording, a purposive and contextual analysis to determine Parliament's true intent yields the conclusion that Parliament could not have intended to restore the Crown's deemed trust priority in GST claims under the *CCAA* when it amended the *ETA* in 2000 with the *Sparrow Electric* amendment.

[45] I begin by recalling that Parliament has shown its willingness to move away from asserting priority for Crown claims in insolvency law. Section 18.3(1) of the *CCAA* (subject to the s. 18.3(2) exceptions) provides that the Crown's deemed trusts have no effect under the *CCAA*. Where Parliament has sought to protect certain Crown claims through statutory deemed trusts and intended that these deemed trusts continue in insolvency, it has legislated so explicitly and elaborately. For example, s. 18.3(2) of the *CCAA* and s. 67(3) of the *BIA* expressly provide that deemed trusts for source deductions remain effective in insolvency. Parliament has, therefore, clearly carved out exceptions from the general rule that deemed trusts are ineffective in insolvency. The *CCAA* and *BIA* are in harmony, preserving deemed trusts and asserting Crown priority only in respect of source deductions. Meanwhile, there is no express statutory basis for concluding that GST claims enjoy a preferred treatment under the *CCAA* or the *BIA*. Unlike source deductions, which are clearly and expressly dealt with under both these insolvency statutes, no such clear and express language exists

d'un texte de loi antérieur, la *Loi sur les cités et villes* du Québec, L.R.Q., ch. C-19, avec laquelle elle entrait en conflit. Par analogie, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le par. 222(3) de la *LTA*, une disposition plus récente et plus générale, abrogeait implicitement la disposition antérieure plus spécifique, à savoir le par. 18.3(1) de la *LACC* (par. 47-49).

[44] En examinant la question dans tout son contexte, je suis amenée à conclure, pour plusieurs raisons, que ni le raisonnement ni le résultat de l'arrêt *Ottawa Senators* ne peuvent être adoptés. Bien qu'il puisse exister un conflit entre le libellé des textes de loi, une analyse téléologique et contextuelle visant à déterminer la véritable intention du législateur conduit à la conclusion que ce dernier ne saurait avoir eu l'intention de redonner la priorité, dans le cadre de la *LACC*, à la fiducie réputée de la Couronne à l'égard de ses créances relatives à la TPS quand il a apporté à la *LTA*, en 2000, la modification découlant de l'arrêt *Sparrow Electric*.

[45] Je rappelle d'abord que le législateur a manifesté sa volonté de mettre un terme à la priorité accordée aux créances de la Couronne dans le cadre du droit de l'insolvabilité. Selon le par. 18.3(1) de la *LACC* (sous réserve des exceptions prévues au par. 18.3(2)), les fiducies réputées de la Couronne n'ont aucun effet sous le régime de cette loi. Quand le législateur a voulu protéger certaines créances de la Couronne au moyen de fiducies réputées et voulu que celles-ci continuent de s'appliquer en situation d'insolvabilité, il l'a indiqué de manière explicite et minutieuse. Par exemple, le par. 18.3(2) de la *LACC* et le par. 67(3) de la *LFI* énoncent expressément que les fiducies réputées visant les retenues à la source continuent de produire leurs effets en cas d'insolvabilité. Le législateur a donc clairement établi des exceptions à la règle générale selon laquelle les fiducies réputées n'ont plus d'effet dans un contexte d'insolvabilité. La *LACC* et la *LFI* sont en harmonie : elles préservent les fiducies réputées et établissent la priorité de la Couronne seulement à l'égard des retenues à la source. En revanche, il n'existe aucune disposition législative expresse permettant de conclure que les créances relatives à la

in those Acts carving out an exception for GST claims.

[46] The internal logic of the *CCAA* also militates against upholding the *ETA* deemed trust for GST. The *CCAA* imposes limits on a suspension by the court of the Crown's rights in respect of source deductions but does not mention the *ETA* (s. 11.4). Since source deductions deemed trusts are granted explicit protection under the *CCAA*, it would be inconsistent to afford a better protection to the *ETA* deemed trust absent explicit language in the *CCAA*. Thus, the logic of the *CCAA* appears to subject the *ETA* deemed trust to the waiver by Parliament of its priority (s. 18.4).

[47] Moreover, a strange asymmetry would arise if the interpretation giving the *ETA* priority over the *CCAA* urged by the Crown is adopted here: the Crown would retain priority over GST claims during *CCAA* proceedings but not in bankruptcy. As courts have reflected, this can only encourage statute shopping by secured creditors in cases such as this one where the debtor's assets cannot satisfy both the secured creditors' and the Crown's claims (*Gauntlet*, at para. 21). If creditors' claims were better protected by liquidation under the *BIA*, creditors' incentives would lie overwhelmingly with avoiding proceedings under the *CCAA* and not risking a failed reorganization. Giving a key player in any insolvency such skewed incentives against reorganizing under the *CCAA* can only undermine that statute's remedial objectives and risk inviting the very social ills that it was enacted to avert.

TPS bénéficient d'un traitement préférentiel sous le régime de la *LACC* ou de la *LFI*. Alors que les retenues à la source font l'objet de dispositions explicites dans ces deux lois concernant l'insolvabilité, celles-ci ne comportent pas de dispositions claires et expresses analogues établissant une exception pour les créances relatives à la TPS.

[46] La logique interne de la *LACC* va également à l'encontre du maintien de la fiducie réputée établie dans la *LTA* à l'égard de la TPS. En effet, la *LACC* impose certaines limites à la suspension par les tribunaux des droits de la Couronne à l'égard des retenues à la source, mais elle ne fait pas mention de la *LTA* (art. 11.4). Comme les fiducies réputées visant les retenues à la source sont explicitement protégées par la *LACC*, il serait incohérent d'accorder une meilleure protection à la fiducie réputée établie par la *LTA* en l'absence de dispositions explicites en ce sens dans la *LACC*. Par conséquent, il semble découler de la logique de la *LACC* que la fiducie réputée établie par la *LTA* est visée par la renonciation du législateur à sa priorité (art. 18.4).

[47] De plus, il y aurait une étrange asymétrie si l'interprétation faisant primer la *LTA* sur la *LACC* préconisée par la Couronne était retenue en l'espèce : les créances de la Couronne relatives à la TPS conserveraient leur priorité de rang pendant les procédures fondées sur la *LACC*, mais pas en cas de faillite. Comme certains tribunaux l'ont bien vu, cela ne pourrait qu'encourager les créanciers à recourir à la loi la plus favorable dans les cas où, comme en l'espèce, l'actif du débiteur n'est pas suffisant pour permettre à la fois le paiement des créanciers garantis et le paiement des créances de la Couronne (*Gauntlet*, par. 21). Or, si les réclamations des créanciers étaient mieux protégées par la liquidation sous le régime de la *LFI*, les créanciers seraient très fortement incités à éviter les procédures prévues par la *LACC* et les risques d'échec d'une réorganisation. Le fait de donner à un acteur clé de telles raisons de s'opposer aux procédures de réorganisation fondées sur la *LACC* dans toute situation d'insolvabilité ne peut que miner les objectifs réparateurs de ce texte législatif et risque au contraire de favoriser les maux sociaux que son édicton visait justement à prévenir.

[48] Arguably, the effect of *Ottawa Senators* is mitigated if restructuring is attempted under the *BIA* instead of the *CCAA*, but it is not cured. If *Ottawa Senators* were to be followed, Crown priority over GST would differ depending on whether restructuring took place under the *CCAA* or the *BIA*. The anomaly of this result is made manifest by the fact that it would deprive companies of the option to restructure under the more flexible and responsive *CCAA* regime, which has been the statute of choice for complex reorganizations.

[49] Evidence that Parliament intended different treatments for GST claims in reorganization and bankruptcy is scant, if it exists at all. Section 222(3) of the *ETA* was enacted as part of a wide-ranging budget implementation bill in 2000. The summary accompanying that bill does not indicate that Parliament intended to elevate Crown priority over GST claims under the *CCAA* to the same or a higher level than source deductions claims. Indeed, the summary for deemed trusts states only that amendments to existing provisions are aimed at “ensuring that employment insurance premiums and Canada Pension Plan contributions that are required to be remitted by an employer are fully recoverable by the Crown in the case of the bankruptcy of the employer” (Summary to S.C. 2000, c. 30, at p. 4a). The wording of GST deemed trusts resembles that of statutory deemed trusts for source deductions and incorporates the same overriding language and reference to the *BIA*. However, as noted above, Parliament’s express intent is that only source deductions deemed trusts remain operative. An exception for the *BIA* in the statutory language establishing the source deductions deemed trusts accomplishes very little, because the explicit language of the *BIA* itself (and the *CCAA*) carves out these source deductions deemed trusts and maintains their effect. It is however noteworthy that no equivalent language maintaining GST deemed trusts exists under either the *BIA* or the *CCAA*.

[48] Peut-être l’effet de l’arrêt *Ottawa Senators* est-il atténué si la restructuration est tentée en vertu de la *LFI* au lieu de la *LACC*, mais il subsiste néanmoins. Si l’on suivait cet arrêt, la priorité de la créance de la Couronne relative à la TPS différerait selon le régime — *LACC* ou *LFI* — sous lequel la restructuration a lieu. L’anomalie de ce résultat ressort clairement du fait que les compagnies seraient ainsi privées de la possibilité de se restructurer sous le régime plus souple et mieux adapté de la *LACC*, régime privilégié en cas de réorganisations complexes.

[49] Les indications selon lesquelles le législateur voulait que les créances relatives à la TPS soient traitées différemment dans les cas de réorganisations et de faillites sont rares, voire inexistantes. Le paragraphe 222(3) de la *LTA* a été adopté dans le cadre d’un projet de loi d’exécution du budget de nature générale en 2000. Le sommaire accompagnant ce projet de loi n’indique pas que, dans le cadre de la *LACC*, le législateur entendait élever la priorité de la créance de la Couronne à l’égard de la TPS au même rang que les créances relatives aux retenues à la source ou encore à un rang supérieur à celles-ci. En fait, le sommaire mentionne simplement, en ce qui concerne les fiducies réputées, que les modifications apportées aux dispositions existantes visent à « faire en sorte que les cotisations à l’assurance-emploi et au Régime de pensions du Canada qu’un employeur est tenu de verser soient pleinement recouvrables par la Couronne en cas de faillite de l’employeur » (Sommaire de la L.C. 2000, ch. 30, p. 4a). Le libellé de la disposition créant une fiducie réputée à l’égard de la TPS ressemble à celui des dispositions créant de telles fiducies relatives aux retenues à la source et il comporte la même formule dérogatoire et la même mention de la *LFI*. Cependant, comme il a été souligné précédemment, le législateur a expressément précisé que seules les fiducies réputées visant les retenues à la source demeurent en vigueur. Une exception concernant la *LFI* dans la disposition créant les fiducies réputées à l’égard des retenues à la source est sans grande conséquence, car le texte explicite de la *LFI* elle-même (et celui de la *LACC*) établit ces fiducies et maintient leur effet. Il convient toutefois de souligner que ni la *LFI* ni la *LACC* ne comportent de disposition équivalente assurant le maintien en vigueur des fiducies réputées visant la TPS.

[50] It seems more likely that by adopting the same language for creating GST deemed trusts in the *ETA* as it did for deemed trusts for source deductions, and by overlooking the inclusion of an exception for the *CCAA* alongside the *BIA* in s. 222(3) of the *ETA*, Parliament may have inadvertently succumbed to a drafting anomaly. Because of a statutory lacuna in the *ETA*, the GST deemed trust could be seen as remaining effective in the *CCAA*, while ceasing to have any effect under the *BIA*, thus creating an apparent conflict with the wording of the *CCAA*. However, it should be seen for what it is: a facial conflict only, capable of resolution by looking at the broader approach taken to Crown priorities and by giving precedence to the statutory language of s. 18.3 of the *CCAA* in a manner that does not produce an anomalous outcome.

[51] Section 222(3) of the *ETA* evinces no explicit intention of Parliament to repeal *CCAA* s. 18.3. It merely creates an apparent conflict that must be resolved by statutory interpretation. Parliament's intent when it enacted *ETA* s. 222(3) was therefore far from unambiguous. Had it sought to give the Crown a priority for GST claims, it could have done so explicitly as it did for source deductions. Instead, one is left to infer from the language of *ETA* s. 222(3) that the GST deemed trust was intended to be effective under the *CCAA*.

[52] I am not persuaded that the reasoning in *Doré* requires the application of the doctrine of implied repeal in the circumstances of this case. The main issue in *Doré* concerned the impact of the adoption of the *C.C.Q.* on the administrative law rules with respect to municipalities. While Gonthier J. concluded in that case that the limitation provision in art. 2930 *C.C.Q.* had repealed by implication a limitation provision in the *Cities and Towns Act*, he did so on the basis of more than a textual analysis. The conclusion in *Doré* was reached after thorough

[50] Il semble plus probable qu'en adoptant, pour créer dans la *LTA* les fiducies réputées visant la TPS, le même libellé que celui utilisé pour les fiducies réputées visant les retenues à la source, et en omettant d'inclure au par. 222(3) de la *LTA* une exception à l'égard de la *LACC* en plus de celle établie pour la *LFI*, le législateur ait par inadvertance commis une anomalie rédactionnelle. En raison d'une lacune législative dans la *LTA*, il serait possible de considérer que la fiducie réputée visant la TPS continue de produire ses effets dans le cadre de la *LACC*, tout en cessant de le faire dans le cas de la *LFI*, ce qui entraînerait un conflit apparent avec le libellé de la *LACC*. Il faut cependant voir ce conflit comme il est : un conflit apparent seulement, que l'on peut résoudre en considérant l'approche générale adoptée envers les créances prioritaires de la Couronne et en donnant préséance au texte de l'art. 18.3 de la *LACC* d'une manière qui ne produit pas un résultat insolite.

[51] Le paragraphe 222(3) de la *LTA* ne révèle aucune intention explicite du législateur d'abroger l'art. 18.3 de la *LACC*. Il crée simplement un conflit apparent qui doit être résolu par voie d'interprétation législative. L'intention du législateur était donc loin d'être dépourvue d'ambiguïté quand il a adopté le par. 222(3) de la *LTA*. S'il avait voulu donner priorité aux créances de la Couronne relatives à la TPS dans le cadre de la *LACC*, il aurait pu le faire de manière aussi explicite qu'il l'a fait pour les retenues à la source. Or, au lieu de cela, on se trouve réduit à inférer du texte du par. 222(3) de la *LTA* que le législateur entendait que la fiducie réputée visant la TPS produise ses effets dans les procédures fondées sur la *LACC*.

[52] Je ne suis pas convaincue que le raisonnement adopté dans *Doré* exige l'application de la doctrine de l'abrogation implicite dans les circonstances de la présente affaire. La question principale dans *Doré* était celle de l'impact de l'adoption du *C.c.Q.* sur les règles de droit administratif relatives aux municipalités. Bien que le juge Gonthier ait conclu, dans cet arrêt, que le délai de prescription établi à l'art. 2930 du *C.c.Q.* avait eu pour effet d'abroger implicitement une disposition de la *Loi sur les cités et villes* portant sur la prescription, sa conclusion n'était pas

contextual analysis of both pieces of legislation, including an extensive review of the relevant legislative history (paras. 31-41). Consequently, the circumstances before this Court in *Doré* are far from “identical” to those in the present case, in terms of text, context and legislative history. Accordingly, *Doré* cannot be said to require the automatic application of the rule of repeal by implication.

[53] A noteworthy indicator of Parliament’s overall intent is the fact that in subsequent amendments it has not displaced the rule set out in the *CCAA*. Indeed, as indicated above, the recent amendments to the *CCAA* in 2005 resulted in the rule previously found in s. 18.3 being renumbered and reformulated as s. 37. Thus, to the extent the interpretation allowing the GST deemed trust to remain effective under the *CCAA* depends on *ETA* s. 222(3) having impliedly repealed *CCAA* s. 18.3(1) because it is later in time, we have come full circle. Parliament has renumbered and reformulated the provision of the *CCAA* stating that, subject to exceptions for source deductions, deemed trusts do not survive the *CCAA* proceedings and thus the *CCAA* is now the later in time statute. This confirms that Parliament’s intent with respect to GST deemed trusts is to be found in the *CCAA*.

[54] I do not agree with my colleague Abella J. that s. 44(f) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, can be used to interpret the 2005 amendments as having no effect. The new statute can hardly be said to be a mere re-enactment of the former statute. Indeed, the *CCAA* underwent a substantial review in 2005. Notably, acting consistently with its goal of treating both the *BIA* and the *CCAA* as sharing the same approach to insolvency, Parliament made parallel amendments to both statutes with respect to corporate proposals. In addition, new provisions were introduced regarding

fondée seulement sur une analyse textuelle. Il a en effet procédé à une analyse contextuelle approfondie des deux textes, y compris de l’historique législatif pertinent (par. 31-41). Par conséquent, les circonstances du cas dont était saisie la Cour dans *Doré* sont loin d’être « identiques » à celles du présent pourvoi, tant sur le plan du texte que sur celui du contexte et de l’historique législatif. On ne peut donc pas dire que l’arrêt *Doré* commande l’application automatique d’une règle d’abrogation implicite.

[53] Un bon indice de l’intention générale du législateur peut être tiré du fait qu’il n’a pas, dans les modifications subséquentes, écarté la règle énoncée dans la *LACC*. D’ailleurs, par suite des modifications apportées à cette loi en 2005, la règle figurant initialement à l’art. 18.3 a, comme nous l’avons vu plus tôt, été reprise sous une formulation différente à l’art. 37. Par conséquent, dans la mesure où l’interprétation selon laquelle la fiducie réputée visant la TPS demeurerait en vigueur dans le contexte de procédures en vertu de la *LACC* repose sur le fait que le par. 222(3) de la *LTA* constitue la disposition postérieure et a eu pour effet d’abroger implicitement le par. 18.3(1) de la *LACC*, nous revenons au point de départ. Comme le législateur a reformulé et renuméroté la disposition de la *LACC* précisant que, sous réserve des exceptions relatives aux retenues à la source, les fiducies réputées ne survivent pas à l’engagement de procédures fondées sur la *LACC*, c’est cette loi qui se trouve maintenant à être le texte postérieur. Cette constatation confirme que c’est dans la *LACC* qu’est exprimée l’intention du législateur en ce qui a trait aux fiducies réputées visant la TPS.

[54] Je ne suis pas d’accord avec ma collègue la juge Abella pour dire que l’al. 44f) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, permet d’interpréter les modifications de 2005 comme n’ayant aucun effet. La nouvelle loi peut difficilement être considérée comme une simple refonte de la loi antérieure. De fait, la *LACC* a fait l’objet d’un examen approfondi en 2005. En particulier, conformément à son objectif qui consiste à faire concorder l’approche de la *LFI* et celle de la *LACC* à l’égard de l’insolvabilité, le législateur a apporté aux deux textes des modifications allant dans le même sens en ce qui concerne les

the treatment of contracts, collective agreements, interim financing and governance agreements. The appointment and role of the Monitor was also clarified. Noteworthy are the limits imposed by *CCAA* s. 11.09 on the court's discretion to make an order staying the Crown's source deductions deemed trusts, which were formerly found in s. 11.4. No mention whatsoever is made of GST deemed trusts (see Summary to S.C. 2005, c. 47). The review went as far as looking at the very expression used to describe the statutory override of deemed trusts. The comments cited by my colleague only emphasize the clear intent of Parliament to maintain its policy that only source deductions deemed trusts survive in *CCAA* proceedings.

[55] In the case at bar, the legislative context informs the determination of Parliament's legislative intent and supports the conclusion that *ETA* s. 222(3) was not intended to narrow the scope of the *CCAA*'s override provision. Viewed in its entire context, the conflict between the *ETA* and the *CCAA* is more apparent than real. I would therefore not follow the reasoning in *Ottawa Senators* and affirm that *CCAA* s. 18.3 remained effective.

[56] My conclusion is reinforced by the purpose of the *CCAA* as part of Canadian remedial insolvency legislation. As this aspect is particularly relevant to the second issue, I will now discuss how courts have interpreted the scope of their discretionary powers in supervising a *CCAA* reorganization and how Parliament has largely endorsed this interpretation. Indeed, the interpretation courts have given to the *CCAA* helps in understanding how the *CCAA* grew to occupy such a prominent role in Canadian insolvency law.

propositions présentées par les entreprises. De plus, de nouvelles dispositions ont été ajoutées au sujet des contrats, des conventions collectives, du financement temporaire et des accords de gouvernance. Des clarifications ont aussi été apportées quant à la nomination et au rôle du contrôleur. Il convient par ailleurs de souligner les limites imposées par l'art. 11.09 de la *LACC* au pouvoir discrétionnaire du tribunal d'ordonner la suspension de l'effet des fiducies réputées créées en faveur de la Couronne relativement aux retenues à la source, limites qui étaient auparavant énoncées à l'art. 11.4. Il n'est fait aucune mention des fiducies réputées visant la TPS (voir le Sommaire de la L.C. 2005, ch. 47). Dans le cadre de cet examen, le législateur est allé jusqu'à se pencher sur les termes mêmes utilisés dans la loi pour écarter l'application des fiducies réputées. Les commentaires cités par ma collègue ne font que souligner l'intention manifeste du législateur de maintenir sa politique générale suivant laquelle seules les fiducies réputées visant les retenues à la source survivent en cas de procédures fondées sur la *LACC*.

[55] En l'espèce, le contexte législatif aide à déterminer l'intention du législateur et conforte la conclusion selon laquelle le par. 222(3) de la *LTA* ne visait pas à restreindre la portée de la disposition de la *LACC* écartant l'application des fiducies réputées. Eu égard au contexte dans son ensemble, le conflit entre la *LTA* et la *LACC* est plus apparent que réel. Je n'adopterais donc pas le raisonnement de l'arrêt *Ottawa Senators* et je confirmerais que l'art. 18.3 de la *LACC* a continué de produire ses effets.

[56] Ma conclusion est renforcée par l'objectif de la *LACC* en tant que composante du régime réparateur instauré la législation canadienne en matière d'insolvabilité. Comme cet aspect est particulièrement pertinent à propos de la deuxième question, je vais maintenant examiner la façon dont les tribunaux ont interprété l'étendue des pouvoirs discrétionnaires dont ils disposent lorsqu'ils surveillent une réorganisation fondée sur la *LACC*, ainsi que la façon dont le législateur a dans une large mesure entériné cette interprétation. L'interprétation de la *LACC* par les tribunaux aide en fait à comprendre comment celle-ci en est venue à jouer un rôle si important dans le droit canadien de l'insolvabilité.

3.3 *Discretionary Power of a Court Supervising a CCAA Reorganization*

[57] Courts frequently observe that “[t]he CCAA is skeletal in nature” and does not “contain a comprehensive code that lays out all that is permitted or barred” (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, at para. 44, *per* Blair J.A.). Accordingly, “[t]he history of CCAA law has been an evolution of judicial interpretation” (*Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 10, *per* Farley J.).

[58] CCAA decisions are often based on discretionary grants of jurisdiction. The incremental exercise of judicial discretion in commercial courts under conditions one practitioner aptly describes as “the hothouse of real-time litigation” has been the primary method by which the CCAA has been adapted and has evolved to meet contemporary business and social needs (see Jones, at p. 484).

[59] Judicial discretion must of course be exercised in furtherance of the CCAA’s purposes. The remedial purpose I referred to in the historical overview of the Act is recognized over and over again in the jurisprudence. To cite one early example:

The legislation is remedial in the purest sense in that it provides a means whereby the devastating social and economic effects of bankruptcy or creditor initiated termination of ongoing business operations can be avoided while a court-supervised attempt to reorganize the financial affairs of the debtor company is made.

(*Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, at para. 57, *per* Doherty J.A., dissenting)

[60] Judicial decision making under the CCAA takes many forms. A court must first of all provide the conditions under which the debtor can attempt to reorganize. This can be achieved by

3.3 *Pouvoirs discrétionnaires du tribunal chargé de surveiller une réorganisation fondée sur la LACC*

[57] Les tribunaux font souvent remarquer que [TRADUCTION] « [l]a LACC est par nature schématique » et ne « contient pas un code complet énonçant tout ce qui est permis et tout ce qui est interdit » (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, par. 44, le juge Blair). Par conséquent, [TRADUCTION] « [l]’histoire du droit relatif à la LACC correspond à l’évolution de ce droit au fil de son interprétation par les tribunaux » (*Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 10, le juge Farley).

[58] Les décisions prises en vertu de la LACC découlent souvent de l’exercice discrétionnaire de certains pouvoirs. C’est principalement au fil de l’exercice par les juridictions commerciales de leurs pouvoirs discrétionnaires, et ce, dans des conditions décrites avec justesse par un praticien comme constituant [TRADUCTION] « la pépinière du contentieux en temps réel », que la LACC a évolué de façon graduelle et s’est adaptée aux besoins commerciaux et sociaux contemporains (voir Jones, p. 484).

[59] L’exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs discrétionnaires doit évidemment tendre à la réalisation des objectifs de la LACC. Le caractère réparateur dont j’ai fait état dans mon aperçu historique de la Loi a à maintes reprises été reconnu dans la jurisprudence. Voici l’un des premiers exemples :

[TRADUCTION] La loi est réparatrice au sens le plus pur du terme, en ce qu’elle fournit un moyen d’éviter les effets dévastateurs, — tant sur le plan social qu’économique — de la faillite ou de l’arrêt des activités d’une entreprise, à l’initiation des créanciers, pendant que des efforts sont déployés, sous la surveillance du tribunal, en vue de réorganiser la situation financière de la compagnie débitrice.

(*Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, par. 57, le juge Doherty, dissident)

[60] Le processus décisionnel des tribunaux sous le régime de la LACC comporte plusieurs aspects. Le tribunal doit d’abord créer les conditions propres à permettre au débiteur de tenter une réorganisation.

staying enforcement actions by creditors to allow the debtor's business to continue, preserving the *status quo* while the debtor plans the compromise or arrangement to be presented to creditors, and supervising the process and advancing it to the point where it can be determined whether it will succeed (see, e.g., *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), at pp. 88-89; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134, at para. 27). In doing so, the court must often be cognizant of the various interests at stake in the reorganization, which can extend beyond those of the debtor and creditors to include employees, directors, shareholders, and even other parties doing business with the insolvent company (see, e.g., *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9, at para. 144, *per* Paperny J. (as she then was); *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173 (Ont. S.C.J.), at para. 3; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366 (Ont. S.C.J.), at para. 13, *per* Farley J.; Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 181-92 and 217-26). In addition, courts must recognize that on occasion the broader public interest will be engaged by aspects of the reorganization and may be a factor against which the decision of whether to allow a particular action will be weighed (see, e.g., *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158 (Ont. S.C.J.), at para. 2, *per* Blair J. (as he then was); Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 195-214).

[61] When large companies encounter difficulty, reorganizations become increasingly complex. CCAA courts have been called upon to innovate accordingly in exercising their jurisdiction beyond merely staying proceedings against the debtor to allow breathing room for reorganization. They have been asked to sanction measures for which there is no explicit authority in the CCAA. Without exhaustively cataloguing the various measures taken under the authority of the CCAA, it is useful to refer briefly to a few examples to illustrate the flexibility the statute affords supervising courts.

Il peut à cette fin suspendre les mesures d'exécution prises par les créanciers afin que le débiteur puisse continuer d'exploiter son entreprise, préserver le statu quo pendant que le débiteur prépare la transaction ou l'arrangement qu'il présentera aux créanciers et surveiller le processus et le mener jusqu'au point où il sera possible de dire s'il aboutira (voir, p. ex., *Chef Ready Foods Ltd. c. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), p. 88-89; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134, par. 27). Ce faisant, le tribunal doit souvent déterminer les divers intérêts en jeu dans la réorganisation, lesquels peuvent fort bien ne pas se limiter aux seuls intérêts du débiteur et des créanciers, mais englober aussi ceux des employés, des administrateurs, des actionnaires et même de tiers qui font affaire avec la compagnie insolvable (voir, p. ex., *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9, par. 144, la juge Paperny (maintenant juge de la Cour d'appel); *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173 (C.S.J. Ont.), par. 3; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366 (C.S.J. Ont.), par. 13, le juge Farley; Sarra, *Creditor Rights*, p. 181-192 et 217-226). En outre, les tribunaux doivent reconnaître que, à l'occasion, certains aspects de la réorganisation concernent l'intérêt public et qu'il pourrait s'agir d'un facteur devant être pris en compte afin de décider s'il y a lieu d'autoriser une mesure donnée (voir, p. ex., *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158 (C.S.J. Ont.), par. 2, le juge Blair (maintenant juge de la Cour d'appel); Sarra, *Creditor Rights*, p. 195-214).

[61] Quand de grandes entreprises éprouvent des difficultés, les réorganisations deviennent très complexes. Les tribunaux chargés d'appliquer la LACC ont ainsi été appelés à innover dans l'exercice de leur compétence et ne se sont pas limités à suspendre les procédures engagées contre le débiteur afin de lui permettre de procéder à une réorganisation. On leur a demandé de sanctionner des mesures non expressément prévues par la LACC. Sans dresser la liste complète des diverses mesures qui ont été prises par des tribunaux en vertu de la LACC, il est néanmoins utile d'en donner brièvement quelques exemples, pour bien illustrer la marge de manœuvre que la loi accorde à ceux-ci.

[62] Perhaps the most creative use of CCAA authority has been the increasing willingness of courts to authorize post-filing security for debtor in possession financing or super-priority charges on the debtor's assets when necessary for the continuation of the debtor's business during the reorganization (see, e.g., *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, aff'g (1999), 12 C.B.R. (4th) 144 (S.C.); and generally, J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), at pp. 93-115). The CCAA has also been used to release claims against third parties as part of approving a comprehensive plan of arrangement and compromise, even over the objections of some dissenting creditors (see *Metcalfe & Mansfield*). As well, the appointment of a Monitor to oversee the reorganization was originally a measure taken pursuant to the CCAA's supervisory authority; Parliament responded, making the mechanism mandatory by legislative amendment.

[63] Judicial innovation during CCAA proceedings has not been without controversy. At least two questions it raises are directly relevant to the case at bar: (1) What are the sources of a court's authority during CCAA proceedings? (2) What are the limits of this authority?

[64] The first question concerns the boundary between a court's statutory authority under the CCAA and a court's residual authority under its inherent and equitable jurisdiction when supervising a reorganization. In authorizing measures during CCAA proceedings, courts have on occasion purported to rely upon their equitable jurisdiction to advance the purposes of the Act or their inherent jurisdiction to fill gaps in the statute. Recent appellate decisions have counselled against

[62] L'utilisation la plus créative des pouvoirs conférés par la LACC est sans doute le fait que les tribunaux se montrent de plus en plus disposés à autoriser, après le dépôt des procédures, la constitution de sûretés pour financer le débiteur demeuré en possession des biens ou encore la constitution de charges super-prioritaires grevant l'actif du débiteur lorsque cela est nécessaire pour que ce dernier puisse continuer d'exploiter son entreprise pendant la réorganisation (voir, p. ex., *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118 (C. Ont. (Div. gén.)); *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, conf. (1999), 12 C.B.R. (4th) 144 (C.S.); et, d'une manière générale, J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), p. 93-115). La LACC a aussi été utilisée pour libérer des tiers des actions susceptibles d'être intentées contre eux, dans le cadre de l'approbation d'un plan global d'arrangement et de transaction, malgré les objections de certains créanciers dissidents (voir *Metcalfe & Mansfield*). Au départ, la nomination d'un contrôleur chargé de surveiller la réorganisation était elle aussi une mesure prise en vertu du pouvoir de surveillance conféré par la LACC, mais le législateur est intervenu et a modifié la loi pour rendre cette mesure obligatoire.

[63] L'esprit d'innovation dont ont fait montre les tribunaux pendant des procédures fondées sur la LACC n'a toutefois pas été sans susciter de controverses. Au moins deux des questions que soulève leur approche sont directement pertinentes en l'espèce : (1) Quelles sont les sources des pouvoirs dont dispose le tribunal pendant les procédures fondées sur la LACC? (2) Quelles sont les limites de ces pouvoirs?

[64] La première question porte sur la frontière entre les pouvoirs d'origine législative dont dispose le tribunal en vertu de la LACC et les pouvoirs résiduels dont jouit un tribunal en raison de sa compétence inhérente et de sa compétence en equity, lorsqu'il est question de surveiller une réorganisation. Pour justifier certaines mesures autorisées à l'occasion de procédures engagées sous le régime de la LACC, les tribunaux ont parfois prétendu se fonder sur leur compétence en equity dans le but

purporting to rely on inherent jurisdiction, holding that the better view is that courts are in most cases simply construing the authority supplied by the CCAA itself (see, e.g., *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236, at paras. 45-47, *per* Newbury J.A.; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), at paras. 31-33, *per* Blair J.A.).

[65] I agree with Justice Georgina R. Jackson and Professor Janis Sarra that the most appropriate approach is a hierarchical one in which courts rely first on an interpretation of the provisions of the CCAA text before turning to inherent or equitable jurisdiction to anchor measures taken in a CCAA proceeding (see G. R. Jackson and J. Sarra, “Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41, at p. 42). The authors conclude that when given an appropriately purposive and liberal interpretation, the CCAA will be sufficient in most instances to ground measures necessary to achieve its objectives (p. 94).

[66] Having examined the pertinent parts of the CCAA and the recent history of the legislation, I accept that in most instances the issuance of an order during CCAA proceedings should be considered an exercise in statutory interpretation. Particularly noteworthy in this regard is the expansive interpretation the language of the statute at issue is capable of supporting.

[67] The initial grant of authority under the CCAA empowered a court “where an application is made under this Act in respect of a company . . . on the application of any person interested in the

de réaliser les objectifs de la Loi ou sur leur compétence inhérente afin de combler les lacunes de celle-ci. Or, dans de récentes décisions, des cours d’appel ont déconseillé aux tribunaux d’invoquer leur compétence inhérente, concluant qu’il est plus juste de dire que, dans la plupart des cas, les tribunaux ne font simplement qu’interpréter les pouvoirs se trouvant dans la LACC elle-même (voir, p. ex., *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236, par. 45-47, la juge Newbury; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), par. 31-33, le juge Blair).

[65] Je suis d’accord avec la juge Georgina R. Jackson et la professeure Janis Sarra pour dire que la méthode la plus appropriée est une approche hiérarchisée. Suivant cette approche, les tribunaux procèdent d’abord à une interprétation des dispositions de la LACC avant d’invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour justifier des mesures prises dans le cadre d’une procédure fondée sur la LACC (voir G. R. Jackson et J. Sarra, « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41, p. 42). Selon ces auteures, pourvu qu’on lui donne l’interprétation téléologique et large qui s’impose, la LACC permettra dans la plupart des cas de justifier les mesures nécessaires à la réalisation de ses objectifs (p. 94).

[66] L’examen des parties pertinentes de la LACC et de l’évolution récente de la législation me font adhérer à ce point de vue jurisprudentiel et doctrinal : dans la plupart des cas, la décision de rendre une ordonnance durant une procédure fondée sur la LACC relève de l’interprétation législative. D’ailleurs, à cet égard, il faut souligner d’une façon particulière que le texte de loi dont il est question en l’espèce peut être interprété très largement.

[67] En vertu du pouvoir conféré initialement par la LACC, le tribunal pouvait, « chaque fois qu’une demande [était] faite sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie, [. . .] sur demande

matter, . . . subject to this Act, [to] make an order under this section” (*CCAA*, s. 11(1)). The plain language of the statute was very broad.

[68] In this regard, though not strictly applicable to the case at bar, I note that Parliament has in recent amendments changed the wording contained in s. 11(1), making explicit the discretionary authority of the court under the *CCAA*. Thus, in s. 11 of the *CCAA* as currently enacted, a court may, “subject to the restrictions set out in this Act, . . . make any order that it considers appropriate in the circumstances” (S.C. 2005, c. 47, s. 128). Parliament appears to have endorsed the broad reading of *CCAA* authority developed by the jurisprudence.

[69] The *CCAA* also explicitly provides for certain orders. Both an order made on an initial application and an order on subsequent applications may stay, restrain, or prohibit existing or new proceedings against the debtor. The burden is on the applicant to satisfy the court that the order is appropriate in the circumstances and that the applicant has been acting in good faith and with due diligence (*CCAA*, ss. 11(3), (4) and (6)).

[70] The general language of the *CCAA* should not be read as being restricted by the availability of more specific orders. However, the requirements of appropriateness, good faith, and due diligence are baseline considerations that a court should always bear in mind when exercising *CCAA* authority. Appropriateness under the *CCAA* is assessed by inquiring whether the order sought advances the policy objectives underlying the *CCAA*. The question is whether the order will usefully further efforts to achieve the remedial purpose of the *CCAA* — avoiding the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company. I would add that appropriateness extends not only to the purpose of the order, but also to the means it employs. Courts should be mindful that chances for successful reorganizations are enhanced where participants achieve common ground and all

d’un intéressé, [. . .] sous réserve des autres dispositions de la présente loi [. . .] rendre l’ordonnance prévue au présent article » (*LACC*, par. 11(1)). Cette formulation claire était très générale.

[68] Bien que ces dispositions ne soient pas strictement applicables en l’espèce, je signale à ce propos que le législateur a, dans des modifications récentes, apporté au texte du par. 11(1) un changement qui rend plus explicite le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par la *LACC*. Ainsi, aux termes de l’art. 11 actuel de la *LACC*, le tribunal peut « rendre [. . .] sous réserve des restrictions prévues par la présente loi [. . .] toute ordonnance qu’il estime indiquée » (L.C. 2005, ch. 47, art. 128). Le législateur semble ainsi avoir jugé opportun de sanctionner l’interprétation large du pouvoir conféré par la *LACC* qui a été élaborée par la jurisprudence.

[69] De plus, la *LACC* prévoit explicitement certaines ordonnances. Tant à la suite d’une demande initiale que d’une demande subséquente, le tribunal peut, par ordonnance, suspendre ou interdire toute procédure contre le débiteur, ou surseoir à sa continuation. Il incombe à la personne qui demande une telle ordonnance de convaincre le tribunal qu’elle est indiquée et qu’il a agi et continue d’agir de bonne foi et avec la diligence voulue (*LACC*, par. 11(3), (4) et (6)).

[70] La possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux utilisés dans la *LACC*. Toutefois, l’opportunité, la bonne foi et la diligence sont des considérations de base que le tribunal devrait toujours garder à l’esprit lorsqu’il exerce les pouvoirs conférés par la *LACC*. Sous le régime de la *LACC*, le tribunal évalue l’opportunité de l’ordonnance demandée en déterminant si elle favorisera la réalisation des objectifs de politique générale qui sous-tendent la Loi. Il s’agit donc de savoir si cette ordonnance contribuera utilement à la réalisation de l’objectif réparateur de la *LACC* — à savoir éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d’une compagnie insolvable. J’ajouterais que le critère de l’opportunité s’applique non seulement à l’objectif de l’ordonnance, mais aussi aux moyens utilisés. Les tribunaux

stakeholders are treated as advantageously and fairly as the circumstances permit.

[71] It is well established that efforts to reorganize under the *CCAA* can be terminated and the stay of proceedings against the debtor lifted if the reorganization is “doomed to failure” (see *Chef Ready*, at p. 88; *Philip’s Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25 (B.C.C.A.), at paras. 6-7). However, when an order is sought that does realistically advance the *CCAA*’s purposes, the ability to make it is within the discretion of a *CCAA* court.

[72] The preceding discussion assists in determining whether the court had authority under the *CCAA* to continue the stay of proceedings against the Crown once it was apparent that reorganization would fail and bankruptcy was the inevitable next step.

[73] In the Court of Appeal, Tysoe J.A. held that no authority existed under the *CCAA* to continue staying the Crown’s enforcement of the GST deemed trust once efforts at reorganization had come to an end. The appellant submits that in so holding, Tysoe J.A. failed to consider the underlying purpose of the *CCAA* and give the statute an appropriately purposive and liberal interpretation under which the order was permissible. The Crown submits that Tysoe J.A. correctly held that the mandatory language of the *ETA* gave the court no option but to permit enforcement of the GST deemed trust when lifting the *CCAA* stay to permit the debtor to make an assignment under the *BIA*. Whether the *ETA* has a mandatory effect in the context of a *CCAA* proceeding has already been discussed. I will now address the question of whether the order was authorized by the *CCAA*.

doivent se rappeler que les chances de succès d’une réorganisation sont meilleures lorsque les participants arrivent à s’entendre et que tous les intéressés sont traités de la façon la plus avantageuse et juste possible dans les circonstances.

[71] Il est bien établi qu’il est possible de mettre fin aux efforts déployés pour procéder à une réorganisation fondée sur la *LACC* et de lever la suspension des procédures contre le débiteur si la réorganisation est [TRADUCTION] « vouée à l’échec » (voir *Chef Ready*, p. 88; *Philip’s Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25 (C.A.C.-B.), par. 6-7). Cependant, quand l’ordonnance demandée contribue vraiment à la réalisation des objectifs de la *LACC*, le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal en vertu de cette loi l’habilite à rendre à cette ordonnance.

[72] L’analyse qui précède est utile pour répondre à la question de savoir si le tribunal avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir de maintenir la suspension des procédures à l’encontre de la Couronne, une fois qu’il est devenu évident que la réorganisation échouerait et que la faillite était inévitable.

[73] En Cour d’appel, le juge Tysoe a conclu que la *LACC* n’habilitait pas le tribunal à maintenir la suspension des mesures d’exécution de la Couronne à l’égard de la fiducie réputée visant la TPS après l’arrêt des efforts de réorganisation. Selon l’appelante, en tirant cette conclusion, le juge Tysoe a omis de tenir compte de l’objectif fondamental de la *LACC* et n’a pas donné à ce texte l’interprétation téléologique et large qu’il convient de lui donner et qui autorise le prononcé d’une telle ordonnance. La Couronne soutient que le juge Tysoe a conclu à bon droit que les termes impératifs de la *LTA* ne laissaient au tribunal d’autre choix que d’autoriser les mesures d’exécution à l’endroit de la fiducie réputée visant la TPS lorsqu’il a levé la suspension de procédures qui avait été ordonnée en application de la *LACC* afin de permettre au débiteur de faire cession de ses biens en vertu de la *LFI*. J’ai déjà traité de la question de savoir si la *LTA* a un effet contraignant dans une procédure fondée sur la *LACC*. Je vais maintenant traiter de la question de savoir si l’ordonnance était autorisée par la *LACC*.

[74] It is beyond dispute that the *CCAA* imposes no explicit temporal limitations upon proceedings commenced under the Act that would prohibit ordering a continuation of the stay of the Crown's GST claims while lifting the general stay of proceedings temporarily to allow the debtor to make an assignment in bankruptcy.

[75] The question remains whether the order advanced the underlying purpose of the *CCAA*. The Court of Appeal held that it did not because the reorganization efforts had come to an end and the *CCAA* was accordingly spent. I disagree.

[76] There is no doubt that had reorganization been commenced under the *BIA* instead of the *CCAA*, the Crown's deemed trust priority for the GST funds would have been lost. Similarly, the Crown does not dispute that under the scheme of distribution in bankruptcy under the *BIA* the deemed trust for GST ceases to have effect. Thus, after reorganization under the *CCAA* failed, creditors would have had a strong incentive to seek immediate bankruptcy and distribution of the debtor's assets under the *BIA*. In order to conclude that the discretion does not extend to partially lifting the stay in order to allow for an assignment in bankruptcy, one would have to assume a gap between the *CCAA* and the *BIA* proceedings. Brenner C.J.S.C.'s order staying Crown enforcement of the GST claim ensured that creditors would not be disadvantaged by the attempted reorganization under the *CCAA*. The effect of his order was to blunt any impulse of creditors to interfere in an orderly liquidation. His order was thus in furtherance of the *CCAA*'s objectives to the extent that it allowed a bridge between the *CCAA* and *BIA* proceedings. This interpretation of the tribunal's discretionary power is buttressed by s. 20 of the *CCAA*. That section provides that the *CCAA* "may be applied together with the provisions of any Act of Parliament . . . that authorizes or makes provision for the sanction of compromises or arrangements between a company and its shareholders or any class of them", such as

[74] Il n'est pas contesté que la *LACC* n'assujettit les procédures engagées sous son régime à aucune limite temporelle explicite qui interdirait au tribunal d'ordonner le maintien de la suspension des procédures engagées par la Couronne pour recouvrer la TPS, tout en levant temporairement la suspension générale des procédures prononcée pour permettre au débiteur de faire cession de ses biens.

[75] Il reste à se demander si l'ordonnance contribuait à la réalisation de l'objectif fondamental de la *LACC*. La Cour d'appel a conclu que non, parce que les efforts de réorganisation avaient pris fin et que, par conséquent, la *LACC* n'était plus d'aucune utilité. Je ne partage pas cette conclusion.

[76] Il ne fait aucun doute que si la réorganisation avait été entreprise sous le régime de la *LFI* plutôt qu'en vertu de la *LACC*, la Couronne aurait perdu la priorité que lui confère la fiducie réputée visant la TPS. De même, la Couronne ne conteste pas que, selon le plan de répartition prévu par la *LFI* en cas de faillite, cette fiducie réputée cesse de produire ses effets. Par conséquent, après l'échec de la réorganisation tentée sous le régime de la *LACC*, les créanciers auraient eu toutes les raisons de solliciter la mise en faillite immédiate du débiteur et la répartition de ses biens en vertu de la *LFI*. Pour pouvoir conclure que le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal ne l'autorise pas à lever partiellement la suspension des procédures afin de permettre la cession des biens, il faudrait présumer l'existence d'un hiatus entre la procédure fondée sur la *LACC* et celle fondée sur la *LFI*. L'ordonnance du juge en chef Brenner suspendant l'exécution des mesures de recouvrement de la Couronne à l'égard de la TPS faisait en sorte que les créanciers ne soient pas désavantagés par la tentative de réorganisation fondée sur la *LACC*. Cette ordonnance avait pour effet de dissuader les créanciers d'entraver une liquidation ordonnée et, de ce fait, elle contribuait à la réalisation des objectifs de la *LACC*, dans la mesure où elle établit une passerelle entre les procédures régies par la *LACC* d'une part et celles régies par la *LFI* d'autre part. Cette interprétation du pouvoir discrétionnaire du tribunal se trouve renforcée par

the *BIA*. Section 20 clearly indicates the intention of Parliament for the *CCAA* to operate *in tandem* with other insolvency legislation, such as the *BIA*.

[77] The *CCAA* creates conditions for preserving the *status quo* while attempts are made to find common ground amongst stakeholders for a reorganization that is fair to all. Because the alternative to reorganization is often bankruptcy, participants will measure the impact of a reorganization against the position they would enjoy in liquidation. In the case at bar, the order fostered a harmonious transition between reorganization and liquidation while meeting the objective of a single collective proceeding that is common to both statutes.

[78] Tysoe J.A. therefore erred in my view by treating the *CCAA* and the *BIA* as distinct regimes subject to a temporal gap between the two, rather than as forming part of an integrated body of insolvency law. Parliament's decision to maintain two statutory schemes for reorganization, the *BIA* and the *CCAA*, reflects the reality that reorganizations of differing complexity require different legal mechanisms. By contrast, only one statutory scheme has been found to be needed to liquidate a bankrupt debtor's estate. The transition from the *CCAA* to the *BIA* may require the partial lifting of a stay of proceedings under the *CCAA* to allow commencement of the *BIA* proceedings. However, as Laskin J.A. for the Ontario Court of Appeal noted in a similar competition between secured creditors and the Ontario Superintendent of Financial Services seeking to enforce a deemed trust, "[t]he two statutes are related" and no "gap" exists between the two statutes which would allow the enforcement of property interests at the conclusion of *CCAA* proceedings that would be

l'art. 20 de la *LACC*, qui précise que les dispositions de la Loi « peuvent être appliquées conjointement avec celles de toute loi fédérale [. . .] autorisant ou prévoyant l'homologation de transactions ou arrangements entre une compagnie et ses actionnaires ou une catégorie de ces derniers », par exemple la *LFI*. L'article 20 indique clairement que le législateur entend voir la *LACC* être appliquée *de concert* avec les autres lois concernant l'insolvabilité, telle la *LFI*.

[77] La *LACC* établit les conditions qui permettent de préserver le statu quo pendant qu'on tente de trouver un terrain d'entente entre les intéressés en vue d'une réorganisation qui soit juste pour tout le monde. Étant donné que, souvent, la seule autre solution est la faillite, les participants évaluent l'impact d'une réorganisation en regard de la situation qui serait la leur en cas de liquidation. En l'espèce, l'ordonnance favorisait une transition harmonieuse entre la réorganisation et la liquidation, tout en répondant à l'objectif — commun aux deux lois — qui consiste à avoir une seule procédure collective.

[78] À mon avis, le juge d'appel Tysoe a donc commis une erreur en considérant la *LACC* et la *LFI* comme des régimes distincts, séparés par un hiatus temporel, plutôt que comme deux lois faisant partie d'un ensemble intégré de règles du droit de l'insolvabilité. La décision du législateur de conserver deux régimes législatifs en matière de réorganisation, la *LFI* et la *LACC*, reflète le fait bien réel que des réorganisations de complexité différente requièrent des mécanismes légaux différents. En revanche, un seul régime législatif est jugé nécessaire pour la liquidation de l'actif d'un débiteur en faillite. Le passage de la *LACC* à la *LFI* peut exiger la levée partielle d'une suspension de procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, de façon à permettre l'engagement des procédures fondées sur la *LFI*. Toutefois, comme l'a signalé le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario dans un litige semblable opposant des créanciers garantis et le Surintendant des services financiers de l'Ontario qui invoquait le bénéfice d'une fiducie réputée, [TRADUCTION] « [I]es deux lois sont

lost in bankruptcy (*Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108, at paras. 62-63).

[79] The Crown's priority in claims pursuant to source deductions deemed trusts does not undermine this conclusion. Source deductions deemed trusts survive under both the *CCAA* and the *BIA*. Accordingly, creditors' incentives to prefer one Act over another will not be affected. While a court has a broad discretion to stay source deductions deemed trusts in the *CCAA* context, this discretion is nevertheless subject to specific limitations applicable only to source deductions deemed trusts (*CCAA*, s. 11.4). Thus, if *CCAA* reorganization fails (e.g., either the creditors or the court refuse a proposed reorganization), the Crown can immediately assert its claim in unremitted source deductions. But this should not be understood to affect a seamless transition into bankruptcy or create any "gap" between the *CCAA* and the *BIA* for the simple reason that, regardless of what statute the reorganization had been commenced under, creditors' claims in both instances would have been subject to the priority of the Crown's source deductions deemed trust.

[80] Source deductions deemed trusts aside, the comprehensive and exhaustive mechanism under the *BIA* must control the distribution of the debtor's assets once liquidation is inevitable. Indeed, an orderly transition to liquidation is mandatory under the *BIA* where a proposal is rejected by creditors. The *CCAA* is silent on the transition into liquidation but the breadth of the court's discretion under the Act is sufficient to construct a bridge to liquidation under the *BIA*. The court must do so in a manner that does not subvert the scheme of distribution under the *BIA*. Transition

liées » et il n'existe entre elles aucun « hiatus » qui permettrait d'obtenir l'exécution, à l'issue de procédures engagées sous le régime de la *LACC*, de droits de propriété qui seraient perdus en cas de faillite (*Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108, par. 62-63).

[79] La priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur une fiducie réputée visant des retenues à la source n'affaiblit en rien cette conclusion. Comme ces fiducies réputées survivent tant sous le régime de la *LACC* que sous celui de la *LFI*, ce facteur n'a aucune incidence sur l'intérêt que pourraient avoir les créanciers à préférer une loi plutôt que l'autre. S'il est vrai que le tribunal agissant en vertu de la *LACC* dispose d'une grande latitude pour suspendre les réclamations fondée sur des fiducies réputées visant des retenues à la source, cette latitude n'en demeure pas moins soumise à des limitations particulières, applicables uniquement à ces fiducies réputées (*LACC*, art. 11.4). Par conséquent, si la réorganisation tentée sous le régime de la *LACC* échoue (p. ex. parce que le tribunal ou les créanciers refusent une proposition de réorganisation), la Couronne peut immédiatement présenter sa réclamation à l'égard des retenues à la source non versées. Mais il ne faut pas en conclure que cela compromet le passage harmonieux au régime de faillite ou crée le moindre « hiatus » entre la *LACC* et la *LFI*, car le fait est que, peu importe la loi en vertu de laquelle la réorganisation a été amorcée, les réclamations des créanciers auraient dans les deux cas été subordonnées à la priorité de la fiducie réputée de la Couronne à l'égard des retenues à la source.

[80] Abstraction faite des fiducies réputées visant les retenues à la source, c'est le mécanisme complet et exhaustif prévu par la *LFI* qui doit régir la répartition des biens du débiteur une fois que la liquidation est devenue inévitable. De fait, une transition ordonnée aux procédures de liquidation est obligatoire sous le régime de la *LFI* lorsqu'une proposition est rejetée par les créanciers. La *LACC* est muette à l'égard de cette transition, mais l'ampleur du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par cette loi est suffisante pour établir une passerelle vers une liquidation opérée sous le régime

to liquidation requires partially lifting the *CCAA* stay to commence proceedings under the *BIA*. This necessary partial lifting of the stay should not trigger a race to the courthouse in an effort to obtain priority unavailable under the *BIA*.

[81] I therefore conclude that Brenner C.J.S.C. had the authority under the *CCAA* to lift the stay to allow entry into liquidation.

3.4 *Express Trust*

[82] The last issue in this case is whether Brenner C.J.S.C. created an express trust in favour of the Crown when he ordered on April 29, 2008, that proceeds from the sale of LeRoy Trucking's assets equal to the amount of unremitted GST be held back in the Monitor's trust account until the results of the reorganization were known. Tysoe J.A. in the Court of Appeal concluded as an alternative ground for allowing the Crown's appeal that it was the beneficiary of an express trust. I disagree.

[83] Creation of an express trust requires the presence of three certainties: intention, subject matter, and object. Express or "true trusts" arise from the acts and intentions of the settlor and are distinguishable from other trusts arising by operation of law (see D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at pp. 28-29, especially fn. 42).

[84] Here, there is no certainty to the object (i.e. the beneficiary) inferable from the court's order of April 29, 2008 sufficient to support an express trust.

de la *LFI*. Ce faisant, le tribunal doit veiller à ne pas perturber le plan de répartition établi par la *LFI*. La transition au régime de liquidation nécessite la levée partielle de la suspension des procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, afin de permettre l'introduction de procédures en vertu de la *LFI*. Il ne faudrait pas que cette indispensable levée partielle de la suspension des procédures provoque une ruée des créanciers vers le palais de justice pour l'obtention d'une priorité inexistante sous le régime de la *LFI*.

[81] Je conclus donc que le juge en chef Brenner avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir de lever la suspension des procédures afin de permettre la transition au régime de liquidation.

3.4 *Fiducie expresse*

[82] La dernière question à trancher en l'espèce est celle de savoir si le juge en chef Brenner a créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne quand il a ordonné, le 29 avril 2008, que le produit de la vente des biens de LeRoy Trucking — jusqu'à concurrence des sommes de TPS non remises — soit détenu dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à ce que l'issue de la réorganisation soit connue. Un autre motif invoqué par le juge Tysoe de la Cour d'appel pour accueillir l'appel interjeté par la Couronne était que, selon lui, celle-ci était effectivement la bénéficiaire d'une fiducie expresse. Je ne peux souscrire à cette conclusion.

[83] La création d'une fiducie expresse exige la présence de trois certitudes : certitude d'intention, certitude de matière et certitude d'objet. Les fiducies expresses ou « fiducies au sens strict » découlent des actes et des intentions du constituant et se distinguent des autres fiducies découlant de l'effet de la loi (voir D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3^e éd. 2005), p. 28-29, particulièrement la note en bas de page 42).

[84] En l'espèce, il n'existe aucune certitude d'objet (c.-à-d. relative au bénéficiaire) pouvant être inférée de l'ordonnance prononcée le 29 avril 2008 par le tribunal et suffisante pour donner naissance à une fiducie expresse.

[85] At the time of the order, there was a dispute between Century Services and the Crown over part of the proceeds from the sale of the debtor's assets. The court's solution was to accept LeRoy Trucking's proposal to segregate those monies until that dispute could be resolved. Thus, there was no certainty that the Crown would actually be the beneficiary, or object, of the trust.

[86] The fact that the location chosen to segregate those monies was the Monitor's trust account has no independent effect such that it would overcome the lack of a clear beneficiary. In any event, under the interpretation of *CCAA* s. 18.3(1) established above, no such priority dispute would even arise because the Crown's deemed trust priority over GST claims would be lost under the *CCAA* and the Crown would rank as an unsecured creditor for this amount. However, *Brenner C.J.S.C.* may well have been proceeding on the basis that, in accordance with *Ottawa Senators*, the Crown's GST claim would remain effective if reorganization was successful, which would not be the case if transition to the liquidation process of the *BIA* was allowed. An amount equivalent to that claim would accordingly be set aside pending the outcome of reorganization.

[87] Thus, uncertainty surrounding the outcome of the *CCAA* restructuring eliminates the existence of any certainty to permanently vest in the Crown a beneficial interest in the funds. That much is clear from the oral reasons of *Brenner C.J.S.C.* on April 29, 2008, when he said: "Given the fact that [*CCAA* proceedings] are known to fail and filings in bankruptcy result, it seems to me that maintaining the status quo in the case at bar supports the proposal to have the monitor hold these funds in trust." Exactly who might take the money in the final result was therefore evidently in doubt. *Brenner C.J.S.C.*'s subsequent order of September 3, 2008 denying the Crown's application to enforce the trust once it was clear

[85] Au moment où l'ordonnance a été rendue, il y avait un différend entre Century Services et la Couronne au sujet d'une partie du produit de la vente des biens du débiteur. La solution retenue par le tribunal a consisté à accepter, selon la proposition de LeRoy Trucking, que la somme en question soit détenue séparément jusqu'à ce que le différend puisse être réglé. Par conséquent, il n'existait aucune certitude que la Couronne serait véritablement le bénéficiaire ou l'objet de la fiducie.

[86] Le fait que le compte choisi pour conserver séparément la somme en question était le compte en fiducie du contrôleur n'a pas à lui seul un effet tel qu'il suppléerait à l'absence d'un bénéficiaire certain. De toute façon, suivant l'interprétation du par. 18.3(1) de la *LACC* dégagée précédemment, aucun différend ne saurait même exister quant à la priorité de rang, étant donné que la priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur la fiducie réputée visant la TPS ne s'applique pas sous le régime de la *LACC* et que la Couronne est reléguée au rang de créancier non garanti à l'égard des sommes en question. Cependant, il se peut fort bien que le juge en chef *Brenner* ait estimé que, conformément à l'arrêt *Ottawa Senators*, la créance de la Couronne à l'égard de la TPS demeurerait effective si la réorganisation aboutissait, ce qui ne serait pas le cas si le passage au processus de liquidation régi par la *LFI* était autorisé. Une somme équivalente à cette créance serait ainsi mise de côté jusqu'à ce que le résultat de la réorganisation soit connu.

[87] Par conséquent, l'incertitude entourant l'issue de la restructuration tentée sous le régime de la *LACC* exclut l'existence d'une certitude permettant de conférer de manière permanente à la Couronne un intérêt bénéficiaire sur la somme en question. Cela ressort clairement des motifs exposés de vive voix par le juge en chef *Brenner* le 29 avril 2008, lorsqu'il a dit : [TRADUCTION] « Comme il est notoire que [des procédures fondées sur la *LACC*] peuvent échouer et que cela entraîne des faillites, le maintien du statu quo en l'espèce me semble militer en faveur de l'acceptation de la proposition d'ordonner au contrôleur de détenir ces fonds en fiducie. » Il y avait donc manifestement un doute quant à la question de savoir qui au juste pourrait toucher l'argent

that bankruptcy was inevitable, confirms the absence of a clear beneficiary required to ground an express trust.

4. Conclusion

[88] I conclude that Brenner C.J.S.C. had the discretion under the *CCAA* to continue the stay of the Crown's claim for enforcement of the GST deemed trust while otherwise lifting it to permit LeRoy Trucking to make an assignment in bankruptcy. My conclusion that s. 18.3(1) of the *CCAA* nullified the GST deemed trust while proceedings under that Act were pending confirms that the discretionary jurisdiction under s. 11 utilized by the court was not limited by the Crown's asserted GST priority, because there is no such priority under the *CCAA*.

[89] For these reasons, I would allow the appeal and declare that the \$305,202.30 collected by LeRoy Trucking in respect of GST but not yet remitted to the Receiver General of Canada is not subject to deemed trust or priority in favour of the Crown. Nor is this amount subject to an express trust. Costs are awarded for this appeal and the appeal in the court below.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

[90] I am in general agreement with the reasons of Justice Deschamps and would dispose of the appeal as she suggests.

[91] More particularly, I share my colleague's interpretation of the scope of the judge's discretion under s. 11 of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("*CCAA*").

en fin de compte. L'ordonnance ultérieure du juge en chef Brenner — dans laquelle ce dernier a rejeté, le 3 septembre 2008, la demande de la Couronne sollicitant le bénéfice de la fiducie présumée après qu'il fut devenu évident que la faillite était inévitable — confirme l'absence du bénéficiaire certain sans lequel il ne saurait y avoir de fiducie expresse.

4. Conclusion

[88] Je conclus que le juge en chef Brenner avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir discrétionnaire de maintenir la suspension de la demande de la Couronne sollicitant le bénéfice de la fiducie réputée visant la TPS, tout en levant par ailleurs la suspension des procédures de manière à permettre à LeRoy Trucking de faire cession de ses biens. Ma conclusion selon laquelle le par. 18.3(1) de la *LACC* neutralisait la fiducie réputée visant la TPS pendant la durée des procédures fondées sur cette loi confirme que les pouvoirs discrétionnaires exercés par le tribunal en vertu de l'art. 11 n'étaient pas limités par la priorité invoquée par la Couronne au titre de la TPS, puisqu'il n'existe aucune priorité de la sorte sous le régime de la *LACC*.

[89] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer que la somme de 305 202,30 \$ perçue par LeRoy Trucking au titre de la TPS mais non encore versée au receveur général du Canada ne fait l'objet d'aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne. Cette somme ne fait pas non plus l'objet d'une fiducie expresse. Les dépens sont accordés à l'égard du présent pourvoi et de l'appel interjeté devant la juridiction inférieure.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

[90] Je souscris dans l'ensemble aux motifs de la juge Deschamps et je disposerais du pourvoi comme elle le propose.

[91] Plus particulièrement, je me rallie à son interprétation de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par l'art. 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C.

And I share my colleague's conclusion that Brenner C.J.S.C. did not create an express trust in favour of the Crown when he segregated GST funds into the Monitor's trust account (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[92] I nonetheless feel bound to add brief reasons of my own regarding the interaction between the CCAA and the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 ("ETA").

[93] In upholding deemed trusts created by the *ETA* notwithstanding insolvency proceedings, *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), and its progeny have been unduly protective of Crown interests which Parliament itself has chosen to subordinate to competing prioritized claims. In my respectful view, a clearly marked departure from that jurisprudential approach is warranted in this case.

[94] Justice Deschamps develops important historical and policy reasons in support of this position and I have nothing to add in that regard. I do wish, however, to explain why a comparative analysis of related statutory provisions adds support to our shared conclusion.

[95] Parliament has in recent years given detailed consideration to the Canadian insolvency scheme. It has declined to amend the provisions at issue in this case. Ours is not to wonder why, but rather to treat Parliament's preservation of the relevant provisions as a deliberate exercise of the legislative discretion that is Parliament's alone. With respect, I reject any suggestion that we should instead characterize the apparent conflict between s. 18.3(1) (now s. 37(1)) of the CCAA and s. 222 of the *ETA* as a drafting anomaly or statutory lacuna properly subject to judicial correction or repair.

1985, ch. C-36 (« LACC »). Je partage en outre sa conclusion suivant laquelle le juge en chef Brenner n'a pas créé de fiducie expresse en faveur de la Couronne en ordonnant que les sommes recueillies au titre de la TPS soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[92] J'estime néanmoins devoir ajouter de brefs motifs qui me sont propres au sujet de l'interaction entre la LACC et la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« LTA »).

[93] En maintenant, malgré l'existence des procédures d'insolvabilité, la validité de fiducies réputées créées en vertu de la LTA, l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), et les décisions rendues dans sa foulée ont eu pour effet de protéger indûment des droits de la Couronne que le Parlement avait lui-même choisi de subordonner à d'autres créances prioritaires. À mon avis, il convient en l'espèce de rompre nettement avec ce courant jurisprudenciel.

[94] La juge Deschamps expose d'importantes raisons d'ordre historique et d'intérêt général à l'appui de cette position et je n'ai rien à ajouter à cet égard. Je tiens toutefois à expliquer pourquoi une analyse comparative de certaines dispositions législatives connexes vient renforcer la conclusion à laquelle ma collègue et moi-même en arrivons.

[95] Au cours des dernières années, le législateur fédéral a procédé à un examen approfondi du régime canadien d'insolvabilité. Il a refusé de modifier les dispositions qui sont en cause dans la présente affaire. Il ne nous appartient pas de nous interroger sur les raisons de ce choix. Nous devons plutôt considérer la décision du législateur de maintenir en vigueur les dispositions en question comme un exercice délibéré du pouvoir discrétionnaire de légiférer, pouvoir qui est exclusivement le sien. Avec égards, je rejette le point de vue suivant lequel nous devrions plutôt qualifier l'apparente contradiction entre le par. 18.3(1) (maintenant le par. 37(1)) de la LACC et l'art. 222 de la LTA d'anomalie rédactionnelle ou de lacune législative susceptible d'être corrigée par un tribunal.

II

[96] In the context of the Canadian insolvency regime, a deemed trust will be found to exist only where two complementary elements co-exist: first, a statutory provision *creating* the trust; and second, a CCAA or *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”) provision *confirming* — or explicitly preserving — its effective operation.

[97] This interpretation is reflected in three federal statutes. Each contains a deemed trust provision framed in terms strikingly similar to the wording of s. 222 of the *ETA*.

[98] The first is the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), where s. 227(4) *creates* a deemed trust:

(4) Every person who deducts or withholds an amount under this Act is deemed, notwithstanding any security interest (as defined in subsection 224(1.3)) in the amount so deducted or withheld, to hold the amount separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for the security interest would be property of the person, in trust for Her Majesty and for payment to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act. [Here and below, the emphasis is of course my own.]

[99] In the next subsection, Parliament has taken care to make clear that this trust is unaffected by federal or provincial legislation to the contrary:

(4.1) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection 227(4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person . . . equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

(a) to be held, from the time the amount was deducted or withheld by the person, separate and

II

[96] Dans le contexte du régime canadien d’insolvabilité, on conclut à l’existence d’une fiducie réputée uniquement lorsque deux éléments complémentaires sont réunis : en premier lieu, une disposition législative qui *crée* la fiducie et, en second lieu, une disposition de la *LACC* ou de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* ») qui *confirme* l’existence de la fiducie ou la maintient explicitement en vigueur.

[97] Cette interprétation se retrouve dans trois lois fédérales, qui renferment toutes une disposition relative aux fiducies réputées dont le libellé offre une ressemblance frappante avec celui de l’art. 222 de la *LTA*.

[98] La première est la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), dont le par. 227(4) *crée* une fiducie réputée :

(4) Toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de la présente loi est réputée, malgré toute autre garantie au sens du paragraphe 224(1.3) le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté, séparé de ses propres biens et des biens détenus par son créancier garanti au sens de ce paragraphe qui, en l’absence de la garantie, seraient ceux de la personne, et en vue de le verser à Sa Majesté selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi. [Dans la présente citation et dans celles qui suivent, les soulignements sont évidemment de moi.]

[99] Dans le paragraphe suivant, le législateur prend la peine de bien préciser que toute disposition législative fédérale ou provinciale à l’effet contraire n’a aucune incidence sur la fiducie ainsi constituée :

(4.1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d’un montant qu’une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne [. . .] d’une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu,

apart from the property of the person, in trust for Her Majesty whether or not the property is subject to such a security interest, . . .

séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;

. . . and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

. . . et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie.

[100] The continued operation of this deemed trust is expressly *confirmed* in s. 18.3 of the *CCAA*:

[100] Le maintien en vigueur de cette fiducie réputée est expressément *confirmé* à l'art. 18.3 de la *LACC* :

18.3 (1) Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

18.3(1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act*

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*

[101] The operation of the *ITA* deemed trust is also confirmed in s. 67 of the *BIA*:

[101] L'application de la fiducie réputée prévue par la *LIR* est également confirmée par l'art. 67 de la *LFI* :

(2) Subject to subsection (3), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a bankrupt shall not be regarded as held in trust for Her Majesty for the purpose of paragraph (1)(a) unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, pour l'application de l'alinéa (1)a), être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(3) Subsection (2) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act*

(3) Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*

[102] Thus, Parliament has first *created* and then *confirmed the continued operation* of the Crown's *ITA* deemed trust under *both* the *CCAA* and the *BIA* regimes.

[102] Par conséquent, le législateur a *créé*, puis *confirmé le maintien en vigueur* de la fiducie réputée établie par la *LIR* en faveur de Sa Majesté *tant* sous le régime de la *LACC* *que* sous celui de la *LFI*.

[103] The second federal statute for which this scheme holds true is the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 (“*CPP*”). At s. 23, Parliament creates a deemed trust in favour of the Crown and specifies that it exists despite all contrary provisions in any other Canadian statute. Finally, and in almost identical terms, the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (“*EIA*”), creates a deemed trust in favour of the Crown: see ss. 86(2) and (2.1).

[104] As we have seen, the survival of the deemed trusts created under these provisions of the *ITA*, the *CPP* and the *EIA* is confirmed in s. 18.3(2) of the *CCAA* and in s. 67(3) of the *BIA*. In all three cases, Parliament’s intent to enforce the Crown’s deemed trust through insolvency proceedings is expressed in clear and unmistakable terms.

[105] The same is not true with regard to the deemed trust created under the *ETA*. Although Parliament creates a deemed trust in favour of the Crown to hold unremitted GST monies, and although it purports to maintain this trust notwithstanding any contrary federal or provincial legislation, it does not *confirm* the trust — or expressly provide for its continued operation — in either the *BIA* or the *CCAA*. The second of the two mandatory elements I have mentioned is thus absent reflecting Parliament’s intention to allow the deemed trust to lapse with the commencement of insolvency proceedings.

[106] The language of the relevant *ETA* provisions is identical in substance to that of the *ITA*, *CPP*, and *EIA* provisions:

222. (1) Subject to subsection (1.1), every person who collects an amount as or on account of tax under Division II is deemed, for all purposes and despite any security interest in the amount, to hold the amount in trust for Her Majesty in right of Canada, separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor of the person that, but for a

[103] La deuxième loi fédérale où l’on retrouve ce mécanisme est le *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8 (« *RPC* »). À l’article 23, le législateur crée une fiducie réputée en faveur de la Couronne et précise qu’elle existe malgré les dispositions contraires de toute autre loi fédérale. Enfin, la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (« *LAE* »), crée dans des termes quasi identiques, une fiducie réputée en faveur de la Couronne : voir les par. 86(2) et (2.1).

[104] Comme nous l’avons vu, le maintien en vigueur des fiducies réputées créées en vertu de ces dispositions de la *LIR*, du *RPC* et de la *LAE* est confirmé au par. 18.3(2) de la *LACC* et au par. 67(3) de la *LFI*. Dans les trois cas, le législateur a exprimé en termes clairs et explicites sa volonté de voir la fiducie réputée établie en faveur de la Couronne produire ses effets pendant le déroulement de la procédure d’insolvabilité.

[105] La situation est différente dans le cas de la fiducie réputée créée par la *LTA*. Bien que le législateur crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée dans laquelle seront conservées les sommes recueillies au titre de la TPS mais non encore versées, et bien qu’il prétende maintenir cette fiducie en vigueur malgré les dispositions à l’effet contraire de toute loi fédérale ou provinciale, il ne *confirme* pas l’existence de la fiducie — ni ne prévoit expressément le maintien en vigueur de celle-ci — dans la *LFI* ou dans la *LACC*. Le second des deux éléments obligatoires que j’ai mentionnés fait donc défaut, ce qui témoigne de l’intention du législateur de laisser la fiducie réputée devenir caduque au moment de l’introduction de la procédure d’insolvabilité.

[106] Le texte des dispositions en cause de la *LTA* est substantiellement identique à celui des dispositions de la *LIR*, du *RPC* et de la *LAE* :

222. (1) La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l’absence du droit en garantie, seraient ceux de la personne, jusqu’à ce qu’il soit

security interest, would be property of the person, until the amount is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2).

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, . . .

. . . and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

[107] Yet no provision of the *CCAA* provides for the continuation of this deemed trust after the *CCAA* is brought into play.

[108] In short, Parliament has imposed *two* explicit conditions, or “building blocks”, for survival under the *CCAA* of deemed trusts created by the *ITA*, *CPP*, and *EIA*. Had Parliament intended to likewise preserve under the *CCAA* deemed trusts created by the *ETA*, it would have included in the *CCAA* the sort of confirmatory provision that explicitly preserves other deemed trusts.

[109] With respect, unlike Tysoe J.A., I do not find it “inconceivable that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception when enacting the current version of s. 222(3) of the *ETA* without considering the *CCAA* as a possible second exception” (2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, at para. 37). *All* of the deemed trust

versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2).

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

. . . et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

[107] Pourtant, aucune disposition de la *LACC* ne prévoit le maintien en vigueur de la fiducie réputée une fois que la *LACC* entre en jeu.

[108] En résumé, le législateur a imposé *deux* conditions explicites — ou « composantes de base » — devant être réunies pour que survivent, sous le régime de la *LACC*, les fiducies réputées qui ont été établies par la *LIR*, le *RPC* et la *LAE*. S'il avait voulu préserver de la même façon, sous le régime de la *LACC*, les fiducies réputées qui sont établies par la *LTA*, il aurait inséré dans la *LACC* le type de disposition confirmatoire qui maintient explicitement en vigueur d'autres fiducies réputées.

[109] Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par le juge Tysoe de la Cour d'appel, je ne trouve pas [TRADUCTION] « inconcevable que le législateur, lorsqu'il a adopté la version actuelle du par. 222(3) de la *LTA*, ait désigné expressément la *LFI* comme une exception sans envisager que la *LACC* puisse constituer une deuxième exception » (2009 BCCA

provisions excerpted above make explicit reference to the *BIA*. Section 222 of the *ETA* does not break the pattern. Given the near-identical wording of the four deemed trust provisions, it would have been surprising indeed had Parliament not addressed the *BIA* at all in the *ETA*.

[110] Parliament's evident intent was to render GST deemed trusts inoperative upon the institution of insolvency proceedings. Accordingly, s. 222 mentions the *BIA* so as to *exclude* it from its ambit — rather than to *include* it, as do the *ITA*, the *CPP*, and the *EIA*.

[111] Conversely, I note that *none* of these statutes mentions the *CCAA* expressly. Their specific reference to the *BIA* has no bearing on their interaction with the *CCAA*. Again, it is the confirmatory provisions *in the insolvency statutes* that determine whether a given deemed trust will subsist during insolvency proceedings.

[112] Finally, I believe that chambers judges should not segregate GST monies into the Monitor's trust account during *CCAA* proceedings, as was done in this case. The result of Justice Deschamps's reasoning is that GST claims become unsecured under the *CCAA*. Parliament has deliberately chosen to nullify certain Crown super-priorities during insolvency; this is one such instance.

III

[113] For these reasons, like Justice Deschamps, I would allow the appeal with costs in this Court and in the courts below and order that the \$305,202.30 collected by LeRoy Trucking in respect of GST but not yet remitted to the Receiver General of Canada

205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, par. 37). *Toutes les dispositions établissant des fiducies réputées qui sont reproduites ci-dessus font explicitement mention de la LFI. L'article 222 de la LTA ne rompt pas avec ce modèle. Compte tenu du libellé presque identique des quatre dispositions établissant une fiducie réputée, il aurait d'ailleurs été étonnant que le législateur ne fasse aucune mention de la LFI dans la LTA.*

[110] L'intention du législateur était manifestement de rendre inopérantes les fiducies réputées visant la TPS dès l'introduction d'une procédure d'insolvabilité. Par conséquent, l'art. 222 mentionne la *LFI* de manière à l'*exclure* de son champ d'application — et non de l'y *inclure*, comme le font la *LIR*, le *RPC* et la *LAE*.

[111] En revanche, je constate qu'*aucune* de ces lois ne mentionne expressément la *LACC*. La mention explicite de la *LFI* dans ces textes n'a aucune incidence sur leur interaction avec la *LACC*. Là encore, ce sont les dispositions confirmatoires que l'on trouve *dans les lois sur l'insolvabilité* qui déterminent si une fiducie réputée continuera d'exister durant une procédure d'insolvabilité.

[112] Enfin, j'estime que les juges siégeant en leur cabinet ne devraient pas, comme cela s'est produit en l'espèce, ordonner que les sommes perçues au titre de la TPS soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur pendant le déroulement d'une procédure fondée sur la *LACC*. Il résulte du raisonnement de la juge Deschamps que les réclamations de TPS deviennent des créances non garanties sous le régime de la *LACC*. Le législateur a délibérément décidé de supprimer certaines superpriorités accordées à la Couronne pendant l'insolvabilité; nous sommes en présence de l'un de ces cas.

III

[113] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis, à l'instar de la juge Deschamps, d'accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures, et d'ordonner que la somme de 305 202,30 \$ — qui a été perçue par LeRoy Trucking

be subject to no deemed trust or priority in favour of the Crown.

The following are the reasons delivered by

[114] ABELLA J. (dissenting) — The central issue in this appeal is whether s. 222 of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (“ETA”), and specifically s. 222(3), gives priority during *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”), proceedings to the Crown’s deemed trust in unremitted GST. I agree with Tysoe J.A. that it does. It follows, in my respectful view, that a court’s discretion under s. 11 of the CCAA is circumscribed accordingly.

[115] Section 11¹ of the CCAA stated:

11. (1) Notwithstanding anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up Act*, where an application is made under this Act in respect of a company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make an order under this section.

To decide the scope of the court’s discretion under s. 11, it is necessary to first determine the priority issue. Section 222(3), the provision of the *ETA* at issue in this case, states:

¹ Section 11 was amended, effective September 18, 2009, and now states:

11. Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

au titre de la TPS mais n’a pas encore été versée au receveur général du Canada — ne fasse l’objet d’aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne.

Version française des motifs rendus par

[114] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La question qui est au cœur du présent pourvoi est celle de savoir si l’art. 222 de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« LTA »), et plus particulièrement le par. 222(3), donnent préséance, dans le cadre d’une procédure relevant de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »), à la fiducie réputée qui est établie en faveur de la Couronne à l’égard de la TPS non versée. À l’instar du juge Tysoe de la Cour d’appel, j’estime que tel est le cas. Il s’ensuit, à mon avis, que le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l’art. 11 de la *LACC* est circonscrit en conséquence.

[115] L’article 11¹ de la *LACC* disposait :

11. (1) Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations*, chaque fois qu’une demande est faite sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie, le tribunal, sur demande d’un intéressé, peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et avec ou sans avis, rendre l’ordonnance prévue au présent article.

Pour être en mesure de déterminer la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l’art. 11, il est nécessaire de trancher d’abord la question de la priorité. Le paragraphe 222(3), la disposition de la *LTA* en cause en l’espèce, prévoit ce qui suit :

¹ L’article 11 a été modifié et le texte modifié, qui est entré en vigueur le 18 septembre 2009, est rédigé ainsi :

11. Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie débitrice, rendre, sur demande d’un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu’il estime indiquée.

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, and

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was collected, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

[116] Century Services argued that the CCAA's general override provision, s. 18.3(1), prevailed, and that the deeming provisions in s. 222 of the *ETA* were, accordingly, inapplicable during CCAA proceedings. Section 18.3(1) states:

18.3 (1) . . . [N]otwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

[117] As MacPherson J.A. correctly observed in *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), s. 222(3) of the *ETA* is in “clear conflict” with s. 18.3(1) of the CCAA (para. 31). Resolving the conflict between the two provisions is, essentially, what seems to me to be a relatively uncomplicated exercise in statutory

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est perçu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté du chef du Canada a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

[116] Selon Century Services, la disposition dérogatoire générale de la *LACC*, le par. 18.3(1), l'emportait, et les dispositions déterminatives à l'art. 222 de la *LTA* étaient par conséquent inapplicables dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. Le paragraphe 18.3(1) dispose :

18.3 (1) . . . [P]ar dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

[117] Ainsi que l'a fait observer le juge d'appel MacPherson, dans l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), le par. 222(3) de la *LTA* [TRADUCTION] « entre nettement en conflit » avec le par. 18.3(1) de la *LACC* (para. 31). Essentiellement, la résolution du conflit entre ces deux dispositions requiert à mon sens une

interpretation: Does the language reflect a clear legislative intention? In my view it does. The deemed trust provision, s. 222(3) of the *ETA*, has unambiguous language stating that it operates notwithstanding any law except the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”).

[118] By expressly excluding only one statute from its legislative grasp, and by unequivocally stating that it applies despite any other law anywhere in Canada *except* the *BIA*, s. 222(3) has defined its boundaries in the clearest possible terms. I am in complete agreement with the following comments of MacPherson J.A. in *Ottawa Senators*:

The legislative intent of s. 222(3) of the *ETA* is clear. If there is a conflict with “any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*)”, s. 222(3) prevails. In these words Parliament did two things: it decided that s. 222(3) should trump all other federal laws and, importantly, it addressed the topic of exceptions to its trumping decision and identified a single exception, the *Bankruptcy and Insolvency Act* The *BIA* and the *CCAA* are closely related federal statutes. I cannot conceive that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception, but accidentally fail to consider the *CCAA* as a possible second exception. In my view, the omission of the *CCAA* from s. 222(3) of the *ETA* was almost certainly a considered omission. [para. 43]

[119] MacPherson J.A.’s view that the failure to exempt the *CCAA* from the operation of the *ETA* is a reflection of a clear legislative intention, is borne out by how the *CCAA* was subsequently changed after s. 18.3(1) was enacted in 1997. In 2000, when s. 222(3) of the *ETA* came into force, amendments were also introduced to the *CCAA*. Section 18.3(1) was not amended.

[120] The failure to amend s. 18.3(1) is notable because its effect was to protect the legislative *status quo*, notwithstanding repeated requests from

opération relativement simple d’interprétation des lois : Est-ce que les termes employés révèlent une intention claire du législateur? À mon avis, c’est le cas. Le texte de la disposition créant une fiducie réputée, soit le par. 222(3) de la *LTA*, précise sans ambiguïté que cette disposition s’applique malgré toute autre règle de droit sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »).

[118] En excluant explicitement une seule loi du champ d’application du par. 222(3) et en déclarant de façon non équivoque qu’il s’applique malgré toute autre loi ou règle de droit au Canada *sauf* la *LFI*, le législateur a défini la portée de cette disposition dans des termes on ne peut plus clairs. Je souscris sans réserve aux propos suivants du juge d’appel MacPherson dans l’arrêt *Ottawa Senators* :

[TRADUCTION] L’intention du législateur au par. 222(3) de la *LTA* est claire. En cas de conflit avec « tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*) », c’est le par. 222(3) qui l’emporte. En employant ces mots, le législateur fédéral a fait deux choses : il a décidé que le par. 222(3) devait l’emporter sur tout autre texte législatif fédéral et, fait important, il a abordé la question des exceptions à cette préséance en en mentionnant une seule, la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* [. . .] La *LFI* et la *LACC* sont des lois fédérales étroitement liées entre elles. Je ne puis concevoir que le législateur ait pu mentionner expressément la *LFI* à titre d’exception, mais ait involontairement omis de considérer la *LACC* comme une deuxième exception possible. À mon avis, le fait que la *LACC* ne soit pas mentionnée au par. 222(3) de la *LTA* était presque assurément une omission mûrement réfléchie de la part du législateur. [par. 43]

[119] L’opinion du juge d’appel MacPherson suivant laquelle le fait que la *LACC* n’ait pas été soustraite à l’application de la *LTA* témoigne d’une intention claire du législateur est confortée par la façon dont la *LACC* a par la suite été modifiée après l’édiction du par. 18.3(1) en 1997. En 2000, lorsque le par. 222(3) de la *LTA* est entré en vigueur, des modifications ont également été apportées à la *LACC*, mais le par. 18.3(1) de cette loi n’a pas été modifié.

[120] L’absence de modification du par. 18.3(1) vaut d’être soulignée, car elle a eu pour effet de maintenir le statu quo législatif, malgré les

various constituencies that s. 18.3(1) be amended to make the priorities in the *CCAA* consistent with those in the *BIA*. In 2002, for example, when Industry Canada conducted a review of the *BIA* and the *CCAA*, the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals recommended that the priority regime under the *BIA* be extended to the *CCAA* (Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform, *Report* (March 15, 2002), Sch. B, proposal 71). The same recommendations were made by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce in its 2003 report, *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*; by the Legislative Review Task Force (Commercial) of the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals in its 2005 *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55*; and in 2007 by the Insolvency Institute of Canada in a submission to the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce commenting on reforms then under consideration.

[121] Yet the *BIA* remains the only exempted statute under s. 222(3) of the *ETA*. Even after the 2005 decision in *Ottawa Senators* which confirmed that the *ETA* took precedence over the *CCAA*, there was no responsive legislative revision. I see this lack of response as relevant in this case, as it was in *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305, where this Court stated:

While it cannot be said that legislative silence is necessarily determinative of legislative intention, in this case the silence is Parliament's answer to the consistent urging of Telus and other affected businesses and organizations that there be express language in the legislation to ensure that businesses can be reimbursed for the reasonable costs of complying with evidence-gathering orders. I see the legislative history as reflecting Parliament's intention that compensation not be paid for compliance with production orders. [para. 42]

demandes répétées de divers groupes qui souhaitaient que cette disposition soit modifiée pour aligner l'ordre de priorité établi par la *LACC* sur celui de la *LFI*. En 2002, par exemple, lorsque Industrie Canada a procédé à l'examen de la *LFI* et de la *LACC*, l'Institut d'insolvabilité du Canada et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation ont recommandé que les règles de la *LFI* en matière de priorité soient étendues à la *LACC* (Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform, *Report* (15 mars 2002), ann. B, proposition 71). Ces recommandations ont été reprises en 2003 par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce dans son rapport intitulé *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, ainsi qu'en 2005 par le Legislative Review Task Force (Commercial) de l'Institut d'insolvabilité du Canada et de l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation dans son *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55*, et en 2007 par l'Institut d'insolvabilité du Canada dans un mémoire soumis au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce au sujet de réformes alors envisagées.

[121] La *LFI* demeure néanmoins la seule loi soustraite à l'application du par. 222(3) de la *LTA*. Même à la suite de l'arrêt rendu en 2005 dans l'affaire *Ottawa Senators*, qui a confirmé que la *LTA* l'emportait sur la *LACC*, le législateur n'est pas intervenu. Cette absence de réaction de sa part me paraît tout aussi pertinente en l'espèce que dans l'arrêt *Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305, où la Cour a déclaré ceci :

Le silence du législateur n'est pas nécessairement déterminant quant à son intention, mais en l'espèce, il répond à la demande pressante de Telus et des autres entreprises et organisations intéressées que la loi prévoie expressément la possibilité d'un remboursement des frais raisonnables engagés pour communiquer des éléments de preuve conformément à une ordonnance. L'historique législatif confirme selon moi que le législateur n'a pas voulu qu'une indemnité soit versée pour l'obtempération à une ordonnance de communication. [par. 42]

[122] All this leads to a clear inference of a deliberate legislative choice to protect the deemed trust in s. 222(3) from the reach of s. 18.3(1) of the *CCAA*.

[123] Nor do I see any “policy” justification for interfering, through interpretation, with this clarity of legislative intention. I can do no better by way of explaining why I think the policy argument cannot succeed in this case, than to repeat the words of Tysoe J.A. who said:

I do not dispute that there are valid policy reasons for encouraging insolvent companies to attempt to restructure their affairs so that their business can continue with as little disruption to employees and other stakeholders as possible. It is appropriate for the courts to take such policy considerations into account, but only if it is in connection with a matter that has not been considered by Parliament. Here, Parliament must be taken to have weighed policy considerations when it enacted the amendments to the *CCAA* and *ETA* described above. As Mr. Justice MacPherson observed at para. 43 of *Ottawa Senators*, it is inconceivable that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception when enacting the current version of s. 222(3) of the *ETA* without considering the *CCAA* as a possible second exception. I also make the observation that the 1992 set of amendments to the *BIA* enabled proposals to be binding on secured creditors and, while there is more flexibility under the *CCAA*, it is possible for an insolvent company to attempt to restructure under the auspices of the *BIA*. [para. 37]

[124] Despite my view that the clarity of the language in s. 222(3) is dispositive, it is also my view that even the application of other principles of interpretation reinforces this conclusion. In their submissions, the parties raised the following as being particularly relevant: the Crown relied on the principle that the statute which is “later in time” prevails; and Century Services based its argument on the principle that the general provision gives way to the specific (*generalia specialibus non derogant*).

[122] Tout ce qui précède permet clairement d’inférer que le législateur a délibérément choisi de soustraire la fiducie réputée établie au par. 222(3) à l’application du par. 18.3(1) de la *LACC*.

[123] Je ne vois pas non plus de « considération de politique générale » qui justifierait d’aller à l’encontre, par voie d’interprétation législative, de l’intention aussi clairement exprimée par le législateur. Je ne saurais expliquer mieux que ne l’a fait le juge d’appel Tysoe les raisons pour lesquelles l’argument invoquant des considérations de politique générale ne peut, selon moi, être retenu en l’espèce. Je vais donc reprendre à mon compte ses propos à ce sujet :

[TRADUCTION] Je ne conteste pas qu’il existe des raisons de politique générale valables qui justifient d’inciter les entreprises insolvables à tenter de se restructurer de façon à pouvoir continuer à exercer leurs activités avec le moins de perturbations possibles pour leurs employés et pour les autres intéressés. Les tribunaux peuvent légitimement tenir compte de telles considérations de politique générale, mais seulement si elles ont trait à une question que le législateur n’a pas examinée. Or, dans le cas qui nous occupe, il y a lieu de présumer que le législateur a tenu compte de considérations de politique générale lorsqu’il a adopté les modifications susmentionnées à la *LACC* et à la *LTA*. Comme le juge MacPherson le fait observer au par. 43 de l’arrêt *Ottawa Senators*, il est inconcevable que le législateur, lorsqu’il a adopté la version actuelle du par. 222(3) de la *LTA*, ait désigné expressément la *LFI* comme une exception sans envisager que la *LACC* puisse constituer une deuxième exception. Je signale par ailleurs que les modifications apportées en 1992 à la *LFI* ont permis de rendre les propositions concordataires opposables aux créanciers garantis et que, malgré la plus grande souplesse de la *LACC*, il est possible pour une compagnie insolvable de se restructurer sous le régime de la *LFI*. [par. 37]

[124] Bien que je sois d’avis que la clarté des termes employés au par. 222(3) tranche la question, j’estime également que cette conclusion est même renforcée par l’application d’autres principes d’interprétation. Dans leurs observations, les parties indiquent que les principes suivants étaient, selon elles, particulièrement pertinents : la Couronne a invoqué le principe voulant que la loi « postérieure » l’emporte; Century Services a fondé son argumentation sur le principe de la préséance de la loi spécifique sur la loi générale (*generalia specialibus non derogant*).

[125] The “later in time” principle gives priority to a more recent statute, based on the theory that the legislature is presumed to be aware of the content of existing legislation. If a new enactment is inconsistent with a prior one, therefore, the legislature is presumed to have intended to derogate from the earlier provisions (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 346-47; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 358).

[126] The exception to this presumptive displacement of pre-existing inconsistent legislation, is the *generalia specialibus non derogant* principle that “[a] more recent, general provision will not be construed as affecting an earlier, special provision” (Côté, at p. 359). Like a Russian Doll, there is also an exception within this exception, namely, that an earlier, specific provision may in fact be “overruled” by a subsequent general statute if the legislature indicates, through its language, an intention that the general provision prevails (*Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862).

[127] The primary purpose of these interpretive principles is to assist in the performance of the task of determining the intention of the legislature. This was confirmed by MacPherson J.A. in *Ottawa Senators*, at para. 42:

... the overarching rule of statutory interpretation is that statutory provisions should be interpreted to give effect to the intention of the legislature in enacting the law. This primary rule takes precedence over all maxims or canons or aids relating to statutory interpretation, including the maxim that the specific prevails over the general (*generalia specialibus non derogant*). As expressed by Hudson J. in *Canada v. Williams*, [1944] S.C.R. 226, ... at p. 239 ... :

The maxim *generalia specialibus non derogant* is relied on as a rule which should dispose of the question, but the maxim is not a rule of law but a rule of construction and bows to the intention of the

[125] Le principe de la préséance de la « loi postérieure » accorde la priorité à la loi la plus récente, au motif que le législateur est présumé connaître le contenu des lois alors en vigueur. Si, dans la loi nouvelle, le législateur adopte une règle inconciliable avec une règle préexistante, on conclura qu’il a entendu déroger à celle-ci (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 346-347; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3^e éd. 2000), p. 358).

[126] L’exception à cette supplantation présumée des dispositions législatives préexistantes incompatibles réside dans le principe exprimé par la maxime *generalia specialibus non derogant* selon laquelle une disposition générale plus récente n’est pas réputée déroger à une loi spéciale antérieure (Côté, p. 359). Comme dans le jeu des poupées russes, cette exception comporte elle-même une exception. En effet, une disposition spécifique antérieure peut dans les faits être « supplantée » par une loi ultérieure de portée générale si le législateur, par les mots qu’il a employés, a exprimé l’intention de faire prévaloir la loi générale (*Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862).

[127] Ces principes d’interprétation visent principalement à faciliter la détermination de l’intention du législateur, comme l’a confirmé le juge d’appel MacPherson dans l’arrêt *Ottawa Senators*, au par. 42 :

[TRADUCTION] ... en matière d’interprétation des lois, la règle cardinale est la suivante : les dispositions législatives doivent être interprétées de manière à donner effet à l’intention du législateur lorsqu’il a adopté la loi. Cette règle fondamentale l’emporte sur toutes les maximes, outils ou canons d’interprétation législative, y compris la maxime suivant laquelle le particulier l’emporte sur le général (*generalia specialibus non derogant*). Comme l’a expliqué le juge Hudson dans l’arrêt *Canada c. Williams*, [1944] R.C.S. 226, [. . .] à la p. 239 ... :

On invoque la maxime *generalia specialibus non derogant* comme une règle qui devrait trancher la question. Or cette maxime, qui n’est pas une règle de droit mais un principe d’interprétation, cède le pas

legislature, if such intention can reasonably be gathered from all of the relevant legislation.

(See also Côté, at p. 358, and Pierre-Andre Côté, with the collaboration of S. Beaulac and M. Devinat, *Interprétation des lois* (4th ed. 2009), at para. 1335.)

[128] I accept the Crown’s argument that the “later in time” principle is conclusive in this case. Since s. 222(3) of the *ETA* was enacted in 2000 and s. 18.3(1) of the *CCAA* was introduced in 1997, s. 222(3) is, on its face, the later provision. This chronological victory can be displaced, as Century Services argues, if it is shown that the more recent provision, s. 222(3) of the *ETA*, is a general one, in which case the earlier, specific provision, s. 18.3(1), prevails (*generalia specialibus non derogant*). But, as previously explained, the prior specific provision does not take precedence if the subsequent general provision appears to “overrule” it. This, it seems to me, is precisely what s. 222(3) achieves through the use of language stating that it prevails despite any law of Canada, of a province, or “any other law” other than the *BIA*. Section 18.3(1) of the *CCAA* is thereby rendered inoperative for purposes of s. 222(3).

[129] It is true that when the *CCAA* was amended in 2005,² s. 18.3(1) was re-enacted as s. 37(1) (S.C. 2005, c. 47, s. 131). Deschamps J. suggests that this makes s. 37(1) the new, “later in time” provision. With respect, her observation is refuted by the operation of s. 44(f) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which expressly deals with the (non) effect of re-enacting, without significant substantive changes, a repealed provision (see *Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board*, [1977] 2 F.C. 663, dealing with the predecessor provision to s. 44(f)). It directs that new enactments not be construed as

devant l’intention du législateur, s’il est raisonnablement possible de la dégager de l’ensemble des dispositions législatives pertinentes.

(Voir aussi Côté, p. 358, et Pierre-André Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), par. 1335.)

[128] J’accepte l’argument de la Couronne suivant lequel le principe de la loi « postérieure » est déterminant en l’espèce. Comme le par. 222(3) de la *LTA* a été édicté en 2000 et que le par. 18.3(1) de la *LACC* a été adopté en 1997, le par. 222(3) est, de toute évidence, la disposition postérieure. Cette victoire chronologique peut être neutralisée si, comme le soutient Century Services, on démontre que la disposition la plus récente, le par. 222(3) de la *LTA*, est une disposition générale, auquel cas c’est la disposition particulière antérieure, le par. 18.3(1), qui l’emporte (*generalia specialibus non derogant*). Mais, comme nous l’avons vu, la disposition particulière antérieure n’a pas préséance si la disposition générale ultérieure paraît la « supplanter ». C’est précisément, à mon sens, ce qu’accomplit le par. 222(3) de par son libellé, lequel précise que la disposition l’emporte sur tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial ou « toute autre règle de droit » sauf la *LFI*. Le paragraphe 18.3(1) de la *LACC* est par conséquent rendu inopérant aux fins d’application du par. 222(3).

[129] Il est vrai que, lorsque la *LACC* a été modifiée en 2005², le par. 18.3(1) a été remplacé par le par. 37(1) (L.C. 2005, ch. 47, art. 131). Selon la juge Deschamps, le par. 37(1) est devenu, de ce fait, la disposition « postérieure ». Avec égards pour l’opinion exprimée par ma collègue, cette observation est réfutée par l’al. 44f) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui décrit expressément l’effet (inexistant) qu’a le remplacement — sans modifications notables sur le fond — d’un texte antérieur qui a été abrogé (voir *Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1977] 2 C.F. 663, qui portait sur

2 The amendments did not come into force until September 18, 2009.

2 Les modifications ne sont entrées en vigueur que le 18 septembre 2009.

“new law” unless they differ in substance from the repealed provision:

44. Where an enactment, in this section called the “former enactment”, is repealed and another enactment, in this section called the “new enactment”, is substituted therefor,

. . .

(f) except to the extent that the provisions of the new enactment are not in substance the same as those of the former enactment, the new enactment shall not be held to operate as new law, but shall be construed and have effect as a consolidation and as declaratory of the law as contained in the former enactment;

Section 2 of the *Interpretation Act* defines an “enactment” as “an Act or regulation or any portion of an Act or regulation”.

[130] Section 37(1) of the current *CCAA* is almost identical to s. 18.3(1). These provisions are set out for ease of comparison, with the differences between them underlined:

37. (1) Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

18.3 (1) Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

[131] The application of s. 44(f) of the *Interpretation Act* simply confirms the government’s clearly expressed intent, found in Industry Canada’s clause-by-clause review of Bill C-55, where s. 37(1) was identified as “a technical amendment to re-order the provisions of this Act”. During second reading, the Hon. Bill Rompkey, then the Deputy Leader of the Government in the

la disposition qui a précédé l’al. 44f)). Cet alinéa précise que le nouveau texte ne doit pas être considéré de « droit nouveau », sauf dans la mesure où il diffère au fond du texte abrogé :

44. En cas d’abrogation et de remplacement, les règles suivantes s’appliquent :

. . .

f) sauf dans la mesure où les deux textes diffèrent au fond, le nouveau texte n’est pas réputé de droit nouveau, sa teneur étant censée constituer une refonte et une clarification des règles de droit du texte antérieur;

Le mot « texte » est défini ainsi à l’art. 2 de la *Loi d’interprétation* : « Tout ou partie d’une loi ou d’un règlement. »

[130] Le paragraphe 37(1) de la *LACC* actuelle est pratiquement identique quant au fond au par. 18.3(1). Pour faciliter la comparaison de ces deux dispositions, je les ai reproduites ci-après :

37. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d’une telle disposition.

18.3 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l’absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

[131] L’application de l’al. 44f) de la *Loi d’interprétation* vient tout simplement confirmer l’intention clairement exprimée par le législateur, qu’a indiquée Industrie Canada dans l’analyse du Projet de loi C-55, où le par. 37(1) était qualifié de « modification d’ordre technique concernant le réaménagement des dispositions de la présente loi ». Par ailleurs, durant la deuxième lecture du projet de loi

Senate, confirmed that s. 37(1) represented only a technical change:

On a technical note relating to the treatment of deemed trusts for taxes, the bill [*sic*] makes no changes to the underlying policy intent, despite the fact that in the case of a restructuring under the CCAA, sections of the act [*sic*] were repealed and substituted with renumbered versions due to the extensive reworking of the CCAA.

(*Debates of the Senate*, vol. 142, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, at p. 2147)

[132] Had the substance of s. 18.3(1) altered in any material way when it was replaced by s. 37(1), I would share Deschamps J.'s view that it should be considered a new provision. But since s. 18.3(1) and s. 37(1) are the same in substance, the transformation of s. 18.3(1) into s. 37(1) has no effect on the interpretive queue, and s. 222(3) of the *ETA* remains the "later in time" provision (Sullivan, at p. 347).

[133] This means that the deemed trust provision in s. 222(3) of the *ETA* takes precedence over s. 18.3(1) during *CCAA* proceedings. The question then is how that priority affects the discretion of a court under s. 11 of the *CCAA*.

[134] While s. 11 gives a court discretion to make orders notwithstanding the *BIA* and the *Winding-up Act*, R.S.C. 1985, c. W-11, that discretion is not liberated from the operation of any other federal statute. Any exercise of discretion is therefore circumscribed by whatever limits are imposed by statutes *other* than the *BIA* and the *Winding-up Act*. That includes the *ETA*. The chambers judge in this case was, therefore, required to respect the priority regime set out in s. 222(3) of the *ETA*. Neither s. 18.3(1) nor s. 11 of the *CCAA* gave him the authority to ignore it. He could not, as a result, deny the Crown's request

au Sénat, l'honorable Bill Rompkey, qui était alors leader adjoint du gouvernement au Sénat, a confirmé que le par. 37(1) représentait seulement une modification d'ordre technique :

Sur une note administrative, je signale que, dans le cas du traitement de fiducies présumées aux fins d'impôt, le projet de loi ne modifie aucunement l'intention qui sous-tend la politique, alors que dans le cas d'une restructuration aux termes de la *LACC*, des articles de la loi ont été abrogés et remplacés par des versions portant de nouveaux numéros lors de la mise à jour exhaustive de la *LACC*.

(*Débats du Sénat*, vol. 142, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 novembre 2005, p. 2147)

[132] Si le par. 18.3(1) avait fait l'objet de modifications notables sur le fond lorsqu'il a été remplacé par le par. 37(1), je me rangerais à l'avis de la juge Deschamps qu'il doit être considéré comme un texte de droit nouveau. Mais comme les par. 18.3(1) et 37(1) ne diffèrent pas sur le fond, le fait que le par. 18.3(1) soit devenu le par. 37(1) n'a aucune incidence sur l'ordre chronologique du point de vue de l'interprétation, et le par. 222(3) de la *LTA* demeure la disposition « postérieure » (Sullivan, p. 347).

[133] Il s'ensuit que la disposition créant une fiducie réputée que l'on trouve au par. 222(3) de la *LTA* l'emporte sur le par. 18.3(1) dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. La question qui se pose alors est celle de savoir quelle est l'incidence de cette préséance sur le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l'art. 11 de la *LACC*.

[134] Bien que l'art. 11 accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances malgré les dispositions de la *LFI* et de la *Loi sur les liquidations*, L.R.C. 1985, ch. W-11, ce pouvoir discrétionnaire demeure assujéti à l'application de toute autre loi fédérale. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est donc circonscrit par les limites imposées par toute loi *autre* que la *LFI* et la *Loi sur les liquidations*, et donc par la *LTA*. En l'espèce, le juge siégeant en son cabinet était donc tenu de respecter le régime de priorités établi au par. 222(3) de la *LTA*. Ni le par. 18.3(1) ni l'art. 11 de la *LACC* ne l'autorisaient à en faire abstraction. Par conséquent,

for payment of the GST funds during the CCAA proceedings.

[135] Given this conclusion, it is unnecessary to consider whether there was an express trust.

[136] I would dismiss the appeal.

APPENDIX

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 (as at December 13, 2007)

11. (1) [Powers of court] Notwithstanding anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up Act*, where an application is made under this Act in respect of a company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make an order under this section.

. . .

(3) [Initial application court orders] A court may, on an initial application in respect of a company, make an order on such terms as it may impose, effective for such period as the court deems necessary not exceeding thirty days,

(a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in subsection (1);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of or proceeding with any other action, suit or proceeding against the company.

(4) [Other than initial application court orders] A court may, on an application in respect of a company other than an initial application, make an order on such terms as it may impose,

il ne pouvait pas refuser la demande présentée par la Couronne en vue de se faire payer la TPS dans le cadre de la procédure introduite en vertu de la *LACC*.

[135] Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir s'il existait une fiducie expresse en l'espèce.

[136] Je rejetterais le présent pourvoi.

ANNEXE

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36 (en date du 13 décembre 2007)

11. (1) [Pouvoir du tribunal] Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations*, chaque fois qu'une demande est faite sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie, le tribunal, sur demande d'un intéressé, peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et avec ou sans avis, rendre l'ordonnance prévue au présent article.

. . .

(3) [Demande initiale — ordonnances] Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour une période maximale de trente jours :

a) suspendre, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, les procédures intentées contre la compagnie au titre des lois mentionnées au paragraphe (1), ou qui pourraient l'être;

b) surseoir, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, au cours de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, d'intenter ou de continuer toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(4) [Autres demandes — ordonnances] Dans le cas d'une demande, autre qu'une demande initiale, visant une compagnie, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période qu'il estime indiquée :

(a) staying, until otherwise ordered by the court, for such period as the court deems necessary, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in subsection (1);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of or proceeding with any other action, suit or proceeding against the company.

(6) [Burden of proof on application] The court shall not make an order under subsection (3) or (4) unless

(a) the applicant satisfies the court that circumstances exist that make such an order appropriate; and

(b) in the case of an order under subsection (4), the applicant also satisfies the court that the applicant has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

11.4 (1) [Her Majesty affected] An order made under section 11 may provide that

(a) Her Majesty in right of Canada may not exercise rights under subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* or any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, in respect of the company if the company is a tax debtor under that subsection or provision, for such period as the court considers appropriate but ending not later than

- (i) the expiration of the order,
- (ii) the refusal of a proposed compromise by the creditors or the court,
- (iii) six months following the court sanction of a compromise or arrangement,

a) suspendre, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, les procédures intentées contre la compagnie au titre des lois mentionnées au paragraphe (1), ou qui pourraient l'être;

b) surseoir, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, au cours de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, d'intenter ou de continuer toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(6) [Preuve] Le tribunal ne rend l'ordonnance visée aux paragraphes (3) ou (4) que si :

a) le demandeur le convainc qu'il serait indiqué de rendre une telle ordonnance;

b) dans le cas de l'ordonnance visée au paragraphe (4), le demandeur le convainc en outre qu'il a agi — et continue d'agir — de bonne foi et avec toute la diligence voulue.

11.4 (1) [Suspension des procédures] Le tribunal peut ordonner :

a) la suspension de l'exercice par Sa Majesté du chef du Canada des droits que lui confère le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie à ce paragraphe et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, à l'égard d'une compagnie lorsque celle-ci est un débiteur fiscal visé à ce paragraphe ou à cette disposition, pour une période se terminant au plus tard :

- (i) à l'expiration de l'ordonnance rendue en application de l'article 11,
- (ii) au moment du rejet, par le tribunal ou les créanciers, de la transaction proposée,
- (iii) six mois après que le tribunal a homologué la transaction ou l'arrangement,

(iv) the default by the company on any term of a compromise or arrangement, or

(v) the performance of a compromise or arrangement in respect of the company; and

(b) Her Majesty in right of a province may not exercise rights under any provision of provincial legislation in respect of the company where the company is a debtor under that legislation and the provision has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

for such period as the court considers appropriate but ending not later than the occurrence or time referred to in whichever of subparagraphs (a)(i) to (v) may apply.

(2) [When order ceases to be in effect] An order referred to in subsection (1) ceases to be in effect if

(a) the company defaults on payment of any amount that becomes due to Her Majesty after the order is made and could be subject to a demand under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium,

(iv) au moment de tout défaut d’exécution de la transaction ou de l’arrangement,

(v) au moment de l’exécution intégrale de la transaction ou de l’arrangement;

b) la suspension de l’exercice par Sa Majesté du chef d’une province, pour une période se terminant au plus tard au moment visé à celui des sous-alinéas a)(i) à (v) qui, le cas échéant, est applicable, des droits que lui confère toute disposition législative de cette province à l’égard d’une compagnie, lorsque celle-ci est un débiteur visé par la loi provinciale et qu’il s’agit d’une disposition dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

(2) [Cessation] L’ordonnance cesse d’être en vigueur dans les cas suivants :

a) la compagnie manque à ses obligations de paiement pour un montant qui devient dû à Sa Majesté après l’ordonnance et qui pourrait faire l’objet d’une demande aux termes d’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou

as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) under any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection; or

(b) any other creditor is or becomes entitled to realize a security on any property that could be claimed by Her Majesty in exercising rights under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person

d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe;

b) un autre créancier a ou acquiert le droit de réaliser sa garantie sur un bien qui pourrait être réclamé par Sa Majesté dans l’exercice des droits que lui confère l’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne,

and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection.

(3) [Operation of similar legislation] An order made under section 11, other than an order referred to in subsection (1) of this section, does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same

ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

(3) [Effet] Les ordonnances du tribunal, autres que celles rendues au titre du paragraphe (1), n’ont pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou

effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

18.3 (1) [Deemed trusts] Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”) nor in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province where

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

(b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, notwithstanding any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

18.3 (1) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(2) [Exceptions] Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but d'assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d'une loi de cette province, dans la mesure où, dans ce dernier cas, se réalise l'une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) cette province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l'application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier du failli et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

18.4 (1) [Status of Crown claims] In relation to a proceeding under this Act, all claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or any body under an enactment respecting workers' compensation, in this section and in section 18.5 called a "workers' compensation body", rank as unsecured claims.

(3) [Operation of similar legislation] Subsection (1) does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a "province providing a comprehensive pension plan" as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a "provincial pension plan" as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and

18.4 (1) [Réclamations de la Couronne] Dans le cadre de procédures intentées sous le régime de la présente loi, toutes les réclamations de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province ou d'un organisme compétent au titre d'une loi sur les accidents du travail, y compris les réclamations garanties, prennent rang comme réclamations non garanties.

(3) [Effet] Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de porter atteinte à l'application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l'objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d'une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d'un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l'impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu'une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l'application de l'alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii),

in respect of any related interest, penalties or other amounts.

20. [Act to be applied conjointly with other Acts] The provisions of this Act may be applied together with the provisions of any Act of Parliament or of the legislature of any province, that authorizes or makes provision for the sanction of compromises or arrangements between a company and its shareholders or any class of them.

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 (as at September 18, 2009)

11. [General power of court] Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

11.02 (1) [Stays, etc. — initial application] A court may, on an initial application in respect of a debtor company, make an order on any terms that it may impose, effective for the period that the court considers necessary, which period may not be more than 30 days,

- (a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*;
- (b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and
- (c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

(2) [Stays, etc. — other than initial application] A court may, on an application in respect of a debtor company other than an initial application, make an order, on any terms that it may impose,

- (a) staying, until otherwise ordered by the court, for any period that the court considers necessary, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in paragraph (1)(a);

et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

20. [La loi peut être appliquée conjointement avec d'autres lois] Les dispositions de la présente loi peuvent être appliquées conjointement avec celles de toute loi fédérale ou provinciale, autorisant ou prévoyant l'homologation de transactions ou arrangements entre une compagnie et ses actionnaires ou une catégorie de ces derniers.

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36 (en date du 18 septembre 2009)

11. [Pouvoir général du tribunal] Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie débitrice, rendre, sur demande d'un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu'il estime indiquée.

11.02 (1) [Suspension : demande initiale] Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période maximale de trente jours qu'il estime nécessaire :

- a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*;
- b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;
- c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(2) [Suspension : demandes autres qu'initiales] Dans le cas d'une demande, autre qu'une demande initiale, visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période qu'il estime nécessaire :

- a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime des lois mentionnées à l'alinéa (1)a);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

(3) [Burden of proof on application] The court shall not make the order unless

(a) the applicant satisfies the court that circumstances exist that make the order appropriate; and

(b) in the case of an order under subsection (2), the applicant also satisfies the court that the applicant has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

. . .

11.09 (1) [Stay — Her Majesty] An order made under section 11.02 may provide that

(a) Her Majesty in right of Canada may not exercise rights under subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* or any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, in respect of the company if the company is a tax debtor under that subsection or provision, for the period that the court considers appropriate but ending not later than

- (i) the expiry of the order,
- (ii) the refusal of a proposed compromise by the creditors or the court,
- (iii) six months following the court sanction of a compromise or an arrangement,
- (iv) the default by the company on any term of a compromise or an arrangement, or
- (v) the performance of a compromise or an arrangement in respect of the company; and

(b) Her Majesty in right of a province may not exercise rights under any provision of provincial legislation in respect of the company if the company is a debtor under that legislation and the provision has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income*

b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(3) [Preuve] Le tribunal ne rend l'ordonnance que si :

a) le demandeur le convainc que la mesure est opportune;

b) dans le cas de l'ordonnance visée au paragraphe (2), le demandeur le convainc en outre qu'il a agi et continue d'agir de bonne foi et avec la diligence voulue.

. . .

11.09 (1) [Suspension des procédures : Sa Majesté] L'ordonnance prévue à l'article 11.02 peut avoir pour effet de suspendre :

a) l'exercice par Sa Majesté du chef du Canada des droits que lui confère le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie à ce paragraphe et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, à l'égard d'une compagnie qui est un débiteur fiscal visé à ce paragraphe ou à cette disposition, pour la période se terminant au plus tard :

- (i) à l'expiration de l'ordonnance,
- (ii) au moment du rejet, par le tribunal ou les créanciers, de la transaction proposée,
- (iii) six mois après que le tribunal a homologué la transaction ou l'arrangement,
- (iv) au moment de tout défaut d'exécution de la transaction ou de l'arrangement,
- (v) au moment de l'exécution intégrale de la transaction ou de l'arrangement;

b) l'exercice par Sa Majesté du chef d'une province, pour la période que le tribunal estime indiquée et se terminant au plus tard au moment visé à celui des sous-alinéas a)(i) à (v) qui, le cas échéant, est applicable, des droits que lui confère toute disposition

Tax Act, or refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

for the period that the court considers appropriate but ending not later than the occurrence or time referred to in whichever of subparagraphs (a)(i) to (v) that may apply.

(2) [When order ceases to be in effect] The portions of an order made under section 11.02 that affect the exercise of rights of Her Majesty referred to in paragraph (1)(a) or (b) cease to be in effect if

(a) the company defaults on the payment of any amount that becomes due to Her Majesty after the order is made and could be subject to a demand under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the

législative de cette province à l’égard d’une compagnie qui est un débiteur visé par la loi provinciale, s’il s’agit d’une disposition dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

(2) [Cessation d’effet] Les passages de l’ordonnance qui suspendent l’exercice des droits de Sa Majesté visés aux alinéas (1)a) ou b) cessent d’avoir effet dans les cas suivants :

a) la compagnie manque à ses obligations de paiement à l’égard de toute somme qui devient due à Sa Majesté après le prononcé de l’ordonnance et qui pourrait faire l’objet d’une demande aux termes d’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la

collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection; or

(b) any other creditor is or becomes entitled to realize a security on any property that could be claimed by Her Majesty in exercising rights under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection

perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe;

b) un autre créancier a ou acquiert le droit de réaliser sa garantie sur un bien qui pourrait être réclamé par Sa Majesté dans l’exercice des droits que lui confère l’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens

3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection.

(3) [Operation of similar legislation] An order made under section 11.02, other than the portions of that order that affect the exercise of rights of Her Majesty referred to in paragraph (1)(a) or (b), does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

(3) [Effet] L’ordonnance prévue à l’article 11.02, à l’exception des passages de celle-ci qui suspendent l’exercice des droits de Sa Majesté visés aux alinéas (1)a) ou b), n’a pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute autre règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités et autres charges afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

37. (1) [Deemed trusts] Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”), nor does it apply in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province if

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

(b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15 (as at December 13, 2007)

222. (1) [Trust for amounts collected] Subject to subsection (1.1), every person who collects an amount as or on account of tax under Division II is deemed, for all purposes and despite any security interest in the amount, to hold the amount in trust for Her Majesty in right of Canada, separate and apart from the property of the person and from property held by any secured

37. (1) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d’une telle disposition.

(2) [Exceptions] Le paragraphe (1) ne s’applique pas à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes de toute loi d’une province créant une fiducie présumée dans le seul but d’assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d’une loi de cette province, si, dans ce dernier cas, se réalise l’une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues au titre de cette loi provinciale sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) cette province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues au titre de cette loi provinciale sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l’application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier de la compagnie et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

Loi sur la taxe d’accise, L.R.C. 1985, ch. E-15 (en date du 13 décembre 2007)

222. (1) [Montants perçus détenus en fiducie] La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l’absence du droit en garantie, seraient ceux de la

creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, until the amount is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2).

(1.1) [Amounts collected before bankruptcy] Subsection (1) does not apply, at or after the time a person becomes a bankrupt (within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act*), to any amounts that, before that time, were collected or became collectible by the person as or on account of tax under Division II.

(3) [Extension of trust] Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, and

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was collected, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3 (as at December 13, 2007)

67. (1) [Property of bankrupt] The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

personne, jusqu'à ce qu'il soit versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2).

(1.1) [Montants perçus avant la faillite] Le paragraphe (1) ne s'applique pas, à compter du moment de la faillite d'un failli, au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, aux montants perçus ou devenus percevables par lui avant la faillite au titre de la taxe prévue à la section II.

(3) [Non-versement ou non-retrait] Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est perçu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté du chef du Canada a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3 (en date du 13 décembre 2007)

67. (1) [Biens du failli] Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants :

(a) property held by the bankrupt in trust for any other person,

(b) any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under any laws applicable in the province within which the property is situated and within which the bankrupt resides, or

(b.1) such goods and services tax credit payments and prescribed payments relating to the essential needs of an individual as are made in prescribed circumstances and are not property referred to in paragraph (a) or (b),

but it shall comprise

(c) all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and

(d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit.

(2) [Deemed trusts] Subject to subsection (3), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a bankrupt shall not be regarded as held in trust for Her Majesty for the purpose of paragraph (1)(a) unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(3) [Exceptions] Subsection (2) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”) nor in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province where

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne;

b) les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime des lois applicables dans la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli;

b.1) dans les circonstances prescrites, les paiements au titre de crédits de la taxe sur les produits et services et les paiements prescrits qui sont faits à des personnes physiques relativement à leurs besoins essentiels et qui ne sont pas visés aux alinéas a) et b),

mais ils comprennent :

c) tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération;

d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice.

(2) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, pour l'application de l'alinéa (1)a), être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(3) [Exceptions] Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but d'assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d'une loi de cette province, dans la mesure où, dans ce dernier cas, se réalise l'une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

(b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, notwithstanding any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

86. (1) [Status of Crown claims] In relation to a bankruptcy or proposal, all provable claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or of any body under an Act respecting workers’ compensation, in this section and in section 87 called a “workers’ compensation body”, rank as unsecured claims.

(3) [Exceptions] Subsection (1) does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*;

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts; or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

b) cette province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l’application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier du failli et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

86. (1) [Réclamations de la Couronne] Dans le cadre d’une faillite ou d’une proposition, les réclamations prouvables — y compris les réclamations garanties — de Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province ou d’un organisme compétent au titre d’une loi sur les accidents du travail prennent rang comme réclamations non garanties.

(3) [Effet] Le paragraphe (1) n’a pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

Appeal allowed with costs, ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fraser Milner Casgrain, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs de l’appelante : Fraser Milner Casgrain, Vancouver.

Procureur de l’intimé : Procureur général du Canada, Vancouver.

Most Negative Treatment: Distinguished

Most Recent Distinguished: [Pine Valley Mining Corp., Re](#) | 2008 BCSC 446, 2008 CarswellBC 712, [2008] B.C.W.L.D. 3192, 41 C.B.R. (5th) 49, 166 A.C.W.S. (3d) 710 | (B.C. S.C., Apr 14, 2008)

2001 ABQB 146
Alberta Court of Queen's Bench

Canadian Airlines Corp., Re

2001 CarswellAlta 240, 2001 ABQB 146, [2001] 7 W.W.R. 383, [2001] A.W.L.D. 323, [2001] A.J. No. 226, 103 A.C.W.S. (3d) 504, 14 B.L.R. (3d) 258, 294 A.R. 253, 92 Alta. L.R. (3d) 140

IN THE MATTER OF THE COMPANIES CREDITORS ARRANGEMENT ACT, R.S.C. 1985, c. C.-36, AS AMENDED; AND IN THE MATTER OF THE BUSINESS CORPORATIONS ACT (ALBERTA), S.A. 1981, c. B.-15, AS AMENDED, SECTION 185; AND IN THE MATTER OF CANADIAN AIRLINES CORPORATION AND CANADIAN AIRLINES INTERNATIONAL LTD.

Paperny J.

Heard: December 11, 2000

Judgment: February 21, 2001 *

Docket: Calgary 0001-05071

Counsel: *Larry Robinson*, for B.C. Government

Chris Simard, for Canadian Airlines Corporation, Canadian Airlines International Ltd.

Subject: Corporate and Commercial; Insolvency; Provincial Tax

Related Abridgment Classifications

Debtors and creditors

II Payment by debtor

II.2 Mode of payment

II.2.c Set-off

Tax

V Provincial taxation

V.2 British Columbia

V.2.c Fuel tax

Headnote

Creditors and debtors --- Payment by debtor — Mode of payment — Set-off

Order for stay of proceedings under Companies' Creditors Arrangement Act (CCAA) was made in connection with airline — Province filed dispute notice with airline, claiming tax liabilities owed under Social Service Tax Act and Motor Fuel Tax Act — Province owed tax refund to airline under Motor Fuel Tax Act — Province claimed right to set-off refund against liabilities — Claims officer ruled that only portion of tax liabilities could be set-off — Province appealed — Appeal allowed — Deference was owed to decision of claims officer, but court was allowed to substitute its own discretion — Requirements of legal set-off were met — Tax liabilities were debts for liquidated amounts — Liabilities and refunds were mutual cross-obligations — Requirement that debts exist "in same right" refers to debtor and creditor who are liable solely to each other — Wording of Motor Fuel Tax Act regulation does not rule out province raising set-off in response to application for refund — Province has no reciprocal duty to pay refund as taxpayer has to pay taxes — Allowing set-off did not defeat intention of CCAA — Refund

applied against tax liabilities was not part of fund established to pay dividends to creditors — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 — Motor Fuel Tax Act, R.S.B.C. 1996, c. 317 — Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1996, c. 431. Taxation --- Provincial and territorial taxes — British Columbia — Fuel tax

Province filed dispute notice with airline, claiming tax liabilities owed under Social Service Tax Act and Motor Fuel Tax Act — Province owed tax refund to airline under Motor Fuel Tax Act — Province claimed right to set-off refund against liabilities — Claims officer ruled that only portion of tax liabilities could be set-off — Province appealed — Appeal allowed — Requirements of legal set-off were met — Tax liabilities were debts for liquidated amounts — Liabilities and refunds were mutual cross-obligations — Requirement that debts exist "in same right" refers to debtor and creditor who are liable solely to each other — Wording of Motor Fuel Tax Act regulation does not rule out province raising set-off in response to application for refund — Province has no reciprocal duty to pay refund as taxpayer has to pay taxes — Refund applied against tax liabilities was not part of fund established to pay dividends to creditors — Province was entitled to set-off refunds owing under Motor Fuel Tax Act against liabilities owed under Social Service Tax Act — Motor Fuel Tax Act, R.S.B.C. 1996, c. 317 — Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1996, c. 431.

Table of Authorities

Cases considered by *Paperny J.*:

- Abacus Cities Ltd. v. Aboussafy*, (sub nom. *Aboussafy v. Abacus Cities Ltd.*) [1981] 4 W.W.R. 660, (sub nom. *Aboussafy v. Abacus Cities Ltd.*) 39 C.B.R. (N.S.) 1, (sub nom. *Aboussafy v. Abacus Cities Ltd.*) 124 D.L.R. (3d) 150, 29 A.R. 607 (Alta. C.A.) — considered
- Blue Range Resource Corp., Re*, 2000 ABCA 200, 261 A.R. 162, 225 W.A.C. 162, [2000] 11 W.W.R. 117, 84 Alta. L.R. (3d) 65 (Alta. C.A.) — considered
- Cam-Net Communications v. Vancouver Telephone Co.*, 182 D.L.R. (4th) 436, 1999 BCCA 751, 71 B.C.L.R. (3d) 226, 132 B.C.A.C. 52, 215 W.A.C. 52, 2 B.L.R. (3d) 118, 17 C.B.R. (4th) 26 (B.C. C.A.) — applied
- Canadian Imperial Bank of Commerce v. Tuckerr Industries Inc.*, [1983] 5 W.W.R. 602, 149 D.L.R. (3d) 172, 46 B.C.L.R. 8, 48 C.B.R. (N.S.) 1 (B.C. C.A.) — referred to
- Casement v. Stoicevski* (1983), 43 O.R. (2d) 436, 43 C.P.C. 178 (Ont. C.A.) — considered
- Citibank Canada v. Confederation Life Insurance Co.* (1996), 42 C.B.R. (3d) 288, (sub nom. *Citibank Canada v. Confederation Life Insurance Co. (Liquidation)*) 15 O.T.C. 26 (Ont. Gen. Div.) — considered
- Citibank Canada v. Confederation Life Insurance Co.* (1998), 37 O.R. (3d) 226, (sub nom. *Citibank Canada v. Confederation Life Insurance Co. (Liquidation)*) 106 O.A.C. 304, 1 C.B.R. (4th) 206 (Ont. C.A.) — referred to
- Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd.*, 36 R.P.R. 259, 20 D.L.R. (4th) 689, 65 B.C.L.R. 31, [1985] 6 W.W.R. 14 (B.C. C.A.) — considered
- Diewold v. Diewold* (1940), 22 C.B.R. 329, [1941] S.C.R. 35, [1941] 1 D.L.R. 561 (S.C.C.) — considered
- Glaxo Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health & Welfare)* (1987), 15 C.P.R. (3d) 1, 11 F.T.R. 121 (Fed. T.D.) — referred to
- Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, 56 D.T.C. 1060, 4 D.L.R. (2d) 1 (S.C.C.) — considered
- Love v. Bell Piano (Furniture) Co.* (1909), 10 W.L.R. 657, 2 Alta. L.R. 209 (Alta. Dist. Ct.) — considered
- National Bank für Deutschland v. Blucher*, [1927] S.C.R. 420, [1927] 3 D.L.R. 40 (S.C.C.) — considered
- National Bank of Canada v. Saskatchewan Property Management Corp.*, 20 C.B.R. (3d) 153, [1993] 7 W.W.R. 636, 112 Sask. R. 97 (Sask. Q.B.) — considered
- Olympia & York Developments Ltd., Re* (March 14, 1994), Doc. B125/92 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]) — considered
- Perepelytz v. Ontario (Department of Highways)*, [1958] S.C.R. 161, 12 D.L.R. (2d) 81 (S.C.C.) — referred to
- R. v. Lamothe* (1957), [1958] O.R. 207, 27 C.R. 81, [1958] C.T.C. 201, 119 C.C.C. 330, 58 D.T.C. 1057 (Ont. C.A.) — considered
- R. v. T. (V)*, [1992] 3 W.W.R. 193, [1992] 1 S.C.R. 749, 7 B.C.A.C. 81, 15 W.A.C. 81, 67 B.C.L.R. (2d) 273, 12 C.R. (4th) 133, 134 N.R. 289, 71 C.C.C. (3d) 32 (S.C.C.) — considered
- Royal Trust v. Holden* (1915), 22 D.L.R. 660, 21 B.C.R. 185, 8 W.W.R. 500 (B.C. C.A.) — considered
- Telford v. Holt*, 21 C.P.C. (2d) 1, [1987] 2 S.C.R. 193, 41 D.L.R. (4th) 385, 78 N.R. 321, (sub nom. *Holt v. Telford*) [1987] 6 W.W.R. 385, 54 Alta. L.R. (2d) 193, 81 A.R. 385, 37 B.L.R. 241, 46 R.P.R. 234 (S.C.C.) — applied

Westminer Canada Holdings Ltd. v. Coughlan (1990), 73 D.L.R. (4th) 584, 41 O.A.C. 377, 75 O.R. (2d) 405 (Ont. Div. Ct.) — considered

White Motor Corp. of Canada, Re (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 173, 126 D.L.R. (3d) 676 (Ont. S.C.) — considered

Wright v. Disposal Services Ltd. (1977), 4 Alta. L.R. (2d) 173, 8 A.R. 394, 80 D.L.R. (3d) 671 (Alta. T.D.) — considered

Statutes considered:

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36

Generally — referred to

s. 18.1 [en. 1997, c. 12, s. 125] — considered

Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1996, c. 89

Generally — referred to

s. 11(3) — considered

Financial Administration Act, R.S.B.C. 1996, c. 138

s. 38 — considered

Interpretation Act, R.S.B.C. 1996, c. 238

s. 29 "shall" — referred to

Motor Fuel Tax Act, R.S.B.C. 1996, c. 317

Generally — referred to

s. 43 — considered

s. 52 — considered

s. 52(2) — considered

Social Service Tax Act, R.S.B.C. 1996, c. 431

Generally — referred to

s. 115 — considered

s. 120 — considered

s. 120(2) — considered

Regulations considered:

Motor Fuel Tax Act, R.S.B.C. 1996, c. 317

Motor Fuel Tax Act Regulation, B.C. Reg. 414/85

Generally

s. 4.2(3) [en. B.C. Reg. 197/94; am. B.C. Reg. 93/98]

s. 4.3(3) [en. B.C. Reg. 197/94]

APPEAL by province from decision of claims officer allowing set-off of only portion of airline's tax liabilities against tax refund owed by province.

Paperny J.:

INTRODUCTION

1 On March 24, 2000, the initial order in these proceedings was made by Moore C.J., providing for, *inter alia*, a stay of proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA").

2 On June 2, 2000, Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia ("B.C. Government") filed a Voting/Distribution Dispute Notice with Canadian Airlines Corporation and Canadian Airlines International Ltd. (collectively, "Canadian"), claiming tax liabilities owed to it by Canadian. Canadian rejected that notice as it was presented past the Claims Bar Date of May 5, 2000 established under the amended plan of arrangement ("Plan"). By my order dated June 28, 2000, the B.C. Government received an extension to June 30, 2000 to file the notice.

3 On June 29, 2000 the B.C. Government filed a Voting/Distribution Dispute Notice ("Dispute Notice") with Canadian in the amount of \$1,859,777.53.

4 The Dispute Notice also identified tax refunds owing to Canadian by the B.C. Government. The amount of the refunds owing at June 29, 2000 was \$1,732,268.47.

5 The B.C. Government asserted a right to set-off any refunds owed to Canadian against the tax liabilities owed by Canadian pursuant to section 18.1 of the CCAA, which states:

The law of set-off applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.

6 The Alberta Court of Appeal recently considered this section in *Blue Range Resource Corp., Re*, 2000 ABCA 200 [reported at [2000] 11 W.W.R. 117 (Alta. C.A.)] and confirmed that notwithstanding the application of the section may have the result of preferring one creditor over others, Parliament, by enacting s. 18.1, made the decision that the general law of set-off is to apply in CCAA proceedings.

7 Canadian denied the entitlement to set-off and the matter was brought before the Claims Officer appointed in these proceedings. The Claims Officer determined that only a portion of Canadian's tax liabilities were capable of being set-off against tax refunds owing to it by the B.C. Government. The B.C. Government appeals from this decision.

II. BACKGROUND FACTS

8 The Dispute Notice claims the following tax liabilities owed to the B.C. Government by Canadian:

a. \$1,673,299.42 under the *Social Services Tax Act*, R.S.B.C., 1996, c.431 (tax relating to the sale of consumables, capital additions, liquor and uniform), including penalties and interest; and

b. \$187,478.11 under the *Motor Fuel Tax Act*, R.S.B.C. 1996, c. 317 (tax relating to unauthorized use of coloured fuel) including interest.

9 The Dispute Notice also identified tax refunds owing to Canadian. At March 24, 2000, the refunds totalled \$645,320.92. As noted, as at June 29, 2000, the date of the Dispute Notice, the refunds totalled \$1,732,268.47. The refunds all arise under the *Motor Fuel Tax Act* and represent a rebate of a three-cent/litre tax embedded in the purchase price of jet fuel, payable on the basis that the fuel was used on international flights.

10 The B.C. Government claimed that it is entitled to set-off the *Motor Fuel Tax Act* refunds against both the *Motor Fuel Tax Act* and the *Social Services Tax Act* liabilities, based on legal, equitable or statutory set-off. It argued that the Claims Officer's decision was wrong and that the court is entitled to substitute its discretion for his as this is a *de novo* application.

11 Canadian asserted that the Claims Officer's decision is to be afforded a high degree of deference. It went on to argue that the B.C. Government's rights to set-off are restricted to those contained in the very specific provisions of the *Social Services Tax Act*, the *Motor Fuel Tax Act* and the *Motor Fuel Tax Act Regulation* and that the B.C. Government is not entitled to set-off under those provisions. Alternatively, Canadian argued that if legal and equitable set-off are available, the B.C. Government failed to meet the respective tests.

III. ISSUES

1. What is the standard of review of the decision of the Claims Officer?
2. Is the B.C. Government entitled to legal set-off?
3. Is the B.C. Government entitled to equitable set-off?
4. Is the B.C. Government entitled to statutory set-off?
5. If set-off is available, what tax liabilities in which period of time are subject to be set-off against what refunds?

IV. ANALYSIS

1. Standard of Review

12 The B.C. Government relies on two decisions to support its argument that this hearing is *de novo*: *Westminer Canada Holdings Ltd. v. Coughlan* (1990), 73 D.L.R. (4th) 584 (Ont. Div. Ct.) and *Olympia & York Developments Ltd., Re* (March 14, 1994), Doc. B125/92 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]).

13 *Westminer, supra* is not a CCAA case. It simply applies *Casement v. Stoicevski* (1983), 43 O.R. (2d) 436 (Ont. C.A.), in which the Ontario Court of Appeal held that while ordinarily interlocutory orders made by the exercise of judicial discretion will not be interfered with unless they are clearly wrong, if the interlocutory order relates to a "vital" issue, the appellate court can substitute its own discretion for that of the court below. In *Olympia & York Developments Ltd., supra*, which was a CCAA case, Farley J. also applied *Casement*. He described the decision of the claims officer in determining the quantum of a claim which could have ultimately defeated the plan in question, as "knife edge vital". He also commented on the short time available to the claims officer to make the determination as strengthening his decision to substitute his own discretion for that of the claims officer.

14 The law in Alberta relating to appeals of interlocutory orders differs from the law in Ontario, at least *vis-à-vis* appeals from a Master. In Alberta, such appeals are *de novo*: *Wright v. Disposal Services Ltd.* (1977), 4 Alta. L.R. (2d) 173 (Alta. T.D.), at 177-78. The court in that case found that the discretionary jurisdiction possessed by a superior court trial judge by virtue of his federal appointment cannot be fettered in any way by a previous decision of a Master, who is appointed by the provincial Crown.

15 An appointment by a Queen's Bench justice of a claims officer to handle disputes in the CCAA claims process and thereby save time and expense, cannot include a grant of the sort of deference that is impeded by the Constitution when it comes to decisions of Masters of this court, as described in *Wright, supra*. Canadian argued that if the appeal is *de novo*, then what is the point of having a claims officer? On that logic, one might also question the utility of Masters. Just as Masters fulfill a critical role in the Court of Queen's Bench, so do claims officers in CCAA proceedings. It does not follow from this, however, that the appeal from the claims officer will be a true appeal and not *de novo*. Unlike a specialized tribunal with unique knowledge to which the court may defer, the Claims Officer in these proceedings was appointed for the purpose of expediting a process which by necessity must be summary. This summary nature is not to operate so as to fetter the court's discretion.

16 While Canadian's counsel did argue that the decision of the Claims Officer ought to be afforded significant deference, he acknowledged that Canadian's filing of a further affidavit in addition to that before the Claims Officer weakened its position that the appeal before me was not *de novo*.

17 In my view, the ruling of the Claims Officer certainly deserves the court's respect. However, the court is free to substitute its own discretion.

18 I now turn to the three bases upon which the B.C. Government claims an entitlement to set-off.

2. Legal set-off

19 The test for legal set-off has been variously described by courts across the country. In its simplest form, legal set-off requires "the fulfilment of two conditions. The first is that both obligations must be debts. The second is that both debts must be mutual cross-obligations": *Telford v. Holt* (1987), 41 D.L.R. (4th) 385 (S.C.C.) at 393, adopting *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Tuckerr Industries Inc.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 172 (B.C. C.A.) at p. 174. However, as stated by K. Palmer in *The Law of Set-Off in Canada* (Aurora: Canada Law Book, 1993) at 21, each of these elements has its own problems and parts. Mr. Palmer goes on to provide a neat summary of the various expressions of the test that reflects these:

1. The cross claims must be enforceable in debt, which entails setting up a claim which is liquidated, enforceable and mature.
2. The mutual claims for any rights to set-off must have accrued to the original creditor and debtor prior to any assignment to the existing plaintiff or defendant. (p. 21)

I will consider each of these elements in turn.

a. enforceable in debt

20 Canadian has objected to a small portion of one assessment relating to the taxation of Canadian's use of aircraft fluids in the amount of \$133, 938.34 and to its liability for any penalties on all of the assessments. As a result, Canadian argued that the validity and quantum of the tax liabilities have been placed into question and therefore are not liquidated. This dispute will be adjudicated by consent under the normal statutory and legislative processes in place in British Columbia and until that is completed, Canadian argued, it cannot be said that there is a specified sum that is payable by Canadian to the B.C. Government. Canadian essentially suggested that due to its objection to the claim by the B.C. Government, the tax liabilities are not liquidated until a court confirms the liabilities are "debts" and rules on the amount for which Canadian is liable to pay.

21 I cannot agree that the tax liabilities are not "debts". There are many definitions of debt contained in Canadian jurisprudence and academic commentary, such as:

..."mutual debts" mean practically debts due from either party to the other for liquidated sums, or money demands which can be ascertained with certainty at the time of pleading": *Telford v. Holt*, *supra* at p. 393-394, citing *Royal Trust v. Holden* (1915), 22 D.L.R. 660 (B.C. C.A.), at 662-663;

"a sum payable in respect of a liquidated money demand, recoverable by action": *Diewold v. Diewold* (1940), [1941] 1 D.L.R. 561 (S.C.C.) at 564;

"in substance there is a liquidated demand in money": *National Bank für Deutschland v. Blucher*, [1927] S.C.R. 420 (S.C.C.), at 426;

"What is a debt but merely a duty, an obligation to pay?": *Love v. Bell Piano (Furniture) Co.* (1909), 10 W.L.R. 657 (Alta. Dist. Ct.), at 659;

"the word "debt" is not today a term of art with a clear, never-changing denotation. Instead of trying to define a core meaning, it would seem better to agree with the editors of the *Corpus Juris Secundum* that "[the word] takes shades of meaning from the occasion of its use, and color from accompanying use, and it is used in different statutes and constitutions in senses varying from a very restricted to a very general one". One can say that the most common use of the word "debt" is to describe an obligation to pay a sum certain or a sum readily reducible to a certainty... but to this writer the essence of the term is that, if there is an obligation to pay a certain or ascertainable sum, the courts should tend not to concern themselves with the precise nature of the cause of action": C.R.B. Dunlop, *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1995) at 16.

22 The amounts contained in the Dispute Notice are plain; it is clear that a liquidated sum has been claimed as owing by the B.C. Government. On any of these definitions, the B.C. Government's claim is in debt as distinct from damages or a property claim, both of which are excluded from legal set-off under this first requirement.

23 The governing legislation similarly makes it plain that the assessments issued by the B.C. Government represent obligations that must be paid notwithstanding any appeals. Section 115 of the *Social Services Tax Act* provides for the issuing of an assessment for tax that is payable and s.120 provides that any liability for payment under the Act, including an assessment, is not delayed by virtue of the appeal process. Sections 43 and 52 of the *Motor Fuel Tax Act* are similarly phrased. In other words, simply because Canadian disagrees that it is liable for a portion of the assessments and has embarked on an appeal process, it is still required to pay the amounts set out in the assessments. Section 120(2) of the *Social Services Tax Act* and s. 52(2) of the *Motor Fuel Tax Act* provide a remedy to the taxpayer who succeeds on appeal after being made to pay what the government has said is owing under the statute; a refund will be made of the excess amount of tax paid plus any interest or penalties imposed. The obligation to pay is not removed or suspended until the appeal process has been exhausted.

24 As noted, Canadian does not object to the entirety of the tax liabilities. It has consented to have its *liability for payment* of the disputed portion adjudicated in British Columbia according to the procedure set out in the governing legislation. Simply because Canadian has taken the position that it is not liable to pay a portion of the tax liabilities, however, does not change the nature of the B.C. Government's claim. It is still a debt that according to the relevant legislation is payable now despite Canadian's objection. It cannot be right that simply by challenging an assessment, an insolvent taxpayer can erect an effectively permanent roadblock to the government's right to set-off. While there are many examples in the case law of legal set-off failing because the debt in question had not matured or was subject to an unfulfilled condition precedent at the material time, Canadian provided no authority suggesting that a challenged debt under a statutory regime such as that contained in the *Social Services Tax Act* and *Motor Fuel Tax Act* is not a liquidated debt for the purposes of legal set-off. Even if such authority had been provided, however, it would have been entirely appropriate in the circumstances of this case to carve out the disputed portion of the tax liabilities and leave the unchallenged balance available for set-off.

25 Canadian next argued that the B.C. Government did not issue an assessment for the tax liability under the *Motor Fuel Tax Act* and seemed to suggest that this prevented the liability under that statute from being liquidated. While the amount claimed under the *Motor Fuel Tax Act* is as specific and plain as the amount claimed under the *Social Services Tax Act*, s. 43 of the *Motor Fuel Tax Act* appears to require an assessment. Without it, a question is raised about the enforceability of the tax liabilities under the *Motor Fuel Tax Act*. Counsel for the B.C. Government did not respond to Canadian's argument in this regard and I am not satisfied that the claim for tax liabilities under the *Motor Fuel Tax Act* meets the first requirement of legal set-off.

26 Counsel agreed that the refunds arose from an embedded tax contained in the price of fuel purchased by Canadian. There is no issue between the parties that the refunds represented a liquidated debt.

27 I find that the tax liabilities under the *Social Services Tax Act* and the refunds under the *Motor Fuel Tax Act* satisfy the first requirement of legal set-off.

b. mutuality

28 Canadian conceded that the cross - obligations in issue existed between the same parties - Canadian and the B.C. Government.

29 However, Canadian suggested that the distinct statutory regimes and factual bases under which the bulk of the tax liabilities and the entirety of the refunds arose prevented the obligations from being "in the same right", a necessary element of mutuality based on the following expression of this second requirement of legal set-off contained in *Citibank Canada v. Confederation Life Insurance Co.* (1996), 42 C.B.R. (3d) 288 (Ont. Gen. Div.) at p. 298; aff'd (1998), 37 O.R. (3d) 226 (Ont. C.A.):

For set-off at law to occur, the following circumstances must arise:

1. The obligations existing between the two parties must be debts, and they must be debts which are for liquidated sums or money demands which can be ascertained with certainty; and

2. Both debts must be mutual cross-obligations, i.e. cross-claims between the same parties *and in the same right*. (emphasis added)

30 As the discussion later in these reasons illustrates, there is indeed a close connection between the cross-obligations. However, with respect, Canadian's interpretation of "in the same right" is incorrect. To accept it would be to import a connection requirement into legal set-off. It is important to remember that the connection requirement appears to have developed as a basis upon which it would be fair to allow set-off in the absence of liquidated claims and/or existing mutuality between the parties. K. Palmer states at p. 21 of *The Law of Set-Off in Canada*, *supra*, as follows:

There is no requirement in legal set-off that the debts be connected in any manner. This is probably the most important difference remaining between equitable and legal set-off which allows a claim in legal set-off to have any effect.

31 The Alberta Court of Appeal recognized this in *Abacus Cities Ltd. v. Aboussafy* (1981), 39 C.B.R. (N.S.) 1 (Alta. C.A.), at 10:

There was no set-off at common law. It was introduced into the law of England by statute...and made to apply only as between liquidated claims, *although these claims may be unrelated*. This is what he [sic] might call legal set-off. (emphasis added)

32 I accept the explanation of "in the same right" contained at pp. 46-47 of *The Law of Set-off in Canada*, as follows:

Whether debts exist in the same right refers to whether the debtor and creditor are liable solely to each other or to each other jointly with third parties. Again, this is simply a question of mutuality: if a debt is held jointly, rather than jointly and severally, it is not immediately clear how responsibility for the debt may be fairly divided when a set-off is claimed by a debtor who has not dealt with all the joint parties. What burden or benefit must the joint debtholders bear or receive due to the actions of one of their group? The presence of any such uncertainty generally will disallow set-off for the debts not being in the same right.

33 Accordingly, I find that the second requirement of legal set-off is also met in this case and that Canadian is entitled at law to set off the refunds against the *Social Services Tax Act* liabilities.

3. Equitable set-off

34 If I am incorrect that legal set-off is available, I find that the B.C. Government would be entitled to exercise equitable set-off in any case.

35 The parties agreed with the principles of equitable set-off expressed in *Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd.* (1985), 20 D.L.R. (4th) 689 (B.C. C.A.), approved in *Telford v. Holt*, *supra* at pp. 398-399:

1. The party relying on set-off must show some equitable ground for being protected against his adversary's demands: *Rawson v. Samuel* (1841), Cr. & Ph. 161, 41 E.R. 451.

2. The equitable ground must go to the very root of the plaintiff's claim before a set-off will be allowed: [*Br. Anzani (Felixstowe) Ltd. v. Int'l Marine Mgmt (U.K.) Ltd.*, [1980] Q.B. 137, [1979] 3 W.L.R. 451, [1979] 2 All E.R. 1063].

3. A cross-claim must be so clearly connected with the demand of the plaintiff that it would be manifestly unjust to allow the plaintiff to enforce payment without taking into consideration the cross-claim: [*Federal Commerce & Navigation Ltd. v. Molena Alpha Inc.*, [1978] Q.B. 927, [1978] 3 W.L.R. 309, [1978] 3 All E.R. 1066].

4. The plaintiff's claim and the cross-claim need not arise out of the same contract: *Bankes v. Jarvis*, [1903] 1 K.B. 549; *Br. Anzani*

5. Unliquidated claims are on the same footing as liquidated claims: [*Nfld v. Nfld. Ry. Co.* (1888), 13 App. Cas. 199].

36 Just as was the case before the Alberta Court of Appeal in *Blue Range Resource Corp.*, *supra*, the only contentious aspect of the assertion of equitable set-off in this case is the "close connection" between the cross-obligations. As stated in *Blue Range Resource Corp.*, that is the "important point for invoking equitable set-off" (para. 19).

37 Canadian emphasized that the bulk of the tax liabilities and all of the refunds respectively arose under distinct statutory taxation regimes governing different types of taxes and embodying different policy motives. Canadian noted that the refunds represent payments due to Canadian by way of a rebate of an embedded tax on *jet fuel*, pursuant to the *Motor Fuel Tax Act* and *Motor Fuel Tax Regulation*, while the majority of the tax liabilities represent an assessed underpayment by Canadian with respect to previous purchases of *goods or services*, such as liquor and uniforms, pursuant to the *Social Services Tax Act*. Canadian therefore argued that the cross-obligations were not sufficiently connected. The Claims Officer was persuaded by this argument and found that "while the two pieces of legislation do not establish complete codes of the rights as between the parties, it is clear that the two statutes establish different regimes for the payment of tax".

38 I do not find those arguments persuasive. To the extent that the *Social Services Tax Act* and the *Motor Fuel Tax Act* create distinct taxation regimes, I would expect no less as otherwise management of the various taxes they address would become impossible. Canadian also emphasized that distinct branches of the B.C. Government administered the *Social Services Tax Act* and the *Motor Fuel Tax Act* liabilities in support of its argument that there was an insufficient connection to support equitable set-off. Canadian conceded, however, in the context of its submissions on the application of legal set-off, that government departments are not separately incorporated and therefore are not distinct legal entities. An action taken against a particular department of the government is still considered an action against the Crown (see for example, *Glaxo Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health & Welfare)* (1987), 11 F.T.R. 121 (Fed. T.D.), citing *Perepelytz v. Ontario (Department of Highways)* (1958), 12 D.L.R. (2d) 81 (S.C.C.)) and therefore it is reasonable to treat the Crown as one entity for the purposes of set-off.

39 In short, the taxes may arise under separate acts and be administered separately by different departments, but these are artificial bases on which to sever the fundamental connection of the taxpayer-tax collector relationship in this case that is also reflected in the connection between the cross-obligations themselves. The obligation owed by Canadian is for tax and the obligation owed by the B.C. Government is for refunds of tax and these cross-obligations arise out of the same relationship between these two parties. As well, the funds flow in and out of the same source - the coffers of the B.C. Government as taxing authority - and in effect, Canadian is seeking to make a withdrawal from that fund without paying in full what it owes to that fund.

40 A similar approach was taken by the Saskatchewan Court of Queen's Bench in *National Bank of Canada v. Saskatchewan Property Management Corp.*, [1993] 7 W.W.R. 636 (Sask. Q.B.). In that case, the bankrupt GeoData owed Education and Health tax to the Saskatchewan government but was also owed money by the Saskatchewan Property Management Corp., a Crown agency entirely funded with tax revenues. The court held at page 640:

Through various taxation statutes, including *The Education and Health Tax Act*, R.S.S. 1978, c.E-3, as amended, the Crown is able to generate revenue. Revenue that is used by various provincial departments of government and by Crown corporations. The basis of S.P.M.C.'s funding is tax revenue. GeoData's liability is more than a simple liability for the payment of a debt. It is a liability for the payment of taxes. In the particular circumstances I consider the connection between the claims to be close enough to warrant the application of equitable set-off.

It is not fair to allow National (GeoData's assignee) to obtain payment, from funds generated by tax revenue, of a GeoData receivable, without ensuring that GeoData's tax liability is paid.

41 The relationship between the parties and the cross-obligations in this case is more direct than that in *National Bank*. In that case there was no mutuality but the court found the requisite connection in the fact that the money that the Crown agency was using to pay the debtor was generated by tax revenue. Here, we are dealing solely with the B.C. Government and the same relationship — that of taxpayer-tax collector — is the basis of both cross-obligations.

42 Canadian also argued that section 11(3) of the *Crown Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c.89, which prohibits taxpayers from raising set-off against taxes owing, destroys any connection that otherwise might exist between taxes and refunds. The flaw in that argument is that it is not the *taxpayer* seeking to set-off, but the tax collector, in the CCAA context. Just because the *Crown Proceedings Act* precludes set-off by the taxpayer does not similarly preclude the B.C. Government from setting-off refunds owing to Canadian.

43 In *Cam-Net Communications v. Vancouver Telephone Co.*, 1999 BCCA 751 (B.C. C.A.) the British Columbia Court of Appeal recognized equitable set-off in the CCAA context and found that it would be unjust to separate the cross-claims in issue there.

44 Similarly, I find in this case that it would be manifestly unfair for a taxpayer not to pay taxes under one statute, while collecting a refund of tax under another statute, each involving the same tax collector.

45 For these reasons, I find that the B.C. Government would be entitled in equity to set-off the refunds against the tax liabilities.

4. Statutory Set-off

46 The B.C. Government submitted that if the court found that legal and equitable set-off were not available, then s. 38 of the *Financial Administration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 138 creates an additional, statutory right of set-off. Section 38 provides that:

38 The Treasury Board may, by directive, authorize the Comptroller General to retain money by way of set-off, out of any money due or payable to a person by the government or out of a trust fund, if

- (a) that person owes money to the government,
- (b) an overpayment has been made by the government to that person, or
- (c) an advance made to that person under section 36 has not been repaid or accounted for.

47 This section on its face appears to describe a broad right of set-off. Arguably the directive does not create the right, but the authority of the Comptroller General to set-off funds. However, in either case, the invoking of this section on August 5, 2000, well after the Effective Date of the Plan and the compromise of claims was effected, is inappropriate. The directive cannot be utilized retrospectively to effectively negate (in the absence of set-off on other grounds) the terms of the sanctioning order insofar as the B.C. Government is concerned.

48 It is also necessary in the context of statutory set-off to consider the impact of the *Social Services Tax Act*, *Motor Fuel Tax Act* and the *Motor Fuel Tax Act Regulation* on the B.C. Government's general rights of set-off.

49 Canadian's primary argument in this application was that since the provisions in this legislation are so specific and detailed in their delineation of when set-off may occur, that the B.C. Government is limited to asserting set-off only in those delineated situations. In other words, Canadian argued that the machinery in the legislation replaces the ordinary law of set-off.

50 Canadian relied on the following passage from *White Motor Corp. of Canada, Re* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 173 (Ont. S.C.) to support its argument in this regard:

Moreover, if it should occur that the minister reassesses the debtor's tax for the 1979 tax year and an overpayment is determined, the minister has by s. 164(2) of the Income Tax Act a discretion to apply the overpayment against other liability of the debtor under that Act. The statute therefore gives him this specific right in settling the accounting between

the Crown and the taxpayer. As a matter of law between them the ordinary law of set-off is not available *to the taxpayer* but is replaced by the machinery in s. 164 of the Income Tax Act. In my opinion this is not set aside by the Bankruptcy Act. (emphasis added)

51 However appealing this statement may be in suggesting that the B.C. Government is stuck with the regime it set up regarding set-off, a careful review shows that the court in *White Motor Corp. of Canada* was limiting the *taxpayer* to the statutory machinery; the court did not say the *Crown* was similarly limited. K. Palmer, in *The Law of Set-off in Canada* comments on this difference at p. 255:

For those who consider themselves students of Canadian governments (or just those who are affected by their actions) it should come as no great surprise that the government powers with respect to taxation and set-off are rather one-sided. The right to set-off is widely available to the Crown and wholly unavailable to the taxpayer. The thrust of the statutory powers granted in this area are similar to those described above in the *Financial Administration Act*, where a broad power of set-off is granted....

Amounts owing for taxation can therefore be withheld by the Crown from any payment due from the Crown to the taxpayer.

The situation, unfortunately, does not work in the reverse. A taxpayer cannot withhold from taxes due an amount which the Crown owes to the taxpayer. This was considered in *R. v. Lamothe*, where the defendant as an employer failed to remit deductions from wages for income tax, claiming that he had set these off against a tax refund owed to him personally. The set-off was not allowed by the court, which noted that the *Income Tax Act* created a statutory duty to pay taxes, against which set-off was not available as a defence:

That duty is not qualified in any way, and the mere fact that the Receiver-General may owe the person paying money does not, it seems to me quite apart from any question of set-off, afford a defence to an information alleging a failure to observe an obligation imposed by statute.

The same conclusion was reached in *White Motor Corp. of Canada Ltd.*, which noted that this statutory duty replaced the ordinary rules of set-off which would otherwise apply *to the Crown*. (emphasis added)

52 While *White Motor Corp. of Canada* does not stand for the proposition suggested by Canadian, it is appropriate to review the legislation in question and determine whether it modifies the legal and equitable rights of set-off and if so, to the extent that the B.C. Government is not able to access those general rights.

53 The *Social Services Tax Act* does speak very specifically to credits and refunds in cases of particular scenarios (for example, it provides for a refund of tax involved in the sale of a horse), but counsel did not refer the court to any provision that addresses the situation at bar. Similarly, counsel did not rely on any section of the *Motor Fuel Tax Act* that would apply to the particular set-off being claimed by the B.C. Government. The statutes provide variously for refunds, credits and applications of payments from taxpayers, using a mixture of imperative and permissive language. It might be argued that the legislation modifies to some extent the B.C. Government's existing rights of legal and equitable set-off in particular scenarios, but it does not follow in this context that the failure to refer to a particular scenario in the legislation means that there are absolutely no set-off rights with respect to that scenario. Quite simply, because these circumstances are not included in the statutes, the set-off rights have not been modified by the statutes.

54 Canadian argued that there is no provision in either the *Social Services Tax Act* or the *Motor Fuel Tax Act* authorizing the B.C. Government to set-off refunds owing to taxpayers under other enactments as against liabilities arising thereunder and that therefore such a set-off is not permitted. I disagree that statutory permission is required.

55 The B.C. Government conceded that the refunds in question fall under sections 4.2 (3) and 4.3 (4) of the *Motor Fuel Tax Act Regulation*. These subsections respectively provide that where tax is paid on jet fuel, the director:

shall, on application, refund from the consolidated revenue fund to the person who paid the tax a refund of 3[CENTS] for every litre of fuel for which tax was paid under section 7(1)(a) of the Act. (s. 4.2 (3))

shall, on application, provide from the consolidated revenue fund to the person who paid the tax a refund calculated in accordance with the following formula.... (s.4.3 (4))

56 Canadian did apply for the refunds on a monthly basis from February - June, 2000, the very months for which the B.C. Government is arguing it is entitled to set-off the refunds.

57 The word "shall" in the *Motor Fuel Tax Act Regulation* is to be construed as imperative: *Interpretation Act* R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 29. The plain meaning of these provisions is therefore that the B.C. Government is obliged to provide a refund to the taxpayer. While the provisions do not expressly rule out setting-off the refunds, I cannot consider them in a vacuum. As referenced above, the *Motor Fuel Tax Act*, the statute under which the *Motor Fuel Tax Act Regulation* was enacted, contains both imperative and permissive language in its treatment of the provision of refunds. However, counsel did not refer the court to any provision of the *Motor Fuel Tax Act* which addressed the application or crediting of refunds by the B.C. Government; its ability to set-off is not expressly addressed. Were this not the case, I might have been more inclined to find that the absence of references to set-off in the *Motor Fuel Tax Act Regulation* reflected the deliberate intention on the part of the B.C. legislature to exclude any ability of the B.C. Government to use refunds to set-off tax liability. However, simple use of the imperative "shall" instead of "may" in this context does not rule out the possibility of set-off. Further, allowing the exercise of set-off in these circumstances does not violate either the letter or the spirit of the *Motor Fuel Tax Act Regulation*. The set-off recognizes the refund rather than disregarding it.

58 In addition, interpreting the *Motor Fuel Tax Act Regulation* in the way Canadian suggests would entirely remove the B.C. Government's common law right of legal set-off as well as its equitable right in this regard. I am unable to read the statutory language as disclosing an intention by Parliament to effect such a fundamental change in the B.C. Government's legal rights when the presumption, at least *vis-à-vis* the common law, is that legislation is not meant to interfere with common law rights, nor, generally, to change the common law. In *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610 (S.C.C.), at 614, Fauteux J. held that:

...a Legislature is not presumed to depart from the general system of the law without expressing its intentions to do so with irresistible clearness, failing which the law remains undisturbed.

59 More recently this principle was affirmed by the Supreme Court of Canada in *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749 (S.C.C.), at 763-764, where L'Heureux-Dube J. adopted the following statement in P.B. Maxwell, *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1969) at page 116:

It is presumed that the legislature does not intend to make any change in the existing law beyond that which is expressly stated in, or follows by necessary implication from, the language of the statute in question.

60 L'Heureux-Dube J. went on to find that while it was open to Parliament, subject to constitutional restraints, to change the law as it likes, the legislation that makes the alterations must be drafted such that its intention is "in no way in doubt" (p. 764).

61 In my view, the wording contained in the *Motor Fuel Tax Act Regulation* does not expressly or impliedly rule out the B.C. Government raising a set-off in response to an application for a refund, as it has here.

62 Canadian also asserted that the *Motor Fuel Tax Act Regulation* creates an absolute and immutable right to payment without set-off. It referred to the discussion in *R. v. Lamothe* (1957), 119 C.C.C. 330 (Ont. C.A.) of the statutory *duty* of a taxpayer to pay taxes (p. 336) and suggested that the mandatory language of the refund provisions in the *Motor Fuel Tax Act Regulation* created a similar *duty* to pay refunds which replaces the ordinary rules of set-off available to the B.C. Government. I note that the legislation in *R. v. Lamothe* went beyond a direction to pay the taxes and created an offence for failure to do so. Obviously there is no associated offence with respect to failure of the B.C. Government to provide a refund to a taxpayer. Canadian was not

able to provide any authority supporting the creation of such a duty and without more, on my interpretation of the legislation, I am not prepared in these particular circumstances to elevate the obligation of the B.C. Government to provide a refund to the level of a duty which prohibits set-off. As noted above, the set-off rights of government relating to unpaid taxes are frequently one-sided and while various taxing statutes expressly remove the *taxpayer's* right to set-off, such provisions do not exist here with respect to the B.C. Government's ability to set-off tax liabilities against the refunds in question.

5. Timing of Set-Off

63 Canadian asserted that if set-off applied in this case, the B.C. Government should be restricted to setting off the tax liabilities against the refunds of tax that were in existence at the time the initial stay order was granted. It argued that the March 24, 2000 order restricted set-off to cross-obligations in existence as at that date.

64 The distinction Canadian seeks to make between pre- and post- petition refunds cannot be maintained in this particular case, for two reasons: first, all of the refunds arose before the Effective Date under the Plan, and second, the connection between the obligations is such that the issuance of the initial order on March 24, 2000 is insufficient to sever it.

65 The Plan approved by the requisite number of creditors and sanctioned by this court on June 27, 2000 contemplated that all amounts due and owing *up to and including* the Effective Date of July 5, 2000 would be included in the Plan, as reflected in the Plan definitions of "Tax"/"Taxes" and "Tax Claims" and the releases contained in s. 6.2 of the Plan, as follows:

"Tax" or "Taxes" shall mean any and all federal, provincial, municipal, local and foreign taxes, assessments, reassessments and other governmental charges, duties, impositions and liabilities...

"Tax Claims" means any and all claims for Taxes by any federal, provincial, territorial, municipal, local or foreign authority, agency or government...in respect of any taxation year or period ending *on or before the Effective Date* including, without limitation, any Taxes arising out of or attributable to any transaction to be completed in accordance with this Plan and, in the case where a current taxation year does not end on the Effective Date, any Taxes due in respect of or attributable to that portion of the period commencing at the beginning of such current taxation year *up to and including the Effective Date*; (emphasis added)

6.2(1) *As of the Effective Date*, the Applicants will be deemed to forever release, waive and discharge all claims, obligations, suits, judgments, damages, demands, debts, rights, causes of action and liabilities (other than the rights of the Applicants to enforce the Plan and the contracts, instruments, releases and other agreements and documents delivered thereunder) whether liquidated or unliquidated, fixed or contingent, matured or unmatured, known or unknown, foreseen or unforeseen, then existing or thereafter arising, in law, equity or otherwise that are based in whole or in part on any act, omission, transaction, event or other occurrence taking place *on or prior to the Effective Date* in any way relating to the Applicants or the Subsidiaries, the parties released pursuant to this Section 6.2(1), the CCAA Proceedings or the Plan, and that could have been asserted by or on behalf of the Applicants against former directors, officers and employees of the Applicants in each case, as of the Date of Filing or that have become officers and/or directors thereafter but prior to the Effective Date (other than for indebtedness owed by any such directors, officers, or employees to any of the Applicants) and the Applicants' agents and professionals (including, for greater certainty, the Monitor). (emphasis added)

6.2(2) *As of the Effective Date*, each of the Affected Creditors will be deemed to forever release, waive and discharge all claims, obligations, suits, judgments, damages, demands, debts, rights, causes of action and liabilities (other than the rights to enforce the Applicants' obligations under the Plan and the securities, contracts, instruments, releases and other agreements and documents delivered thereunder), whether liquidated or unliquidated, fixed or contingent, matured or unmatured, known or unknown, foreseen or unforeseen, then existing or thereafter arising, in law, equity or otherwise that are based in whole or in part on any act, omission, transaction, event or other occurrence taking place *on or prior to the Effective Date* ...(emphasis added)

66 But for set-off, the tax liabilities owing to the B.C. Government up to and including the Effective Date would be compromised at that date. All of the refunds had arisen prior to that time. Clearly the Effective Date was pinpointed by Canadian

as the settlement date for its liabilities. The result that the B.C. Government can ultimately set-off tax liabilities against all of the refunds is therefore not inconsistent with the Plan nor with the prospective nature of paragraph 5(e) of Moore C.J.'s March 24, 2000 order in these proceedings:

Until the Stay Termination Date or further order of this Court and subject to other provisions of this Order:...Subject to Section 18.1 of the CCAA, no person shall exercise any right of set-off with respect to any accounts of the petitioners, or any combination of accounts in relation to *amounts due or accruing due* in respect of or arising from any indebtedness or obligation of the petitioners...(emphasis added).

67 The Alberta Court of Appeal in *Blue Range Resource Corp.*, *supra* was faced with a decision of a chambers judge that was based in part upon the distinction between pre-petition and post-petition obligations. The court did not approve of this distinction in that case and expressly found that the "connection" between the pre- and post- petition obligations was sufficient to support equitable set-off, regardless of the fact that one of the obligations arose after the stay instituted by the initial CCAA order. The Court of Appeal stated at paragraph 19 that "[the fact that the damages owed to Duke and Engage arise after the stay order is not relevant when the obligations arise out of the same contracts".

68 In this case, the cross- obligations do not arise contractually, but from a single tax payer- tax collector relationship. As described earlier in these reasons, this relationship between the B.C. Government and Canadian that is reflected in the taxes and refunds of taxes owed supports the close connection that is a hallmark of equitable set-off. To disregard this relationship would be to disregard the law of set-off which Parliament has legislated is to continue to apply in the CCAA context.

69 While the distinction between pre- and post- petition claims may have significance in determining whether a close connection exists in certain circumstances, it is not significant here given the terms of the Plan and the close connection that exists between the cross-claims in issue.

70 Although *Blue Range Resource Corp.* suggests that it is inappropriate to consider prejudice to other creditors in prohibiting set-off, the court did not go so far as to say that a court in determining a close connection is prohibited from considering whether the intention of the CCAA will be entirely defeated. Allowing set-off in this case will not have such an effect, insofar as the refund which will be applied against Canadian's tax liabilities does not form any part of the fund established by Air Canada to pay dividends to creditors. Further, there is also no evidence before me, nor was any submission made by counsel that would suggest that allowing the set-off in this case would defeat the intention of the CCAA to permit debtor companies to continue in business for the currency of the proceedings and afterward, where possible.

71 In this case I have found that the cross-obligations in question are capable of legal or alternatively equitable set-off. The wording of the Plan, the March 24, 2000 order and s. 18.1 of the CCAA support this result.

V. CONCLUSION

72 The B.C. Government is entitled to set-off the refunds owing to Canadian against *Social Services Tax Act* liabilities owed by Canadian, as those amounts stand as at July 5, 2000, the Effective Date under the Plan. Canadian has challenged its liability to pay a portion of the tax liabilities and has consented to have that issue resolved by the B.C. court. To the extent that Canadian is successful to any degree in that regard, further accounting may have to take place. If there is any disagreement between the parties at that point, they may see me.

Appeal allowed.

Footnotes

- * A corrigendum dated February 28, 2001, has been incorporated herein.

COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Citation: *North American Tungsten Corporation Ltd.*
v. Global Tungsten and Powders Corp.,
2015 BCCA 390

Date: 20150812

Docket: CA42990; CA42991

**In the Matter of the *Companies' Creditors Arrangement Act*,
R.S.C. 1985, c. C-36, as amended**

And

**In the Matter of the *Canada Business Corporations Act*,
R.S.C. 1985, c. C-44, as amended**

And

In the Matter of North American Tungsten Corporation Ltd.

Between:

North American Tungsten Corporation Ltd.

Respondent
(Petitioner)

And

Global Tungsten and Powders Corp.

Appellant

And

**Alvarez & Marsal Canada Inc., Callidus Capital Corporation, Wolfram Bergbau
und Hütten AG, and Government of the Northwest Territories**

Respondents

Before: The Honourable Mr. Justice Savage
(In Chambers)

On appeal from: an order of the Supreme Court of British Columbia dated July 30, 2015
(*North American Tungsten Corporation Ltd. (Re)*, 2015 BCSC 1382,
Vancouver Registry No. S154746)

Oral Reasons for Judgment

Counsel for the Appellant:	K.E. Siddal and S. Boucher
Counsel for the Respondent, North American Tungsten Corporation Ltd.	J.R. Sandrelli and J. Schultz
Counsel for the Respondent, Alvarez & Marsal Canada Inc.	K. Jackson
Counsel for the Respondent, Callidus Capital Corporation	W.E.J. Skelly
Counsel for the Respondent, Wolfram Bergbau und Hütten	D. Brown and A.L. Crimeni
Counsel for the Respondent, Government of the Northwest Territories	M. Buttery
Place and Date of Hearing:	Vancouver, British Columbia August 12, 2015
Place and Date of Judgment:	Vancouver, British Columbia August 12, 2015

Summary:

The applicant creditor sought leave to appeal two orders of the CCAA judge which stayed the applicant exercising rights of set-off against payment for tungsten deliveries. The applicant argued that s. 21 of the Companies' Creditor Arrangement Act gave it a right of set-off which survived the CCAA orders as the court lacked jurisdiction to stay the rights provided in s. 21. Held: Leave refused. Considering all the factors governing leave, including the weakness of the grounds of appeal and the fact that granting leave would interfere with the ongoing CCAA proceeding, this is not one of the rare circumstances where it is in the interests of justice to grant leave to appeal the order of the CCAA judge.

I. Introduction

[1] **SAVAGE J.A.:** These are applications by Global Tungsten and Powders Corp. (GTP) (1) for leave to appeal two orders of Mr. Justice Butler in the British Columbia Supreme Court dated July 27 and July 30, 2015 (the "Stay Orders"), the net effect of which orders is to stay GTP's set-off rights against the debtor North American Tungsten Corporation Ltd. ("NATC") until at least October 15, 2015, and (2) to grant a stay of execution of the Stay Orders until the hearing of the appeal.

[2] Underlying the proposed appeal are insolvency and restructuring proceedings commenced June 9, 2015 pursuant to the *Companies' Creditor Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, ("CCAA"). On July 9, 2015, the learned CCAA judge made an order amending and restating the initial order (the "ARIO") pursuant to which the debtor corporation NATC was authorized to enter into a forbearance agreement (the "Forbearance Agreement") with its senior primary creditor Callidus Capital Corporation ("Callidus"), to borrow funds on an interim financing facility. Callidus was granted a priority charge to secure repayment of the interim financing facility.

[3] The Stay Orders, as the CCAA judge described, "...preserve the status quo to effect a restructuring". The proposed appeal concerns the ability of the British Columbia Supreme Court to stay rights of set-off. GTP also seeks a stay of the orders pending hearing of the appeal. The respondents NATC and Callidus oppose these applications.

[4] The Forbearance Agreement includes terms that the forbearance period would end on the occurrence of various events, including NATC failing to comply with certain cash flow requirements. Following the end of the forbearance period, Callidus is entitled to enforce its security, including appointing a receiver or assigning NATC into bankruptcy.

[5] NATC sells tungsten concentrate to GTP. At the same time that GTP started purchasing tungsten from NATC it entered into a loan agreement whereby NATC would borrow monies from GTP. As of the date of NATC's CCAA filing, it owed GTP approximately \$4.4 million.

[6] On July 22, 2015, GTP gave notice (the "Set-Off Notice") that it was entitled to a set-off against NATC's debt. The Set-Off Notice advised that GTP would retain approximately US\$1.2 million from funds owing to NATC based on invoices due July 22, 23, and August 7, 14, and 16, 2015. The Set-Off Notice was the first that NATC or Callidus learned that GTP would not pay NATC debts as they came due.

[7] In response to these events NATC and GTP applied for various orders. The CCAA judge made the following orders:

1. By refusing to pay its post-filing obligations to NATC, GTP was in violation of the ARIO;
2. GTP shall make immediate payment of all invoices issued in respect of shipments made by NATC;
3. GTP has a valid right of legal set-off; and
4. GTP is stayed from exercising its rights of set-off during the Stay Period as defined in the ARIO.

II. Matters in Issue

[8] The points in issue are (1) should GTP be granted leave to appeal the Stay Orders below?, and (2) should GTP be granted a stay of execution of the orders below?

III. Test on Leave

[9] The test for whether leave to appeal should be granted focuses primarily on the following considerations:

1. Whether the appeal is prima facie meritorious or whether it is frivolous;
2. Whether the point on appeal is of significance to the practice;
3. Whether the point raised is of significance to the parties;
4. Whether the appeal will unduly hinder the progress of the action:

Edgewater Casino Inc. (Re), 2009 BCCA 40 at para. 17;

5. An overriding consideration is whether it is in the interests of justice to grant leave:

Wallman v. Gill, 2013 BCCA 110 at para 12;

6. The discretion to grant leave to appeal in CCAA cases is to be exercised sparingly: *Edgewater*, at paras. 13, 18;
7. The CCAA judge is seized of the proceedings below and is well-positioned to balance the interests of the competing stakeholders, and, accordingly, the decision below is entitled to deference.

New Skeena Forest Products Inc., Re, 2005 BCCA 192 at para. 20.

IV. Discussion and Analysis

[10] I turn now to consider the merits of the proposed appeal. GTP argues the threshold is low and all that is required is that the points raised are “not frivolous”. In support of this permissive standard, GTP cites two cases (*Soprema Inc. v. Wolrige Mahon LLP*, 2014 BCCA 366 and *Windshield Doctor Canada Ltd. v. Glass Masters Ltd.*, 2005 BCCA 220), neither of which concern an appeal from an order under the CCAA. While GTP is correct that the threshold is generally low on applications for leave to appeal, the merits requirement is applied strictly on applications made under the CCAA, as appears from the following passages in *Edgewater Casino*:

[16] ... The requirement for leave to appeal from an order made in CCAA proceedings is found in the CCAA itself (section 13), as opposed to the provincial or territorial statutes governing the appellate courts in Canada. This suggests that Parliament recognized that appeals as of right from orders made in CCAA proceedings could have an adverse effect on the efforts of debtor companies to reorganize their financial affairs pursuant to the Act and that appeals in CCAA proceedings should be limited: see *Re Algoma Steel Inc.* (2001), 147 O.A.C. 291, 25 C.B.R. (4th) 194 at para. 8.

[17] ... However, it does not follow from the fact that the statute itself is the source of the requirement for leave that the test or standard applicable to applications for leave to appeal orders made in CCAA proceedings is different from the test or standard for other leave applications. It is my view that the same test applicable to all other leave applications should be utilized when considering an application for leave to appeal from a CCAA order. In British Columbia, the test involves a consideration of the following factors:

- (a) whether the point on appeal is of significance to the practice;
- (b) whether the point raised is of significance to the action itself;
- (c) whether the appeal is *prima facie* meritorious or, on the other hand, whether it is frivolous; and
- (d) whether the appeal will unduly hinder the progress of the action.

The authority most frequently cited in British Columbia in this regard is *Power Consolidated (China) Pulp Inc. v. British Columbia Resources Investment Corp.* (1988), 19 C.P.C. (3d) 396 (B.C.C.A. Chambers).

[18] ... a consideration of the third and fourth of the above factors will result in leave to appeal from typical CCAA orders being given sparingly.

[19] The third of the above factors involves a consideration of the merits of the appeal. In non-CCAA proceedings, a justice will be reluctant to grant leave where the order constitutes an exercise of discretion by the judge because the grounds for interfering with an exercise of discretion are limited: see *Silver Standard Resources Inc. v. Joint Stock Co. Geolog*, [1998] B.C.J. No. 2298 (C.A. Chambers). Most orders made in CCAA proceedings are discretionary in nature, and the normal reluctance to grant leave to appeal is heightened for two reasons alluded to in the comments of Macfarlane J.A.

[20] First, one of the principal functions of the judge supervising the CCAA proceeding is to attempt to balance the interests of the various stakeholders during the reorganization process, and it will often be inappropriate to consider an exercise of discretion by the supervising judge in isolation of other exercises of discretion by the judge in endeavouring to balance the various interests. Secondly, CCAA proceedings are dynamic in nature and the supervising judge has intimate knowledge of the reorganization process. The nature of the proceedings often requires the supervising judge to make quick decisions in complicated circumstances. These considerations are reflected in the comment made by Madam Justice Newbury in *New Skeena Forest Products* that “[a]ppellate courts also accord a high degree of deference to decisions made by Chambers judges in CCAA matters and will

not exercise their own discretion in place of that already exercised by the court below” (para. 20).

[21] The fourth of the above factors relates to the detrimental effect of an appeal on the underlying action. In most non-CCAA cases, the events giving rise to the underlying action have already occurred, and a consideration of this factor involves the prejudice to one of the parties if the trial is adjourned or if the action cannot otherwise move forward pending the determination of the appeal. CCAA proceedings are entirely different because events are unfolding as the proceeding moves forward and the situation is constantly changing – some refer to CCAA proceedings as “real-time” litigation.

[22] The fundamental purpose of CCAA proceedings is to enable a qualifying company in financial difficulty to attempt to reorganize its affairs by proposing a plan of arrangement to its creditors. The delay caused by an appeal may jeopardize these efforts. The delay may also have the effect of upsetting the balance between competing stakeholders that the supervisory judge has endeavoured to achieve.

[11] With respect to the first consideration, the matters in the proposed appeal in my opinion fall to be decided based on the proper interpretation of s. 21 of the CCAA. It reads:

21. The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.

[12] The section by its terms makes provision that the law of set-off or compensation applies to claims made against a debtor company, and actions instituted by a debtor company. This applies in the same manner and to the same extent as if the debtor company were a plaintiff or defendant. By its terms it makes no mention of the powers or jurisdiction of the court in CCAA proceedings. Clearly by its express terms s. 21 does not limit a judge’s discretion to stay the exercise of a right of set-off during CCAA proceedings.

[13] I do not see that s.21 by necessary implication limits a judge’s discretion to stay the exercise of a right of set-off during CCAA proceedings. Section 21 does not say anything about a judge’s discretion to stay the exercise of rights. Section 21 is contained in Part III of the CCAA, a part dealing with claims that can be dealt with in CCAA proceedings.

[14] By contrast, s. 11 of the CCAA provides a very broad grant of jurisdiction to the courts:

11. Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

[15] A broad reading of the discretionary power conferred by s. 11 of the CCAA was endorsed by the Supreme Court of Canada in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60:

[68] In this regard, though not strictly applicable to the case at bar, I note that Parliament has in recent amendments changed the wording contained in s. 11(1), making explicit the discretionary authority of the court under the CCAA. Thus, in s. 11 of the CCAA as currently enacted, a court may, “subject to the restrictions set out in this Act, . . . make any order that it considers appropriate in the circumstances” (S.C. 2005, c. 47, s. 128). Parliament appears to have endorsed the broad reading of CCAA authority developed by the jurisprudence.

[16] That s. 21 does not restrict the jurisdiction of the court is made clear when it is contrasted with other provisions of the CCAA which specifically prevent the court from staying certain rights and proceedings (see ss. 11.04, 11.06, 11.08, and 11.1). Set-off is clearly a remedy which is specifically stayed by the ARIO, but also generally stayed in insolvency proceedings: see e.g. *Re Quintette Coal* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105 at 111-14, 2 C.B.R. (3d) 303. Clearly, if an attempt at compromise or arrangement is to have any prospect of success there must be a means of holding creditors at bay.

[17] GTP argues that its interpretation is correct as Parliament must have intended to effect something by the enactment of s. 21 (formerly s. 18.1). However, given the very broad interpretation given to s.11, were Parliament intending to specifically limit the right to stay a set-off, it would have done so explicitly, as it did with restrictions contained elsewhere in the CCAA.

[18] I do not understand any of the parties to say that this issue is not of significance to the practice. Any interpretation issue, however weak, of the statutory provisions governing CCAA proceedings would be of significance to the practice. Of course, it is of significance to the parties here because if leave is granted and a stay ordered, the CCAA proceeding will likely fail. It would also have the consequential effect of vaulting the priority of GTP's debts ahead of the general security of Callidus.

[19] However, NATC and Callidus make the point, which is well-taken, that the significance of the matter to the proceeding should not be a paramount consideration in this case as the issue is largely driven by GTP's conduct. Had GTP raised its claim of set-off at the outset, it would have had nothing to set off against. NATC would not have shipped any product to GTP in the face of that claim, as GTP would not pay for it. By leaving the issue to this late stage, GTP built up its post-filing debt, at the expense of the other stakeholders, against the NATC pre-filing debt.

[20] I agree with NATC, Callidus and the monitor that the GTP funds are critical to NATC's ability to continue operations and meet its obligations. The likely result of an order granting leave to appeal and a stay is that NATC will cease operations and fall into bankruptcy. The fundamental purpose of the underlying proceeding is to enable NATC to reorganize and restructure its affairs to allow it to continue operations pending sale. A shut-down and liquidation would terminate the CCAA proceedings. The reorganization and restructuring would be at an end.

[21] Where granting leave would be fatal to the company's ability to restructure and would necessitate a shut-down of operations, leave has been denied: see *Canada v. Temple City Housing Inc.*, 2008 ABCA 1 at para. 15. As noted by the Court in *Edgewater Casino*, these events are unfolding in real time. In my view, a consideration of the objects of the CCAA demonstrates that the position advanced by GTP must fail.

[22] By not raising set-off until a post-filing debt had accrued and a plan was in place, GTP is attempting to do precisely what the CCAA is designed to prevent. As

Farley J. describes in *Lehndorff General Partner Ltd. (Re)* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 at 31 (Ont. Ct. J.):

... the intention of the CCAA is to prevent any manoeuvres for positioning among the creditors during the period required to develop a plan and obtain approval of creditors. Such manoeuvres could give an aggressive creditor an advantage to the prejudice of others who are less aggressive and would undermine the company's financial position making it even less likely that the plan will succeed.

[23] In making the orders that he did, the CCAA judge had ample information regarding the NATC pre-filing debt, the GTP post-filing debt, NATC's cash flow issues, the potential impact of GTP's set-off on NATC and its stakeholders, and the post filing conduct of GTP which led NATC and other stakeholders to rely upon the expectation that GTP would make timely payment. This court should not substitute its own discretion for that of the judge below absent a wrongful exercise of that discretion. I see none.

[24] GTP argues, however, that if the application for leave to appeal is severed from the application to order a stay of proceedings, there is no reason why leave should not be granted as there would then be no prejudice to the CCAA proceeding. It says that Callidus has continued to advance monies and there are funds remaining in Callidus' interim loan facility. The funds recently advanced by Callidus, however, were used solely for administrative costs, which rank ahead of the security provided by the Forbearance Agreement.

[25] Clearly Callidus will need to continue extending credit if NATC is to continue operating. If NATC continues to sell tungsten to GTP, there is still a lag between when NATC ships the tungsten and GTP makes payment. Upon an adverse Court decision, GTP could immediately set off its debt against amounts owing. It would therefore disproportionately benefit GTP while others forbear from exercising their rights. The possibility of this occurring also explains NATC's position that it will stop selling to GTP if leave to appeal is granted.

[26] As I have said above, leave to appeal orders made under the CCAA is to be granted sparingly, at least where the court would interfere with an ongoing

restructuring. As Chamberland J.A. explained in *Newfoundland and Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2010 QCCA 965:

[25] There is no appeal as of right from decisions made under the CCAA; leave to appeal is a condition precedent to an appeal being allowed to proceed (s. 13 CCAA).

[26] This requirement stems from a clear intention of Parliament to restrict appeal rights having regard to the nature and object of CCAA proceedings; an appeal court should be cautious about intervening in the CCAA process. This is not to say that leave will never be granted but it should be so only "sparingly" (*In Re Pacific National Lease Holding Corp.* (1992), 15 C.B.R. (3d) 265, at 272 (B.C.C.A.)).

[27] Similarly in *Quinsam Coal Corp. Re*, 2000 BCCA 386, Newbury J.A. wrote:

[11] ... a higher threshold generally needs to be met before appellate leave should be given to justify the delay and other effects on the proposed arrangements that would result from the commencement of an appeal. As Mr. Millar argued, the CCAA process is dynamic and unique, and this Court should be reluctant to skew the balance of interests that the Chambers judge has fashioned in order to forward the objectives of the Act.

[28] Considering all of these factors, including the weakness of the grounds of appeal and the fact that granting leave would interfere with the ongoing CCAA proceeding, I cannot find that that this is one of the rare circumstances where it is in the interests of justice to grant leave to appeal an order of a CCAA judge. The application for leave to appeal is denied.

V. Orders

[29] As I have determined that it is not in the interests of justice to grant leave to appeal, it necessarily follows that the application for a stay is also denied.

(submissions re. costs)

[30] **SAVAGE J.A.:** Costs follow the event.

"The Honourable Mr. Justice Savage"



COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : 9354-9186 Québec inc. c.
Callidus Capital Corp., 2020 CSC 10

APPELS ENTENDUS ET JUGEMENT
RENDU : 23 janvier 2020
MOTIFS DE JUGEMENT : 8 mai 2020
DOSSIER : 38594

ENTRE :

9354-9186 Québec inc. et 9354-9178 Québec inc.
Appelantes

et

**Callidus Capital Corporation, International Game Technology, Deloitte
S.E.N.C.R.L.,
Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx et François
Pelletier**
Intimés

- et -

**Ernst & Young Inc., IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom
d’Omni Bridgeway Limited), Corporation Bentham IMF Capital (maintenant
connue sous le nom de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada)), Institut
d’insolvabilité du Canada et
Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la
réorganisation**
Intervenants

ET ENTRE:

**IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom d’Omni Bridgeway
Limited) et Corporation Bentham IMF Capital (maintenant connue sous le nom
de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada))**
Appelantes

et

**Callidus Capital Corporation, International Game Technology, Deloitte
S.E.N.C.R.L.,
Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx et François
Pelletier
Intimés**

- et -

**Ernst & Young Inc., 9354-9186 Québec inc., 9354-9178 Québec inc.,
Institut d'insolvabilité du Canada et
Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la
réorganisation
Intervenants**

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe et Kasirer

MOTIFS DE JUGEMENT CONJOINTS : Le juge en chef Wagner et le juge Moldaver (avec (par. 1 à 117) l'accord des juges Abella, Karakatsanis, Côté, Rowe et Kasirer)

NOTE : Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

9354-9186 QUÉ. c. CALLIDUS

**9354-9186 Québec inc. et
9354-9178 Québec inc.**

Appelantes

c.

**Callidus Capital Corporation,
International Game Technology,
Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx et François Pelletier**

Intimés

et

**Ernst & Young Inc.,
IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom d’Omni Bridgeway
Limited), Corporation Bentham IMF Capital (maintenant connue sous le nom
de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada)), Institut d’insolvabilité du
Canada et Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la
réorganisation**

Intervenants

- et -

**IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom d’Omni Bridgeway
Limited) et Corporation Bentham IMF Capital (maintenant connue sous le nom
de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada))**

Appelantes

c.

**Callidus Capital Corporation, International Game Technology, Deloitte
S.E.N.C.R.L., Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis
Proulx et François Pelletier** *Intimés*

et

**Ernst & Young Inc.,
9354-9186 Québec inc.,
9354-9178 Québec inc., Institut d'insolvabilité du Canada et
Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la
réorganisation** *Intervenants*

Répertorié : 9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp.

2020 CSC 10

N° du greffe : 38594.

Audition et jugement : 23 janvier 2020.
Motifs déposés : 8 mai 2020.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté,
Rowe et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Faillite et insolvabilité — Pouvoir discrétionnaire du juge surveillant dans
une instance introduite sous le régime de la Loi sur les arrangements avec les
créanciers des compagnies — Contrôle en appel des décisions du juge surveillant —*

Le juge surveillant a-t-il le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter sur un plan d'arrangement si ce créancier agit dans un but illégitime? — Le juge surveillant peut-il approuver le financement de litige par un tiers à titre de financement temporaire? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 11, 11.2.

En novembre 2015, les compagnies débitrices déposent une requête en délivrance d'une ordonnance initiale sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC »). La requête est accueillie, et l'ordonnance initiale est rendue par un juge surveillant, qui est chargé de surveiller le déroulement de l'instance. Depuis, la quasi-totalité des éléments d'actif de la compagnie débitrice ont été liquidés, à l'exception notable des réclamations réservées en dommages-intérêts contre le seul créancier garanti des compagnies. En septembre 2017, le créancier garanti propose un plan d'arrangement, qui n'obtient pas subséquemment l'appui nécessaire des créanciers. En février 2018, le créancier garanti propose un autre plan d'arrangement, presque identique au premier. Il demande aussi au juge surveillant la permission de voter sur ce nouveau plan dans la même catégorie que les créanciers non garantis des compagnies débitrices, au motif que sa sûreté ne vaut rien. À peu près au même moment, les compagnies débitrices demandent un financement temporaire sous forme d'un accord de financement de litige par un tiers qui leur permettrait de poursuivre l'instruction des réclamations réservées. Elles sollicitent également l'approbation d'une charge super-prioritaire pour financer le litige.

Le juge surveillant décide que le créancier garanti ne peut voter sur le nouveau plan parce qu'il agit dans un but illégitime. En conséquence, le nouveau plan n'a aucune possibilité raisonnable d'être avalisé et il n'est pas soumis au vote des créanciers. Le juge surveillant accueille la demande des compagnies débitrices et les autorise à conclure un accord de financement de litige par un tiers. À l'issue d'un appel formé par le créancier garanti et certains des créanciers non garantis, la Cour d'appel annule l'ordonnance du juge surveillant, estimant qu'il est parvenu à tort aux conclusions qui précèdent.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge surveillant est rétablie.

Le juge surveillant n'a commis aucune erreur en empêchant le créancier garanti de voter ou en approuvant l'accord de financement de litige par un tiers. Un juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter sur un plan d'arrangement s'il décide que le créancier agit dans un but illégitime. Un juge surveillant peut aussi approuver le financement de litige par un tiers à titre de financement temporaire, en vertu de l'art. 11.2 de la *LACC*. La Cour d'appel n'était pas justifiée de modifier les décisions discrétionnaires du juge surveillant à cet égard et n'a pas fait preuve de la déférence à laquelle elle était tenue par rapport à ces décisions.

La *LACC* est l'une des trois principales lois canadiennes en matière d'insolvabilité. Elle poursuit un grand nombre d'objectifs réparateurs généraux qui témoignent de la vaste gamme des conséquences potentiellement catastrophiques qui

peuvent découler de l'insolvabilité. Ces objectifs incluent les suivants : régler de façon rapide, efficace et impartiale l'insolvabilité d'un débiteur; préserver et maximiser la valeur des actifs d'un débiteur; assurer un traitement juste et équitable des réclamations déposées contre un débiteur; protéger l'intérêt public; et, dans le contexte d'une insolvabilité commerciale, établir un équilibre entre les coûts et les bénéfices découlant de la restructuration ou de la liquidation d'une compagnie. La structure de la *LACC* laisse au juge surveillant le soin de procéder à un examen et à une mise en balance au cas par cas de ces objectifs.

Chaque procédure fondée sur la *LACC* est supervisée du début à la fin par un seul juge surveillant, qui a le vaste pouvoir discrétionnaire de rendre toute une gamme d'ordonnances susceptibles de répondre aux circonstances de chaque cas. Le point d'ancrage de ce pouvoir discrétionnaire est l'art. 11 de la *LACC*, lequel confère au juge le pouvoir de rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée. Quoique vaste, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas sans limites. Son exercice doit tendre à la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC* et tenir compte de trois considérations de base : (1) que l'ordonnance demandée est indiquée, et (2) que le demandeur a agi de bonne foi et (3) avec la diligence voulue. La considération de diligence décourage les parties de rester sur leurs positions et fait en sorte que les créanciers n'usent pas stratégiquement de ruse ou ne se placent pas eux-mêmes dans une position pour obtenir un avantage. Les décisions discrétionnaires des juges chargés de la supervision des procédures intentées sous le régime de la *LACC* commandent un degré élevé de déférence. En conséquence, les cours d'appel ne seront justifiées d'intervenir que si le

juge surveillant a commis une erreur de principe ou exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable.

En général, un créancier peut voter sur un plan d'arrangement ou une transaction qui a une incidence sur ses droits, sous réserve des dispositions de la *LACC* qui peuvent limiter son droit de voter, ou de l'exercice justifié par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire de limiter ou de supprimer ce droit. Étant donné que le régime de la *LACC*, dont l'un des aspects essentiels tient à la participation du créancier au processus décisionnel, les créanciers ne devraient être empêchés de voter que si les circonstances l'exigent. Lorsqu'un créancier cherche à exercer ses droits de vote de manière à contrecarrer ou à miner les objectifs réparateurs de la *LACC* ou à aller à l'encontre de ceux-ci — c'est-à-dire à agir dans un but illégitime — l'art. 11 de la *LACC* confère au juge surveillant le pouvoir discrétionnaire d'empêcher le créancier de voter. Ce pouvoir discrétionnaire s'apparente au pouvoir discrétionnaire semblable qui existe en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et favorise l'équité fondamentale qui imprègne le droit et la pratique en matière d'insolvabilité au Canada. La question de savoir s'il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée appelle une analyse fondée sur les circonstances propres à chaque situation que le juge surveillant est le mieux placé pour effectuer.

En l'espèce, la décision du juge surveillant d'empêcher le créancier garanti de voter sur le nouveau plan ne révèle aucune erreur justifiant l'intervention d'une cour d'appel. Lorsqu'il a rendu sa décision, le juge surveillant connaissait très bien les

procédures en cause, car il les avait présidées pendant plus de 2 ans, avait reçu 15 rapports du contrôleur et avait délivré environ 25 ordonnances. Il a tenu compte de l'ensemble des circonstances et a conclu que le vote du créancier garanti viserait un but illégitime. Il savait qu'avant le vote sur le premier plan, le créancier garanti avait choisi de n'évaluer aucune partie de sa réclamation à titre de créancier non garanti et n'avait pas tenté de voter sur ce plan, qui n'a finalement pas reçu l'aval des autres créanciers. Entre l'insuccès du premier plan et la proposition du nouveau plan (identique pour l'essentiel au premier plan), les circonstances factuelles se rapportant aux affaires financières ou commerciales des compagnies débitrices n'avaient pas réellement changé. Pourtant, le créancier garanti a tenté d'évaluer la totalité de sa sûreté à zéro et, sur cette base, a demandé l'autorisation de voter sur le nouveau plan à titre de créancier non garanti. Si le créancier garanti avait été autorisé à voter de cette façon, le nouveau plan aurait certainement satisfait au critère d'approbation à double majorité prévu par le par. 6(1) de la *LACC*. La seule conclusion possible était que le créancier garanti tentait d'évaluer stratégiquement la valeur de sa sûreté afin de prendre le contrôle du vote et ainsi contourner la démocratie entre les créanciers que défend la *LACC*. La façon d'agir du créancier garanti était manifestement contraire à l'attente selon laquelle les parties agissent avec diligence dans une procédure d'insolvabilité, ce qui comprend le fait de faire preuve de diligence raisonnable dans l'évaluation de leurs réclamations et sûretés. Le créancier garanti a donc été empêché à bon droit de voter sur le nouveau plan.

La question de savoir s'il y a lieu d'approuver le financement d'un litige par un tiers à titre de financement temporaire commande une analyse fondée sur les faits de l'espèce qui doit tenir compte du libellé de l'art. 11.2 de la *LACC* et des objectifs réparateurs de la *LACC* de façon plus générale. Le financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes. Cela ressort du libellé du par. 11.2(1), qui est large et ne prescrit aucune forme ou condition type. Le financement temporaire permet essentiellement de préserver et de réaliser la valeur des éléments d'actif du débiteur. Dans certaines circonstances, comme en l'espèce, le financement de litige favorise la réalisation de cet objectif fondamental. Les accords de financement de litige par un tiers peuvent être approuvés à titre de financement temporaire dans le cadre des procédures fondées sur la *LACC* lorsque le juge surveillant estime qu'il serait juste et approprié de le faire, compte tenu de l'ensemble des circonstances et des objectifs de la Loi. Cela implique la prise en considération des facteurs précis énoncés au par. 11.2(4) de la *LACC*. Ces facteurs ne doivent pas être appliqués machinalement ou examinés individuellement par le juge surveillant, car ils ne seront pas tous importants dans tous les cas, et ils ne sont pas non plus exhaustifs. En outre, pour qu'un accord de financement de litige par un tiers soit approuvé à titre de financement temporaire, il ne doit pas comporter des conditions qui le convertissent effectivement en plan d'arrangement.

En l'espèce, il n'y a aucune raison d'intervenir dans l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'accord de financement de litige à titre de financement temporaire. L'examen des motifs du juge surveillant dans

leur ensemble, conjugué à la reconnaissance de son expérience évidente des procédures intentées par les compagnies débitrices sous le régime de la *LACC*, mène à la conclusion que les facteurs énumérés au par. 11.2(4) concernent des questions qui n'auraient pu échapper à son attention et à son examen adéquat. Il est manifeste que le juge surveillant a mis l'accent sur l'équité envers toutes les parties, les objectifs précis de la *LACC* et les circonstances particulières de la présente affaire lorsqu'il a approuvé l'accord de financement de litige à titre de financement temporaire. De plus, l'accord de financement de litige ne constitue pas un plan d'arrangement parce qu'il ne propose aucune transaction visant les droits des créanciers. Le fait que les créanciers puissent en fin de compte remporter plus ou moins d'argent ne modifie en rien la nature ou l'existence de leurs droits d'avoir accès aux fonds provenant des actifs des compagnies débitrices, pas plus qu'on ne saurait dire qu'il s'agit d'une transaction à l'égard de leurs droits. Enfin, la charge relative au financement de litige ne convertit pas l'accord de financement de litige en plan d'arrangement. Une conclusion contraire aurait pour effet d'annihiler le pouvoir du juge surveillant d'approuver ces charges sans un vote des créanciers, un résultat qui est expressément prévu par l'art. 11.2 de la *LACC*.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner et le juge Moldaver

Arrêt appliqué : *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; **arrêts examinés :** *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102; *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA

42, 165 N.S.R. (2d) 296; **arrêts mentionnés** : *Bayens c. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150; *Hayes c. The City of Saint John*, 2016 NBBR 125; *Schenk c. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332; *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271; *Ernst & Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Third Eye Capital Corporation c. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299; *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323; *Uti Energy Corp. c. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, conf. 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204; *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24; *North American Tungsten Corp. c. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada c. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276; *Caterpillar Financial Services Ltd. c. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701; *Grant Forest Products Inc. c. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426; *Bridging Finance Inc. c. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175; *New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338; *Canadian Metropolitan Properties Corp. c. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54,

[2005] 2 R.C.S. 601; *Re 1078385 Ontario Inc.* (2004), 206 O.A.C. 17; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283; *Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Boutiques San Francisco Inc. c. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955; *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Montgrain c. National Bank of Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; *Langtry c. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644; *McIntyre Estate c. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193; *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915; *Houle c. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, conf. par 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739; *Stanway c. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192; *Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169; *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. c. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577.

Lois et règlements cités

An Act respecting Champerty, L.R.O. 1897, c. 327.

Loi n° 1 d'exécution du budget de 2019, L.C. 2019, c. 29, art. 133, 138, 140.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 4.2, 43(7), 50(1), 54(3), 108(3), 187(9).

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 2(1), 3(1), 4, 5, 6, (1), 7, 11, 11.2, (1), (2), (4), a), b), c), d), e), f), g), (5), 11.7, 11.8, 18.6, 22(1), (2), (3), 23(1)d), i), 23 à 25, 36.

Loi sur les liquidations et les restructurations, L.R.C. 1985, c. W-11, art. 6(1).

Doctrine et autres documents cités

Agarwal, Ranjan K., and Doug Fenton. « Beyond Access to Justice : Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context » (2017), 59 *Rev. can. dr. comm.* 65.

Canada. Bureau du surintendant des faillites Canada. *Projet de loi C-12 : analyse article par article*, élaboré par Industrie Canada, dernière mise à jour 24 mars 2015 (en ligne : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br01986.html#a77f>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_2_fra.pdf).

Canada. Innovation, Sciences et Développement économique Canada. *Archivé — Projet de Loi C-55 : analyse article par article*, dernière mise à jour 29 décembre 2016 (en ligne : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/fra/c100908.html#lacc11-2>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_1_fra.pdf).

Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, Ottawa, 2003.

Houlden, Lloyd W., Geoffrey B. Morawetz and Janis P. Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2009 (loose-leaf updated 2020, release 3).

Kaplan, Bill. « Liquidating CCAAs : Discretion Gone Awry? », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law*, Toronto, Carswell, 2008, 79.

Klar, Lewis N., et al. *Remedies in Tort*, vol. 1, by Leanne Berry, ed., Toronto, Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2019, release 12).

McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2019.

Michaud, Guillaume. « New Frontier : The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape », in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018*, Toronto, Thomson Reuters, 2019, 221.

Nocilla, Alfonso. « Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36 » (2012), 52 *Rev. can. dr. comm.* 226.

Nocilla, Alfonso. « The History of the Companies' Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada » (2014), 56 *Rev. can. dr. comm.* 73.

Rotsztain, Michael B., and Alexandra Dostal. « Debtor-In-Possession Financing », in Stephanie Ben-Ishai and Anthony Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law : Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2007, 227.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2013.

Sarra, Janis P. « The Oscillating Pendulum : Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*, Toronto, Thomson Reuters, 2017, 9.

Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Dutil, Schragger et Dumas), 2019 QCCA 171, [2019] AZ-51566416, [2019] Q.J. No. 670 (QL), 2019 CarswellQue 94 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Michaud, 2018 QCCS 1040, [2018] AZ-51477967, [2018] Q.J. No. 1986 (QL), 2018 CarswellQue 1923 (WL Can.). Pourvois accueillis.

Jean-Philippe Groleau, Christian Lachance, Gabriel Lavery Lepage et Hannah Toledano, pour les appelantes/intervenantes 9354-9186 Québec inc. et 9354-9178 Québec inc.

Neil A. Peden, pour les appelantes/intervenantes IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom d'Omni Bridgeway Limited) et Corporation Bentham IMF Capital (maintenant connue sous le nom de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada)).

Geneviève Cloutier et Clifton P. Prophet, pour l'intimée Callidus Capital Corporation.

Jocelyn Perreault, Noah Zucker et François Alexandre Toupin, pour les intimés International Game Technology, Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx et François Pelletier.

Joseph Reynaud et Nathalie Nouvet, pour l'intervenante Ernst & Young Inc.

Sylvain Rigaud, Arad Mojtahedi et Saam Pousht-Mashhad, pour les intervenants l'Institut d'insolvabilité du Canada et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation.

Version française des motifs de jugement de la Cour rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Ces pourvois s'inscrivent dans le contexte d'une instance toujours en cours introduite sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers de compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« LACC »), dans le cadre de laquelle la

quasi-totalité des éléments d'actif des compagnies débitrices ont été liquidés. L'instance a été introduite il y a plus de quatre ans. Depuis, un seul juge surveillant a été chargé de sa supervision. À ce titre, il a rendu de nombreuses décisions discrétionnaires.

[2] Deux de ces décisions du juge surveillant font l'objet du présent pourvoi. Chacune d'elles soulève une question exigeant de notre Cour qu'elle précise la nature et la portée du pouvoir discrétionnaire exercé par les tribunaux dans les instances relevant de la *LACC*. La première est de savoir si le juge surveillant dispose du pouvoir discrétionnaire d'interdire à un créancier de voter sur un plan d'arrangement s'il estime que ce créancier agit dans un but illégitime. La deuxième porte sur le pouvoir du juge surveillant d'approuver le financement du litige par un tiers à titre de financement temporaire, en vertu de l'art. 11.2 de la *LACC*.

[3] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis de répondre à ces deux questions par l'affirmative, à l'instar du juge surveillant. Dans la mesure où la Cour d'appel s'est dite d'avis contraire et a modifié les décisions discrétionnaires du juge surveillant, nous concluons qu'elle n'était pas justifiée de le faire. Avec égards, la Cour d'appel n'a pas fait preuve de la déférence à laquelle elle était tenue par rapport aux décisions du juge surveillant. C'est pourquoi, comme nous l'avons ordonné à l'issue de l'audience, les pourvois sont accueillis et l'ordonnance du juge surveillant est rétablie.

II. Les faits

[4] En 1994, M. Gérald Duhamel fonde Bluberi Gaming Technologies Inc., qui est devenue l'une des appelantes, 9354-9186 Québec inc. L'entreprise fabriquait, distribuait, installait et entretenait des appareils de jeux électroniques pour casino. Elle offrait aussi des systèmes de gestion dans le domaine des jeux d'argent. Pendant toute la période pertinente, son unique actionnaire était Bluberi Group Inc., qui est devenue une autre des appelantes, 9354-9178 Québec inc. Par l'entremise d'une fiducie familiale, M. Duhamel contrôlait Bluberi Group inc. et, de ce fait, Bluberi Gaming (collectivement, « Bluberi »).

[5] En 2012, Bluberi demande du financement à l'intimée Callidus Capital Corporation (« Callidus »), qui se décrit comme un [TRADUCTION] « prêteur offrant du financement garanti par des actifs ou du financement à des entreprises en difficulté financière » (m.i., par. 26). Callidus lui consent une facilité de crédit d'environ 24 millions de dollars, que Bluberi garantit partiellement en signant une entente par laquelle elle met en gage ses actions.

[6] Au cours des trois années suivantes, Bluberi perd d'importantes sommes d'argent et Callidus continue de lui consentir du crédit. En 2015, Bluberi doit environ 86 millions de dollars à Callidus — Bluberi affirme que près de la moitié de cette somme est composée d'intérêts et de frais.

A. *L'introduction des procédures sous le régime de la LACC par Bluberi et la vente initiale d'actifs*

[7] Le 11 novembre 2015, Bluberi dépose une requête en délivrance d'une ordonnance initiale sous le régime de la *LACC*. Dans sa requête, Bluberi allègue que ses problèmes de liquidité découlent du fait que Callidus exerce un contrôle de facto à l'égard de son entreprise et lui dicte un certain nombre de décisions d'affaires dans l'intention de lui nuire. Bluberi prétend que Callidus agit ainsi afin de réduire la valeur des actions dans le but de devenir propriétaire de Bluberi et ultimement de la vendre.

[8] Malgré l'objection de Callidus, la requête de Bluberi est accueillie. Le juge surveillant, le juge Michaud, rend une ordonnance initiale sous le régime de la *LACC*. Celle-ci confirme entre autres que Bluberi est une « compagnie débitrice » au sens du par. 2(1) de la Loi, suspend toute procédure introduite à l'encontre de Bluberi, de ses administrateurs ou dirigeants, et désigne Ernst & Young Inc. pour agir à titre de contrôleur (« contrôleur »).

[9] Travaillant en collaboration avec le contrôleur, Bluberi décide que la vente de ses actifs est nécessaire. Le 28 janvier 2016, elle propose un processus de mise en vente que le juge surveillant approuve. Ce processus débouche sur la conclusion d'une convention d'achat d'actifs entre Bluberi et Callidus. Cette convention prévoit que Callidus obtient l'ensemble des actifs de Bluberi en échange de l'extinction de la presque totalité de la créance garantie qu'elle détient à l'encontre de Bluberi, qui s'élevait à environ 135,7 millions de dollars. Callidus conserve une créance garantie non libérée de 3 millions de dollars contre Bluberi. La convention prévoit aussi que Bluberi se réserve le droit de réclamer des dommages-intérêts à Callidus en raison de

l'implication alléguée de celle-ci dans ses difficultés financières (les « réclamations réservées »)¹. Tout au long de ces procédures, Bluberi affirme que la valeur des réclamations ainsi réservées représente plus de 200 millions de dollars en dommages-intérêts.

[10] Le juge surveillant approuve la convention d'achat d'actifs, et la vente des actifs de Bluberi à Callidus est conclue en février 2017. En conséquence, Callidus acquiert l'entreprise de Bluberi et en poursuit l'exploitation.

[11] Depuis la vente, les réclamations réservées sont le seul élément d'actif de Bluberi et représentent donc la seule garantie que possède Callidus pour sa créance de 3 millions de dollars.

B. *Les premiers plans d'arrangement concurrents*

[12] Le 11 septembre 2017, Bluberi dépose une demande par laquelle elle sollicite l'approbation d'un financement provisoire de 2 millions de dollars sous forme de facilité de crédit afin de financer le coût des procédures liées aux réclamations réservées ainsi que d'autres mesures de réparation accessoires. Le prêteur est une coentreprise constituée sous le numéro 9364-9739 Québec inc. Cette demande de financement provisoire devait être instruite le 19 septembre 2017.

¹ Bluberi semble ne pas avoir encore déposé cette action (voir 2018 QCCS 1040, par. 10 (CanLII)).

[13] Toutefois, la veille de l'audience, Callidus propose un plan d'arrangement (« premier plan ») et demande une ordonnance pour convoquer les créanciers à une assemblée afin qu'ils votent sur ce plan. Le premier plan proposait que Callidus avance la somme de 2,5 millions de dollars (puis plus tard 2,63 millions de dollars) aux fins de distribution aux créanciers de Bluberi, sauf elle-même, en échange de quoi elle serait libérée des réclamations réservées. Cette somme aurait permis d'acquitter entièrement les créances des anciens employés de Bluberi et toutes celles de moins de 3 000 \$; les créanciers dont la créance était plus élevée devaient recevoir chacun en moyenne 31 pour cent du montant de leur réclamation.

[14] Le juge surveillant ajourne donc l'audition des deux demandes au 5 octobre 2017. Entre-temps, Bluberi dépose son propre plan d'arrangement dans lequel elle propose notamment que la moitié de toute somme provenant des réclamations réservées, après paiement des dépenses et acquittement des réclamations des créanciers de Bluberi, soit distribuée aux créanciers non garantis, pourvu que la somme nette ainsi obtenue soit supérieure à 20 millions de dollars.

[15] Le 5 octobre 2017, le juge surveillant ordonne que les plans d'arrangement des parties soient soumis au vote des créanciers. Il ordonne que les honoraires et dépenses découlant de la présentation des plans d'arrangement à l'assemblée des créanciers soient partagés entre les parties et qu'il soit interdit à toute partie qui ne dépose pas les fonds nécessaires auprès du contrôleur de présenter son plan

d'arrangement. Bluberi choisit de ne pas déposer les fonds nécessaires et, en conséquence, seul le premier plan de Callidus est présenté aux créanciers.

C. *Le vote des créanciers sur le premier plan de Callidus*

[16] Le 15 décembre 2017, Callidus soumet son premier plan au vote des créanciers. Le plan n'obtient pas l'appui nécessaire. Le paragraphe 6(1) de la *LACC* prévoit que, pour être approuvé, le plan doit obtenir la « double majorité » de chaque catégorie de créanciers — c'est-à-dire, la majorité en *nombre* d'une catégorie de créanciers, qui représente aussi les deux tiers en *valeur* des réclamations de cette catégorie de créanciers. Tous les créanciers de Bluberi, hormis Callidus, forment une seule catégorie de créanciers non garantis ayant droit de vote. Des 100 créanciers non garantis, 92 (qui ont ensemble une créance de 3 450 882 \$) votent en faveur du plan, et 8 votent contre (qui ont ensemble une créance de 2 375 913 \$). Le premier plan échoue parce que les réclamations des créanciers ayant voté en sa faveur ne détiennent que 59,22 pour cent en valeur des réclamations de ceux ayant voté, ce qui ne respectait pas le seuil établi au par. 6(1). Plus particulièrement, SMT Hautes Technologies (« SMT »), qui détient 36,7 pour cent de la dette de Bluberi, vote contre le plan.

[17] Callidus ne vote pas sur le premier plan — malgré les propos explicites du contrôleur, selon qui Callidus pouvait [TRADUCTION] « voter selon le pourcentage de sa créance qui, de l'avis de Callidus, était non garantie » (dossier conjoint des intimés, vol. III, p. 188).

D. *La demande de financement provisoire de Bluberi et le nouveau plan de Callidus*

[18] Le 6 février 2018, Bluberi dépose une des demandes à l'origine des présents pourvois. Elle demande au tribunal l'autorisation de conclure un accord de financement du litige par un tiers (« AFL ») avec un bailleur de fonds de litiges coté en bourse, IMF Bentham Limited ou sa filiale canadienne, Corporation Bentham IMF Capital (collectivement, « Bentham »). Bluberi demande également l'autorisation de grever son actif d'une charge super-prioritaire de 20 millions de dollars en faveur de Bentham (« charge liée au financement du litige »).

[19] L'AFL prévoit que Bentham financera le litige relatif aux réclamations réservées de Bluberi et qu'en retour elle recevra un pourcentage de toute somme convenue par règlement ou accordée à l'issue d'un procès. Toutefois, dans l'éventualité où Bluberi serait déboutée, Bentham perdra la totalité des fonds investis. L'AFL prévoit aussi que Bentham peut mettre fin au recours si, agissant de façon raisonnable, elle n'est plus convaincue du bien-fondé du litige ou de sa viabilité commerciale.

[20] Callidus et certains créanciers non garantis qui ont voté en faveur de son plan (qui sont maintenant intimés au présent pourvoi et se font appeler le « groupe de créanciers ») contestent la demande de Bluberi au motif que l'AFL est un plan d'arrangement et qu'à ce titre, il doit être soumis au vote des créanciers².

² Fait à remarquer, le groupe de créanciers a informé Callidus qu'il appuierait le nouveau plan. Il lui a aussi demandé de rembourser tous les frais juridiques découlant de cet appui. Par ailleurs, le groupe de

[21] Le 12 février 2018, Callidus dépose l'autre demande qui est à l'origine des présents pourvois, laquelle vise à soumettre un autre plan d'arrangement au vote des créanciers (« nouveau plan »). Le nouveau plan est pour l'essentiel identique au premier plan, sauf que Callidus propose que la somme à distribuer soit augmentée de 250 000 \$ (passant de 2,63 millions à 2,88 millions). Callidus a en outre déposé une preuve de réclamation modifiée qui ramène à *zéro* la valeur de la garantie liée à sa créance de 3 millions de dollars. Callidus considère que cette évaluation est juste parce que Bluberi n'a aucun autre élément d'actif que les revendications réservées. Sur cette base, elle fait valoir qu'elle se trouve dans la situation d'un créancier non garanti et demande au juge surveillant la permission de voter sur le nouveau plan avec les autres créanciers non garantis. Vu l'importance de sa réclamation, le plan serait nécessairement adopté par les créanciers si Callidus était autorisée à voter. Bluberi s'oppose à la demande de Callidus.

[22] Le juge surveillant instruit ensemble la demande de financement provisoire de Bluberi ainsi que la demande présentée par Callidus concernant son nouveau plan. Il est à souligner que le contrôleur appuie la position de Bluberi.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec (2018 QCCS 1040) (le juge Michaud)*

créanciers ne s'est pas engagé à voter d'une certaine façon, et a confirmé que chacun de ses membres évaluerait toutes les possibilités qui s'offraient à lui.

[23] Le juge surveillant rejette la demande de Callidus et refuse de soumettre le nouveau plan au vote des créanciers. Il accueille la demande de Bluberi, l'autorisant ainsi à conclure un accord de financement du litige avec Bentham aux conditions énoncées dans l'AFL et ordonne que les actifs de Bluberi soient grevés de la charge liée au financement du litige.

[24] En ce qui a trait à la demande de Callidus, le juge surveillant décide que cette dernière ne peut voter sur le nouveau plan parce qu'elle agit dans un « but illégitime » (par. 48). Il reconnaît que les créanciers ont habituellement le droit de voter dans leur propre intérêt. Or, étant donné que le premier plan — qui était presque identique au nouveau plan — a été rejeté par les créanciers, le juge surveillant conclut qu'en demandant à voter sur le nouveau plan, Callidus tentait de contourner le résultat du premier vote. Il écrit notamment :

[TRADUCTION] Tenant compte de leur intérêt, la Cour a accepté à l'automne 2017 que le plan de Callidus soit soumis au vote des créanciers, étant entendu que, en tant que créancière garantie, celle-ci ne voterait pas. Toutefois, si, dans les circonstances actuelles, Callidus était autorisée à voter sur son propre plan, elle le ferait dans un but illégitime d'autant plus qu'il est probable que son vote permettrait d'atteindre le seuil de deux tiers nécessaire pour que le nouveau plan soit approuvé en vertu de la LACC.

Comme l'a souligné SMT, la principale créancière non garantie, Callidus souhaite voter afin d'annuler le vote de SMT, qui a empêché que son plan soit approuvé lors de l'assemblée des créanciers.

C'est une chose de laisser les créanciers voter sur un plan présenté par un créancier garanti, c'en est une autre de laisser ce créancier garanti voter sur son propre plan et exercer ainsi un contrôle sur le vote à seule fin d'être libéré de toute responsabilité. [par. 45-47]

[25] Le juge surveillant conclut que, dans les circonstances, permettre à Callidus de voter serait à la fois [TRADUCTION] « injuste et déraisonnable » (par. 47). Il note aussi que, tout au long de la procédure introduite en vertu de la *LACC*, Callidus a « manqué de transparence » (par. 41) et qu'elle « n'est motivée que par le litige [en cours] » (par. 44). En somme, il conclut que la conduite de Callidus est contraire à « l'opportunité, [à] la bonne foi et [à] la diligence » requises, et il ordonne que Callidus ne puisse pas voter sur le nouveau plan (par. 48, citant *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 70).

[26] Puisque Callidus n'a pas été autorisée à voter sur le nouveau plan et que SMT a manifesté sans équivoque son intention de voter contre celui-ci, le juge surveillant conclut que le plan n'a aucune possibilité raisonnable de recevoir l'aval des créanciers. Il refuse donc de le soumettre au vote des créanciers.

[27] Pour ce qui est de la demande de Bluberi, le juge surveillant examine trois questions qui sont pertinentes pour les présents pourvois : (1) si l'AFL devait être soumis au vote des créanciers; (2) dans la négative, si l'AFL devait être approuvé par le tribunal; et (3) le cas échéant, s'il devait ordonner que la charge liée au financement du litige de 20 millions de dollars grève les actifs de Bluberi.

[28] Le juge surveillant décide qu'il n'est pas nécessaire de soumettre l'AFL au vote des créanciers parce qu'il ne s'agit pas d'un plan d'arrangement. Il considère qu'un tel plan suppose [TRADUCTION] « un arrangement ou une transaction entre un débiteur et ses créanciers » (par. 71, citant *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C.

102, par. 92 (« *Crystallex* »)). À son avis, l'AFL est dépourvu de cette caractéristique essentielle. Il conclut aussi qu'il n'est pas nécessaire que l'AFL soit assorti d'un plan étant donné que Bluberi a exprimé l'intention d'en déposer un plus tard.

[29] Après en avoir examiné les modalités, le juge surveillant conclut que l'AFL respecte le critère d'approbation applicable en matière de financement d'un litige par un tiers qui est établi dans les décisions *Bayens c. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150, par. 41, et *Hayes c. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125, par. 4 (CanLII). Plus particulièrement, il considère que le taux de retour de Bentham est raisonnable eu égard à son niveau d'investissement et de risque. Il rejette en outre l'argument avancé par Callidus et le groupe de créanciers, qui soutenaient que l'AFL donne trop de latitude à Bentham. Il conclut que l'AFL ne permet pas à Bentham d'exercer une influence indue sur le déroulement du litige lié aux réclamations réservées et souligne que des clauses générales semblables à celles qu'il contient ont déjà été approuvées dans le contexte de la LACC (par. 82, citant *Schenk c. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332, par. 23).

[30] Enfin, le juge surveillant ordonne que les actifs de Bluberi soient grevés de la charge liée au financement du litige. Il juge que, même s'il est élevé, le montant en question est raisonnable étant donné : le montant des dommages-intérêts qui sont réclamés à Callidus; l'engagement financier de Bentham dans le litige; et le fait que Bentham n'exige aucune provision pour frais ou intérêts (c.-à-d. qu'elle ne tirera profit

de l'accord que si le procès ou le règlement est couronné de succès). En termes simples, Bentham prend des risques importants et il est raisonnable qu'elle obtienne certaines garanties en échange.

[31] Callidus, de nouveau appuyée par le groupe de créanciers, interjette appel de l'ordonnance du juge surveillant et met en cause Bentham.

B. *Cour d'appel du Québec (2019 QCCA 171) (les juges Dutil et Schragger et le juge Dumas (ad hoc))*

[32] La Cour d'appel accueille l'appel et conclut que [TRADUCTION] « [l]'exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire [n'était] pas fondé en droit, non plus qu'il ne reposait sur un traitement approprié des faits, de sorte que, peu importe la norme de contrôle appliquée, il [était] justifié d'intervenir en appel » (par. 48 (CanLII)). En particulier, la cour relève deux erreurs qui sont pertinentes pour les présents pourvois.

[33] D'une part, la cour conclut que le juge surveillant a commis une erreur en concluant que Callidus a agi dans un but illégitime en demandant l'autorisation de voter sur son nouveau plan. À son avis, Callidus aurait dû être autorisée à voter. La cour s'appuie grandement sur l'idée que les créanciers ont le droit de voter en fonction de leur propre intérêt. Elle juge que l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui consiste à empêcher un créancier de voter dans un but illégitime devrait être [TRADUCTION] « réservé aux cas les plus évidents » (par. 62, renvoyant à *Re Blackburn*, 2011 BCSC

1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199, par. 45). Selon elle, en tentant de façon transparente d'être libérée des réclamations de Bluberi à son égard, Callidus ne pouvait être considérée comme ayant agi dans un but illégitime. La cour conclut également que la conduite de Callidus, avant et pendant la procédure introduite en vertu de la *LACC*, ne pouvait justifier la conclusion qu'il existe un but illégitime.

[34] D'autre part, la cour conclut que le juge surveillant a eu tort d'approuver l'AFL en tant qu'accord de financement provisoire parce qu'à son avis, il n'est pas lié aux opérations commerciales de Bluberi. Elle conclut que le juge surveillant a [TRADUCTION] « donné à la notion de financement provisoire une interprétation non fondée en droit et qu'il a mal appliqué cette notion aux circonstances factuelles de l'affaire » (par. 78).

[35] À la lumière de ce qu'elle percevait comme une erreur, la cour substitue son opinion selon laquelle l'AFL est un plan d'arrangement et que pour cette raison, il aurait dû être soumis au vote des créanciers. Elle conclut qu'[TRADUCTION] « un arrangement ou une proposition peut englober une transaction visant les réclamations des créanciers ainsi que le processus suivi pour y donner suite » (par. 85). La cour juge que l'AFL est un plan d'arrangement parce qu'il a une incidence sur la participation des créanciers à l'indemnité susceptible d'être accordée à la suite d'un litige, qu'il oblige ceux-ci à attendre l'issue de tout litige, et qu'il est possible que les créanciers se retrouvent les mains vides. De plus, la cour conclut que le projet de Bluberi « dans son

entièreté », soit la poursuite des réclamations réservées et l’AFL, doit être soumis à l’approbation des créanciers (par. 89).

[36] Bluberi et Bentham (collectivement, les « appelantes »), encore une fois appuyées par le contrôleur, se pourvoient maintenant devant notre Cour.

IV. Questions en litige

[37] Les pourvois soulèvent deux questions :

- (1) Le juge surveillant a-t-il commis une erreur en empêchant Callidus de voter sur son nouveau plan au motif qu’elle agissait dans un but illégitime?
- (2) Le juge surveillant a-t-il commis une erreur en approuvant l’AFL en tant que plan de financement provisoire, selon les termes de l’art. 11.2 de la *LACC*?

V. Analyse

A. *Considérations préliminaires*

[38] Pour répondre aux questions ci-dessus, nous devons les situer dans le contexte contemporain de l’insolvabilité au Canada, et plus précisément du régime de la *LACC*. Ainsi, avant de passer à ces questions, nous examinons (1) la nature évolutive

des procédures intentées sous le régime de la *LACC*; (2) le rôle que joue le juge surveillant dans ces procédures; et (3) la portée du contrôle, en appel, de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant.

(1) La nature évolutive des procédures intentées sous le régime de la *LACC*

[39] La *LACC* est l'une des trois principales lois canadiennes en matière d'insolvabilité. Les autres sont la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985 c. B-3 (« *LFI* »), qui traite de l'insolvabilité des personnes physiques et des sociétés, et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985 c. W-11 (« *LLR* »), qui traite de l'insolvabilité des institutions financières et de certaines autres personnes morales, telles que les compagnies d'assurance (*LLR*, par. 6(1)). Bien que la *LACC* et la *LFI* permettent toutes deux la restructuration de compagnies insolvable, l'accès à la *LACC* est limité aux sociétés débitrices qui sont aux prises avec des réclamations dont le montant total est supérieur à 5 millions de dollars (*LACC*, par. 3(1)).

[40] Ensemble, les lois canadiennes sur l'insolvabilité poursuivent un grand nombre d'objectifs réparateurs généraux qui témoignent de la vaste gamme des conséquences potentiellement « catastrophiques » qui peuvent découler de l'insolvabilité (*Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271, par. 1). Ces objectifs incluent les suivants : régler de façon rapide, efficace et impartiale l'insolvabilité d'un débiteur; préserver et maximiser la valeur des actifs d'un débiteur; assurer un traitement juste et équitable des réclamations déposées contre un débiteur; protéger l'intérêt public; et, dans le contexte d'une insolvabilité

commerciale, établir un équilibre entre les coûts et les bénéfices découlant de la restructuration ou de la liquidation d'une compagnie (J. P. Sarra, « The Oscillating Pendulum: Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », dans J. P. Sarra et B. Romaine, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2016* (2017), 9, p. 9-10; J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2^e éd. 2013), p. 4-5, 14; Sénat du Canada, Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (2003), p. 13-14; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2^e éd. 2015), p. 4-5).

[41] Parmi ces objectifs, la *LACC* priorise en général le fait d'« éviter des pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d'une compagnie insolvable » (*Century Services*, par. 70). C'est pourquoi les affaires types qui relèvent de cette loi ont historiquement facilité la restructuration de l'entreprise débitrice qui n'a pas encore déposé de proposition en la maintenant dans un état opérationnel, c'est-à-dire en permettant qu'elle poursuive ses activités. Lorsqu'une telle restructuration n'était pas possible, on considérait qu'il fallait alors procéder à la liquidation par voie de mise sous séquestre ou sous le régime de la *LFI*. C'est précisément le résultat qui était recherché dans l'affaire *Century Services* (voir par. 14).

[42] Cela dit, la *LACC* est fondamentalement une loi sur l'insolvabilité, et à ce titre, elle a aussi [TRADUCTION] « comme objectifs simultanés de maximiser le

recouvrement au profit des créanciers, de préserver la valeur d'exploitation dans la mesure du possible, de protéger les emplois et les collectivités touchées par les difficultés financières de l'entreprise [. . .] et d'améliorer le système de crédit de manière générale » (Sarrazin, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 14; voir aussi *Ernst & Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1, par. 103). Afin d'atteindre ces objectifs, les procédures intentées sous le régime de la *LACC* ont évolué de telle sorte qu'elles permettent des solutions qui évitent l'émergence, sous une forme restructurée, de la société débitrice qui existait avant le début des procédures, mais qui impliquent plutôt une certaine forme de liquidation des actifs du débiteur sous le régime même de la Loi (Sarrazin, « The Oscillating Pendulum: Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 19-21). Ces cas, qualifiés de [TRADUCTION] « procédures de liquidation sous le régime de la *LACC* », sont maintenant courants dans le contexte de la *LACC* (voir *Third Eye Capital Corporation c. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, par. 70).

[43] Les procédures de liquidation sous le régime de la *LACC* revêtent différentes formes et peuvent, entre autres, inclure la vente de la société débitrice à titre d'entreprise en activité; la vente « en bloc » des éléments d'actif susceptibles d'être exploités par un acquéreur; une liquidation partielle de l'entreprise ou une réduction de ses activités; ou encore une vente de ses actifs élément par élément (B. Kaplan, « Liquidating CCAAs : Discretion Gone Awry? » dans J. P. Sarrazin, dir., *Annual Review of Insolvency Law* (2008), 79, p. 87-89). Les résultats commerciaux ultimement

obtenus à l'issue des procédures de liquidation introduites sous le régime de la *LACC* sont eux aussi variés. Certaines procédures peuvent avoir pour résultat la continuité des activités de la débitrice sous la forme d'une autre entité viable (p. ex, les sociétés liquidées dans *Indalex* et *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (C.J. Ont.) (Div. gén.)), alors que d'autres peuvent simplement aboutir à la vente des actifs et de l'inventaire sans donner naissance à une nouvelle entité (p. ex, la procédure en cause dans *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323, par. 7 et 31). D'autres encore, comme dans le dossier qui nous occupe, peuvent donner lieu à la vente de la plupart des actifs de la débitrice en vue de la poursuite de son activité, laissant à la débitrice et aux parties intéressées le soin de s'occuper des actifs résiduels.

[44] Les tribunaux chargés de l'application de la *LACC* ont d'abord commencé à approuver ces formes de liquidation en exerçant le vaste pouvoir discrétionnaire que leur confère la Loi. L'émergence de cette pratique a fait l'objet de critiques, essentiellement parce qu'elle semblait incompatible avec l'objectif de « restructuration » de la *LACC* (voir, p. ex., *Uti Energy Corp. c. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, par. 15-16, conf. 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204, par. 40-43; A. Nocilla, « The History of the Companies' Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada » (2014), 56 *Rev. can. dr. comm.* 73, p. 88-92).

[45] Toutefois, depuis que l'art. 36 de la *LACC* est entré en vigueur en 2009, les tribunaux l'utilisent pour consentir à une liquidation sous le régime de la *LACC*. L'article 36 confère aux tribunaux le pouvoir d'autoriser la vente ou la disposition des actifs d'une compagnie débitrice hors du cours ordinaire de ses affaires³. Fait important, lorsque le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a recommandé l'adoption de l'art. 36, il a fait observer que la liquidation n'est pas nécessairement incompatible avec les objectifs réparateurs de la *LACC* et qu'il pourrait s'agir d'un moyen « soit pour obtenir des capitaux [et faciliter la restructuration], ou éviter des pertes plus graves aux créanciers, soit pour se concentrer sur ses activités rentables » (p. 163). D'autres auteurs ont observé que la liquidation peut [TRADUCTION] « être un moyen de restructurer une entreprise » en lui permettant de survivre, quoique sous une forme corporative différente ou sous la gouverne de propriétaires différents (Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 169; voir aussi K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4^e éd. 2019), p. 311). D'ailleurs, dans l'arrêt *Indalex*, la compagnie a vendu ses actifs sous le régime de la *LACC* afin de protéger les emplois de son personnel, même si elle ne pouvait demeurer leur employeur (voir par. 51).

³ Mentionnons que, bien que l'art. 36 codifie désormais le pouvoir du juge surveillant de rendre une ordonnance de vente et de dévolution, et qu'il énonce les facteurs devant orienter l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder une telle ordonnance, il est muet quant aux circonstances dans lesquelles les tribunaux doivent approuver une liquidation sous le régime de la *LACC* plutôt que d'exiger des parties qu'elles procèdent à la liquidation par voie de mise sous séquestre ou sous le régime de la *LFI* (voir Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 167-168; A. Nocilla, « Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36 » (2012) 52 *Rev. can. dr. comm.* 226, p. 243-244 et 247). Cette question demeure ouverte et n'a pas été soumise à la Cour dans *Indalex* non plus que dans les présents pourvois.

[46] En définitive, le poids relatif attribué aux différents objectifs de la *LACC* dans une affaire donnée peut varier en fonction des circonstances factuelles, de l'étape des procédures ou des solutions qui sont présentées à la cour pour approbation. En l'espèce, il est possible d'établir un parallèle avec le contexte de la *LFI*. Dans l'arrêt *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150, par. 67, notre Cour a expliqué que, de façon générale, la *LFI* vise deux objectifs : (1) la réhabilitation financière du failli, et (2) le partage équitable des actifs du failli entre les créanciers. Or, dans les cas où la société débitrice ne s'extirpera jamais de la faillite, seul le dernier objectif est pertinent (voir par. 67). Dans la même veine, sous le régime de la *LACC*, lorsque la restructuration d'une société débitrice qui n'a pas déposé de proposition est impossible, une liquidation visant à protéger sa valeur d'exploitation et à maintenir ses activités courantes peut devenir l'objectif réparateur principal. En outre, lorsque la restructuration ou la liquidation est terminée et que le tribunal doit décider du sort des actifs résiduels, l'objectif de maximiser le recouvrement des créanciers à partir de ces actifs peut passer au premier plan. Comme nous l'expliquerons, la structure de la *LACC* laisse au juge surveillant le soin de procéder à un examen et à une mise en balance au cas par cas de ces objectifs réparateurs.

(2) Le rôle du juge surveillant dans les procédures intentées sous le régime de la *LACC*

[47] Un des principaux moyens par lesquels la *LACC* atteint ses objectifs réside dans le rôle particulier de surveillance qu'elle réserve aux juges (voir Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 18-19). Chaque procédure fondée sur

la *LACC* est supervisée du début à la fin par un seul juge surveillant. En raison de ses rapports continus avec les parties, ce dernier acquiert une connaissance approfondie de la dynamique entre les intéressés et des réalités commerciales entourant la procédure.

[48] La *LACC* mise sur la position avantageuse qu'occupe le juge surveillant en lui accordant le vaste pouvoir discrétionnaire de rendre toute une gamme d'ordonnances susceptibles de répondre aux circonstances de chaque cas et de « [s'adapter] aux besoins commerciaux et sociaux contemporains » (*Century Services*, par. 58) en « temps réel » (par. 58, citant R. B. Jones, « The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, p. 484). Le point d'ancrage de ce pouvoir discrétionnaire est l'art. 11, qui confère au juge le pouvoir de « rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée ». Cette disposition a été décrite comme étant le « moteur » du régime législatif (*Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 10 (C.A. Ont.), par. 36).

[49] Quoique vaste, le pouvoir discrétionnaire conféré par la *LACC* n'est pas sans limites. Son exercice doit tendre à la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC*, que nous avons expliqués ci-dessus (voir *Century Services*, par. 59). En outre, la cour doit garder à l'esprit les trois « considérations de base » (par. 70) qu'il incombe au demandeur de démontrer : (1) que l'ordonnance demandée est indiquée, et (2) qu'il a agi de bonne foi et (3) avec la diligence voulue (par. 69).

[50] Les deux premières considérations, l'opportunité et la bonne foi, sont largement connues dans le contexte de la *LACC*. Le tribunal « évalue l'opportunité de

l'ordonnance demandée en déterminant si elle favorisera la réalisation des objectifs de politique générale qui sous-tendent la Loi » (par. 70). Par ailleurs, l'exigence bien établie selon laquelle les parties doivent agir de bonne foi dans les procédures d'insolvabilité est depuis peu mentionnée de façon expresse à l'art. 18.6 de la *LACC*, qui dispose :

Bonne foi

18.6 (1) Tout intéressé est tenu d'agir de bonne foi dans le cadre d'une procédure intentée au titre de la présente loi.

Bonne foi — pouvoirs du tribunal

(2) S'il est convaincu que l'intéressé n'agit pas de bonne foi, le tribunal peut, à la demande de tout intéressé, rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée.

(Voir aussi *LFI*, art. 4.2; *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2019*, L.C. 2019, c. 29, art. 133 et 140.)

[51] La troisième considération, celle de la diligence, requiert qu'on s'y attarde. Conformément au régime de la *LACC* en général, la considération de diligence décourage les parties de rester sur leurs positions et fait en sorte que les créanciers n'usent pas stratégiquement de ruse ou ne se placent pas eux-mêmes dans une position pour obtenir un avantage (*Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (C.J. Ont. (Div. gén.)), p. 31). La procédure prévue par la *LACC* se fonde sur les négociations et les transactions entre le débiteur et les intéressés, le tout étant supervisé par le juge surveillant et le contrôleur. Il faut donc nécessairement que, dans la mesure du possible, ceux qui participent au processus soient sur un pied d'égalité et aient une compréhension claire de leurs droits respectifs (voir *McElcheran*, p. 262). La partie qui,

dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*, n'agit pas avec diligence et en temps utile risque de compromettre le processus et, de façon plus générale, de nuire à l'efficacité du régime de la Loi (voir, p. ex., *North American Tungsten Corp. c. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6 par. 21-23; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada c. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276 par. 11; *Caterpillar Financial Services Ltd. c. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701, par. 51-52, où les tribunaux se sont penchés sur le manque de diligence d'une partie).

[52] Nous soulignons que les juges surveillants s'acquittent de leur rôle de supervision avec l'aide d'un contrôleur qui est nommé par le tribunal et dont les compétences et les attributions sont énoncées dans la *LACC* (voir art. 11.7, 11.8 et 23-25). Le contrôleur est un expert indépendant et impartial qui agit comme [TRADUCTION] « les yeux et les oreilles du tribunal » tout au long de la procédure (*Essar*, par. 109). Il a essentiellement pour rôle de donner au tribunal des avis consultatifs sur le caractère équitable de tout plan d'arrangement proposé et sur les ordonnances demandées par les parties, y compris celles portant sur la vente d'actifs et le financement provisoire (voir *LACC*, al. 23(1)d) et i); Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 566 et 569).

- (3) Le contrôle en appel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant

[53] Les décisions discrétionnaires des juges chargés de la supervision des procédures intentées sous le régime de la *LACC* commandent un degré élevé de déférence. Ainsi, les cours d'appel ne seront justifiées d'intervenir que si le juge surveillant a commis une erreur de principe ou exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable (voir *Grant Forest Products Inc. c. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426, par. 98; *Bridging Finance Inc. c. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175, par. 23). Elles doivent prendre garde de ne pas substituer leur propre pouvoir discrétionnaire à celui du juge surveillant (*New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338, par. 20).

[54] Cette norme déférente de contrôle tient compte du fait que le juge surveillant possède une connaissance intime des procédures intentées sous le régime de la *LACC* dont il assure la supervision. À cet égard, les observations formulées par le juge Tysoe dans *Canadian Metropolitan Properties Corp. c. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 305 D.L.R. (4th) 339 (« *Re Edgewater Casino Inc.* »), par. 20, sont pertinentes :

[TRADUCTION] [U]ne des fonctions principales du juge chargé de la supervision de la procédure fondée sur la *LACC* est d'essayer d'établir un équilibre entre les intérêts des différents intéressés durant le processus de restructuration, et il sera bien souvent inopportun d'examiner une des décisions qu'il aura rendues à cet égard isolément des autres. [. . .] Les procédures intentées sous le régime de la *LACC* sont de nature dynamique et le juge surveillant a une connaissance intime du processus de restructuration. La nature du processus l'oblige souvent à prendre des décisions rapides dans des situations complexes.

[55] En gardant ce qui précède à l'esprit, nous passons maintenant aux questions soulevées par le présent pourvoi.

B. *Callidus ne devrait pas être autorisée à voter sur son nouveau plan*

[56] En général, un créancier peut voter sur un plan d'arrangement ou une transaction qui a une incidence sur ses droits, sous réserve des dispositions de la *LACC* qui peuvent limiter son droit de voter (p. ex., par. 22(3)), ou de l'exercice justifié par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire de limiter ou de supprimer ce droit. Nous concluons qu'une telle limite découle de l'art. 11 de la *LACC*, qui confère au juge surveillant le pouvoir discrétionnaire d'empêcher le créancier de voter lorsqu'il agit dans un but illégitime. Le juge surveillant est mieux placé que quiconque pour déterminer s'il doit exercer ce pouvoir dans un cas donné. À notre avis, le juge surveillant n'a, en l'espèce, commis aucune erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour empêcher *Callidus* de voter sur le nouveau plan.

(1) Les paramètres du droit d'un créancier de voter sur un plan d'arrangement

[57] L'approbation par les créanciers d'un plan d'arrangement ou d'une transaction est l'une des principales caractéristiques de la *LACC*, tout comme la supervision du processus assurée par le juge surveillant. Lorsqu'un plan est proposé, le juge surveillant peut, sur demande, ordonner que soit convoquée une assemblée des créanciers pour que ceux-ci puissent voter sur le plan proposé (*LACC*, art. 4 et 5). Le juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire de décider ou non d'ordonner qu'une

assemblée soit convoquée. Pour les besoins du vote à l'assemblée des créanciers, la compagnie débitrice peut établir des catégories de créanciers, sous réserve de l'approbation du tribunal (*LACC*, par. 22(1)). Peuvent faire partie de la même catégorie les créanciers « ayant des droits ou intérêts à ce point semblables [. . .] qu'on peut en conclure qu'ils ont un intérêt commun » (*LACC*, par. 22(2); voir aussi L. W. Houlden, G. B. Morawetz, et J. P. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 4, N§149). Si la « double majorité » requise dans chaque catégorie de créanciers — rappelons qu'il s'agit de la majorité en *nombre* d'une catégorie, qui représente aussi les deux-tiers en *valeur* des réclamations de cette catégorie — vote en faveur du plan, le juge surveillant peut homologuer celui-ci (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135, par. 34; voir la *LACC*, art. 6). Le juge surveillant tiendra ce qu'on appelle communément une « audience d'équité » pour décider, entre autres choses, si le plan est juste et raisonnable (Wood, p. 490-492; Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 529; Houlden, Morawetz et Sarra, N§45). Une fois homologué par le juge surveillant, le plan lie chaque catégorie de créanciers qui a participé au vote (*LACC*, par. 6(1)).

[58] Les créanciers qui ont une réclamation prouvable contre le débiteur et dont les intérêts sont touchés par un plan d'arrangement proposé ont habituellement le droit de voter sur un tel plan (Wood, p. 470). En fait, aucune disposition expresse de la *LACC* n'interdit à un créancier de voter sur un plan d'arrangement, y compris sur un plan dont il fait la promotion.

[59] Nonobstant ce qui précède, les appelantes soutiennent qu'une interprétation téléologique du par. 22(3) de la *LACC* révèle que, de façon générale, un créancier ne devrait pas pouvoir voter sur son propre plan. Le par. 22(3) prévoit :

Créancier lié

(3) Le créancier lié à la compagnie peut voter contre, mais non pour, l'acceptation de la transaction ou de l'arrangement.

Les appelantes font remarquer que le par. 22(3) devait permettre d'harmoniser le régime de la *LACC* avec le par. 54(3) de la *LFI*, qui dispose que « [u]n créancier qui est lié au débiteur peut voter contre, mais non pour, l'acceptation de la proposition ». Elles soulignent que, en vertu du par. 50(1) de la *LFI*, seuls les débiteurs peuvent faire la promotion d'un plan; ainsi, le « débiteur » auquel renvoie le par. 54(3) s'entend de *tous* les promoteurs de plan. Elles soutiennent que, si le par. 54(3) vise tous les promoteurs de plan, le par. 22(3) de la *LACC* doit également les viser. Pour cette raison, les appelantes nous demandent d'étendre la restriction au droit de voter imposée par le par. 22(3) de manière à ce qu'elle s'applique non seulement aux créanciers « lié[s] à la compagnie », comme le prévoit la disposition, mais aussi à tous les créanciers qui font la promotion d'un plan. Elles soutiennent que cette interprétation donne effet à l'intention sous-jacente aux deux dispositions, intention qui, de dire les appelantes, est de faire en sorte qu'un créancier qui est en conflit d'intérêts ne puisse pas « diluer » ou supplanter le vote des autres créanciers.

[60] Nous n’acceptons pas cette interprétation forcée du par. 22(3). Il n’est nullement question dans cette disposition de conflit d’intérêts entre les créanciers et les promoteurs d’un plan en général. Les restrictions au droit de voter imposées par le par. 22(3) ne s’appliquent qu’aux créanciers qui sont « lié[s] à la compagnie [débitrice] ». Ce libellé est « précis et non équivoque », et il doit ainsi « joue[r] un rôle primordial dans le processus d’interprétation » (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 10). À notre avis, l’analogie que les appelantes font avec la *LFI* ne suffit pas à écarter le libellé clair de cette disposition.

[61] Bien que les appelantes aient raison de dire que l’adoption du par. 22(3) visait à harmoniser le traitement réservé aux parties liées par la *LACC* et la *LFI*, son historique montre qu’il ne s’agit pas d’une disposition générale relative aux conflits d’intérêts. Avant qu’elle soit modifiée et qu’on y incorpore le par. 22(3), la *LACC* permettait clairement aux créanciers de présenter un plan d’arrangement (voir Houlden, Morawetz et Sarra, N§33, *Red Cross; Re 1078385 Ontario Inc.* (2004), 206 O.A.C. 17). À l’opposé, en vertu de la *LFI*, seuls les débiteurs pouvaient déposer une proposition. Il faut présumer que le législateur était au fait de cette différence évidente entre les deux lois (voir *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 59; voir aussi *Third Eye*, par. 57). Le législateur a malgré tout importé dans la *LACC*, avec les adaptations nécessaires, le texte de la disposition de la *LFI* portant sur les créanciers liés. Aller au-delà de ce libellé suppose d’accepter que le législateur n’a pas choisi les bons mots pour donner effet à son intention, ce que nous ne ferons pas.

[62] En fait, le législateur n'a pas reproduit de façon irréfléchie, au par. 22(3) de la *LACC*, le texte du par. 54(3) de la *LFI*. Au contraire, il a apporté deux modifications au libellé du par. 54(3) pour l'adapter à celui employé dans la *LACC*. Premièrement, il a remplacé le terme « proposition » (défini dans la *LFI*) par les mots « transaction ou arrangement » (employés tout au long dans la *LACC*). Deuxièmement, il a remplacé « débiteur » par « compagnie », reconnaissant ainsi que les compagnies sont les seuls débiteurs qui existent dans le contexte de la *LACC*.

[63] Notre opinion est en outre appuyée par Industrie Canada, selon qui l'adoption du par. 22(3) se justifie par la volonté de « réduire la capacité des compagnies débitrices d'établir un plan de restructuration apportant des avantages supplémentaires à des personnes qui leur sont liées » (Bureau du surintendant des faillites Canada, *Projet de loi C-12 : Analyse article par article*, produite par Industrie Canada, mise à jour la dernière fois le 24 mars 2015 (en ligne), cl. 71, art. 22 (nous soulignons); voir aussi Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, p. 166).

[64] Enfin, nous soulignons que la *LACC* prévoit d'autres mécanismes qui réduisent le risque qu'un créancier en situation de conflit d'intérêts par rapport au plan qu'il propose puisse biaiser le vote des créanciers. Bien que nous rejetions l'interprétation donnée par les appelantes au par. 22(3), ce paragraphe interdit tout de même aux créanciers liés à la compagnie débitrice de voter en faveur de *tout* plan. De plus, les créanciers qui n'ont pas suffisamment d'intérêts en commun pourraient être

contraints de voter dans des catégories distinctes (par. 22(1) et (2)); et, comme nous l'expliquerons, le juge surveillant peut empêcher un créancier de voter si ce dernier agit dans un but illégitime.

(2) Le pouvoir discrétionnaire d'interdire à un créancier de voter dans un but illégitime

[65] Il est acquis aux débats que la *LACC* ne contient aucune disposition énonçant les circonstances dans lesquelles un créancier, autrement admissible à voter sur un plan, peut être empêché de le faire. Toutefois, les juges chargés d'appliquer la *LACC* sont souvent appelés à « sanctionner des mesures non expressément prévues par la *LACC* » (*Century Services*, par. 61; voir aussi par. 62). Dans l'arrêt *Century Services*, notre Cour a souscrit à l'approche « hiérarchisée » qui vise à déterminer si le tribunal a compétence pour sanctionner une mesure proposée : « les tribunaux procéderaient d'abord à une interprétation des dispositions de la *LACC* avant d'invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour justifier des mesures prises dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LAC* » (par. 65). Dans la plupart des cas, une interprétation téléologique et large des dispositions de la *LACC* suffira à « justifier les mesures nécessaires à la réalisation de ses objectifs » (par. 65).

[66] Après avoir appliqué cette approche, nous concluons que l'art. 11 de la *LACC* confère au tribunal le pouvoir d'interdire à un créancier de voter sur un plan d'arrangement ou une transaction s'il agit dans un but illégitime.

[67] Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que le libellé de l'art. 11 de la *LACC* indique que le législateur a sanctionné « l'interprétation large du pouvoir conféré par la *LACC* qui a été élaborée par la jurisprudence » (*Century Services*, par. 68). L'article 11 est ainsi libellé :

Pouvoir général du tribunal

11 Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie débitrice, rendre, sur demande d'un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu'il estime indiquée.

Selon le libellé clair de la disposition, le pouvoir conféré par l'art. 11 n'est limité que par les restrictions imposées par la *LACC* elle-même, ainsi que par l'exigence que l'ordonnance soit « indiquée » dans les circonstances.

[68] Lorsqu'une partie sollicite une ordonnance relativement à une question qui entre dans le champ de compétence du juge surveillant, mais pour laquelle aucune disposition de la *LACC* ne confère plus précisément compétence, l'art. 11 est nécessairement la disposition à laquelle on peut recourir d'emblée pour fonder la compétence du tribunal. Comme l'a dit le juge Blair dans l'arrêt *Stelco*, l'art. 11 [TRADUCTION] « fait en sorte que la plupart du temps, il est inutile de recourir à la compétence inhérente » dans le contexte de la *LACC* (par. 36).

[69] La supervision des négociations entourant le plan, tout comme le vote et le processus d'approbation, relève nettement de la compétence du juge surveillant. Comme nous l'avons dit, aucune disposition de la *LACC* ne vise le cas où un créancier par ailleurs admissible à voter sur un plan peut néanmoins être empêché de le faire. Il n'existe non plus aucune disposition de la *LACC* selon laquelle le droit que possède un créancier de voter sur un plan est absolu et que ce droit ne peut pas être écarté par l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Toutefois, étant donné le régime de la *LACC*, dont l'un des aspects essentiels tient à la participation du créancier au processus décisionnel, les créanciers ne devraient être empêchés de voter que si les circonstances l'exigent. Autrement dit, il faut nécessairement procéder à un examen discrétionnaire axé sur les circonstances propres à chaque situation.

[70] L'article 11 constitue donc manifestement la source de la compétence du juge surveillant pour rendre une ordonnance discrétionnaire empêchant un créancier de voter sur un plan d'arrangement. L'exercice du pouvoir discrétionnaire doit favoriser la réalisation des objets réparateurs de la *LACC* et être fondé sur les considérations de base que sont l'opportunité, la bonne foi et la diligence. Cela signifie que, lorsqu'un créancier cherche à exercer ses droits de vote de manière à contrecarrer, à miner ces objectifs ou à aller à l'encontre de ceux-ci — c'est-à-dire à agir dans un « but illégitime » — le juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire d'empêcher le créancier de voter.

[71] Le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter dans un but illégitime au sens de la *LACC* s'apparente au pouvoir discrétionnaire semblable qui existe en vertu de la *LFI*, lequel a été reconnu dans l'arrêt *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296. Dans *Laserworks*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter de cette façon découlait du pouvoir du tribunal, inhérent au régime établi par la *LFI*, de superviser [TRADUCTION] « chaque étape du processus de faillite » (par. 41), comme l'indiquent les par. 43(7), 108(3) et 187(9) de la Loi. La cour a expliqué que le par. 187(9) confère expressément le pouvoir de remédier à une « injustice grave », laquelle se produit « lorsque la *LFI* est utilisée dans un but illégitime » (par. 54). La cour a statué que « [l]e but illégitime est un but qui est accessoire à l'objet pour lequel la loi en matière de faillite et d'insolvabilité a été adoptée par le législateur » (par. 54).

[72] Bien qu'elle ne soit pas déterminante, l'existence de ce pouvoir discrétionnaire en vertu de la *LFI* étaye l'existence d'un pouvoir discrétionnaire semblable en vertu de la *LACC* pour deux raisons.

[73] D'abord, cette conclusion serait compatible avec le fait que la Cour a reconnu que la *LACC* « établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire » que sous le régime de la *LFI* (*Century Services*, par. 14 (nous soulignons)).

[74] Ensuite, la Cour a reconnu les bienfaits de l’harmonisation, dans la mesure du possible, des deux lois. À titre d’exemple, dans l’arrêt *Indalex*, la Cour a souligné que « pour éviter de précipiter une liquidation sous le régime de la *LFI*, les tribunaux privilégieront une interprétation de la *LACC* qui confère [. . .] aux créanciers [des droits analogues] » à ceux dont ils jouissent en vertu de la *LFI* (par. 51; voir également *Century Services*, par. 24; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283, par. 34-46). Ainsi, lorsque les lois permettent une interprétation harmonieuse, il y a lieu de retenir cette interprétation [TRADUCTION] « afin d’écarter les embûches pouvant découler du choix des créanciers de “recourir à la loi la plus favorable” [en matière d’insolvabilité] » (*Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274, par. 78; voir aussi par. 73). À notre avis, la manière dont a été formulé le « but illégitime » dans l’arrêt *Laserworks* — c’est-à-dire un but accessoire à l’objet de la loi en matière d’insolvabilité — s’harmonise parfaitement avec la nature et la portée du pouvoir discrétionnaire judiciaire que confère la *LACC*. En effet, comme nous l’avons expliqué, ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément aux objets de la *LACC* en tant que loi en matière d’insolvabilité.

[75] Nous soulignons également que la reconnaissance de l’existence de ce pouvoir discrétionnaire sous le régime de la *LACC* favorise l’équité fondamentale qui [TRADUCTION] « imprègne le droit et la pratique en matière d’insolvabilité au Canada » (Sarra, « The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 27; voir également *Century Services*, par. 70 et 77). Comme le fait observer la professeure Sarra, l’équité commande que les juges

surveillants soient en mesure de reconnaître les situations où les parties empêchent la réalisation des objectifs de la loi et de prendre des mesures utiles à leur égard :

[TRADUCTION] Le régime d'insolvabilité canadien repose sur la présomption que les créanciers et le débiteur ont pour objectif commun de maximiser les recouvrements. L'aspect substantiel de la justice dans le régime d'insolvabilité repose sur la présomption que toutes les parties concernées sont exposées à de réels risques économiques. L'injustice réside dans les situations où seules certaines personnes sont exposées aux risques, tandis que d'autres tirent en fait avantage de la situation. [. . .] Si l'on veut que la *LACC* reçoive une interprétation téléologique, les tribunaux doivent être en mesure de reconnaître les situations où les gens ont des intérêts opposés et s'emploient activement à contrecarrer les objectifs de la loi.

(« The Oscillating Pendulum: Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 30 (nous soulignons))

Dans le même ordre d'idées, la surveillance du régime de droit de vote prévu par la *LACC* qu'exerce le juge surveillant ne doit pas seulement assurer une application stricte de la Loi, mais doit aussi favoriser la réalisation de ses objectifs. Nous estimons que la réalisation des objectifs de politique de la *LACC* nécessite la reconnaissance du pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter s'il agit dans un but illégitime.

[76] La question de savoir s'il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée appelle une analyse fondée sur les circonstances propres à chaque situation qui doit mettre en balance les divers objectifs de la *LACC*. Comme le démontre le présent dossier, le juge surveillant est le mieux placé pour procéder à cette analyse.

(3) Le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en interdisant à Callidus de voter

[77] À notre avis, la décision du juge surveillant d'empêcher Callidus de voter sur le nouveau plan ne révèle aucune erreur justifiant l'intervention d'une cour d'appel. Comme nous l'avons expliqué, il faut adopter l'attitude de déférence appropriée à l'égard des décisions discrétionnaires de ce genre. Il convient de mentionner que, lorsqu'il a rendu sa décision, le juge surveillant connaissait très bien les procédures fondées sur la *LACC* relatives à Bluberi. Il les avait présidées pendant plus de 2 ans, avait reçu 15 rapports du contrôleur et avait délivré environ 25 ordonnances.

[78] Le juge surveillant a tenu compte de l'ensemble des circonstances et a conclu que le vote de Callidus viserait un but illégitime (par. 45 et 48). Nous sommes d'accord avec cette conclusion. Il savait qu'avant le vote sur le premier plan, Callidus avait choisi de n'évaluer *aucune partie* de sa réclamation à titre de créancier non garanti et s'était par la suite abstenue de voter — bien que le contrôleur l'ait expressément invité à le faire⁴. Le juge surveillant savait aussi que le premier plan de Callidus n'avait pas reçu l'aval des autres créanciers à l'assemblée des créanciers tenue le 15 décembre 2017, et que Callidus avait choisi de ne pas profiter de l'occasion pour modifier ou augmenter la valeur de son plan à ce moment-là, ce qu'elle était en droit de faire (voir *LACC*, art. 6 et 7; contrôleur, m.i., par. 17). Entre l'insuccès du premier plan et la proposition du nouveau plan — qui était identique au premier plan, hormis la modeste

⁴ Il convient de souligner que la déclaration du contrôleur à cet égard ne permettait pas de décider si Callidus aurait finalement eu le droit de voter sur le premier plan. Comme Callidus n'a même pas essayé de voter sur le premier plan, cette question n'a jamais été soumise au juge surveillant.

augmentation de 250 000 \$ — les circonstances factuelles se rapportant aux affaires financières ou commerciales de Bluberi n'avaient pas réellement changé. Pourtant, Callidus a tenté d'évaluer la *totalité* de sa sûreté à *zéro* et, sur cette base, a demandé l'autorisation de voter sur le nouveau plan à titre de créancier non garanti. Si Callidus avait été autorisée à voter de cette façon, le nouveau plan aurait certainement satisfait au critère d'approbation prévu par le par. 6(1). Dans ces circonstances, la seule conclusion possible était que Callidus tentait d'évaluer stratégiquement la valeur de sa sûreté afin de prendre le contrôle du vote et ainsi contourner la démocratie entre les créanciers que défend la LACC. En termes simples, Callidus cherchait à [TRADUCTION] « se donner une seconde chance » et à manipuler le vote sur le nouveau plan. Le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour empêcher Callidus de le faire.

[79] En effet, comme le fait observer le contrôleur, [TRADUCTION] « [u]ne fois que le plan d'arrangement ou la proposition ont été présentés aux créanciers du débiteur aux fins d'un vote, le fait d'ordonner la tenue d'une seconde assemblée des créanciers pour voter sur un plan à peu près semblable ne favoriserait pas la réalisation des objectifs de politique de la LACC, pas plus qu'il ne servirait ou n'accroîtrait la confiance du public dans le processus ou ne servirait par ailleurs les fins de la justice » (m.i., par. 18). C'est particulièrement le cas en l'espèce étant donné que la tenue d'une autre assemblée pour voter sur le nouveau plan aurait coûté plus de 200 000 \$ (voir les motifs du juge surveillant, par. 72).

[80] Ajoutons que la façon d’agir de Callidus était manifestement contraire à l’attente selon laquelle les parties agissent avec diligence dans les procédures d’insolvabilité — ce qui, à notre avis, comprend le fait de faire preuve de diligence raisonnable dans l’évaluation de leurs réclamations et sûretés. Pendant toute la période pertinente, les réclamations retenues de Bluberi ont constitué les seuls éléments d’actif garantissant la réclamation de Callidus. Cette dernière n’a rien relevé dans le dossier qui indique que la valeur des réclamations retenues a changé. Si Callidus estimait que les réclamations retenues n’avait aucune valeur, on se serait attendu à ce qu’elle ait évalué sa sûreté en conséquence avant le vote sur le premier plan, voire même plus tôt. Nous ouvrons une parenthèse pour souligner que, peu importe le moment, la tentative d’évaluer ainsi la sûreté aurait pu fort bien échouer. Cela aurait empêché Callidus de voter à titre de créancier non garanti même si elle ne poursuivait pas de but illégitime.

[81] Comme nous l’avons indiqué, les décisions discrétionnaires appellent une norme de contrôle empreinte d’une grande déférence. La déférence commande que l’examen d’une décision discrétionnaire commence par la qualification appropriée du fondement de la décision. Soit dit en tout respect, la Cour d’appel a échoué à cet égard. La Cour d’appel s’est saisie des commentaires quelque peu critiques formulés par le juge surveillant à l’égard de l’objectif de Callidus d’être libérée des réclamations retenues et de la conduite de celle-ci tout au long des procédures pour affirmer qu’il ne s’agissait pas de considérations pouvant donner lieu à une conclusion de but illégitime. Toutefois, comme nous l’avons expliqué, ce ne sont pas ces considérations qui ont amené le juge surveillant à tirer sa conclusion. Sa conclusion reposait nettement sur la

tentative de Callidus de manipuler le vote des créanciers pour faire en sorte que son nouveau plan soit retenu alors que son premier plan ne l'avait pas été (voir les motifs du juge surveillant, par. 45-48). Nous ne voyons rien dans les motifs de la Cour d'appel qui s'attaque à cette irrégularité déterminante, qui va beaucoup plus loin que le simple fait pour un créancier d'agir dans son propre intérêt.

[82] En résumé, nous ne voyons rien dans les motifs du juge surveillant sur ce point qui justifie l'intervention d'une cour d'appel. Callidus a été à juste titre empêchée de voter sur le nouveau plan.

[83] Avant de passer au prochain point, soulignons que la Cour d'appel a abordé deux questions supplémentaires : Callidus est-elle « liée » à Bluberi au sens du par. 22(3) de la *LACC*? Si Callidus est autorisée à voter, convient-il de lui ordonner de voter dans une catégorie distincte des autres créanciers de Bluberi (voir la *LACC*, par. 22(1) et (2))? Vu notre conclusion que le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en interdisant à Callidus de voter sur le nouveau plan au motif qu'elle avait agi dans un but illégitime, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur l'une ou l'autre de ces questions. Cependant, rien dans les présents motifs ne doit être interprété comme souscrivant à l'analyse que la Cour d'appel a faite de ces questions.

C. *L'AFL de Bluberi devrait être approuvé à titre de financement temporaire*

[84] À notre avis, le juge surveillant n'a commis aucune erreur en approuvant l'AFL à titre de financement temporaire en vertu de l'art. 11.2 de la *LACC*. Le

financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes. Comme nous l'expliquerons, le financement d'un litige par un tiers peut constituer l'une de ces formes. La question de savoir s'il y a lieu d'approuver le financement d'un litige par un tiers à titre de financement temporaire commande une analyse fondée sur les faits de l'espèce qui doit tenir compte du libellé de l'art. 11.2 et des objectifs réparateurs de la *LACC* de façon plus générale.

(1) Le financement temporaire et l'article 11.2 de la *LACC*

[85] Bien qu'il soit expressément prévu par l'art. 11.2 de la *LACC*, le financement temporaire n'est pas défini dans la Loi. La professeure Sarra l'a décrit comme [TRADUCTION] « vis[ant] principalement le fonds de roulement dont a besoin la société débitrice pour continuer de fonctionner pendant la restructuration ainsi que les fonds nécessaires pour payer les frais liés au processus de sauvetage » (*Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 197). Utilisé de cette façon, le financement temporaire — parfois appelé financement de [TRADUCTION] « débiteur-exploitant » — protège la valeur d'exploitation de la compagnie débitrice pendant qu'elle met au point une solution viable à ses problèmes d'insolvabilité (p. 197; *Royal Oak Mines Inc.*, *Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 7, 9 et 24; *Boutiques San Francisco Inc. c. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955 (C.S. Qué.), par. 32). Cela dit, le financement temporaire ne se limite pas à fournir un fonds de roulement immédiat aux compagnies débitrices. Conformément aux objectifs réparateurs de la

LACC, le financement temporaire permet essentiellement de préserver et de réaliser la valeur des éléments d'actif du débiteur.

[86] Depuis 2009, le par. 11.2(1) de la *LACC* a codifié le pouvoir discrétionnaire du juge surveillant d'approuver le financement temporaire et d'accorder une charge ou une sûreté correspondante, d'un montant qu'il estime indiqué, en faveur du prêteur :

Financement temporaire

11.2 (1) Sur demande de la compagnie débitrice, le tribunal peut par ordonnance, sur préavis de la demande aux créanciers garantis qui seront vraisemblablement touchés par la charge ou sûreté, déclarer que tout ou partie des biens de la compagnie sont grevés d'une charge ou sûreté — d'un montant qu'il estime indiqué — en faveur de la personne nommée dans l'ordonnance qui accepte de prêter à la compagnie la somme qu'il approuve compte tenu de l'état de l'évolution de l'encaisse et des besoins de celle-ci. La charge ou sûreté ne peut garantir qu'une obligation postérieure au prononcé de l'ordonnance.

[87] L'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant d'approuver le financement temporaire ressort du libellé du par. 11.2(1). Abstraction faite des protections concernant le préavis et les sûretés constituées avant le dépôt des procédures, le par. 11.2(1) ne prescrit aucune forme ou condition type⁵. Il prévoit

⁵ Une autre exception a été codifiée dans les modifications apportées en 2019 à la *LACC* qui créent le par. 11.2(5) (voir *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2019*, c. 29, art. 138). Cet article prévoit que, lorsqu'une ordonnance relative à la demande initiale a été demandée, « le tribunal ne rend l'ordonnance visée au paragraphe [11.2](1) que s'il est également convaincu que les modalités du financement temporaire demandé sont limitées à ce qui est normalement nécessaire à la continuation de l'exploitation de la compagnie débitrice dans le cours ordinaire de ses affaires durant cette période ». Cette disposition ne s'applique pas en l'espèce, et les parties ne l'ont pas invoquée. Toutefois, il se peut qu'elle ait pour effet d'empêcher les juges surveillants d'approuver des AFL à titre de financement temporaire au moment où l'ordonnance relative à la demande initiale est rendue.

simplement que le financement doit être d'un montant qui est « indiqué » et qui tient compte de « l'état de l'évolution de l'encaisse et des besoins de [la compagnie] ».

[88] Le juge surveillant peut également accorder au prêteur une « charge super prioritaire » qui aura priorité sur toute réclamation des créanciers garantis, en vertu du par. 11.2(2) :

Priorité — créanciers garantis

(2) Le tribunal peut préciser, dans l'ordonnance, que la charge ou sûreté a priorité sur toute réclamation des créanciers garantis de la compagnie.

[89] Ces charges, également appelées « superprivilèges », réduisent les risques des prêteurs, les incitant ainsi à aider les compagnies insolvables (Innovation, Sciences et Développement économique Canada, *Archivé — Projet de loi C-55 : analyse article par article*, dernière mise à jour le 29 décembre 2016 (en ligne), cl. 128, art. 11.2; Wood, p. 387). Sur le plan pratique, ces charges constituent souvent le seul moyen d'encourager ce type de prêt. Généralement, le prêteur se protège contre le risque de crédit en prenant une sûreté sur les éléments d'actifs de l'emprunteur. Or, les compagnies débitrices qui sont sous la protection de la *LACC* ont souvent donné en gage la totalité ou la presque totalité de leurs actifs à d'autres créanciers. En l'absence d'une charge super prioritaire, le prêteur qui accepte d'apporter un financement temporaire prendrait rang derrière les autres créanciers (McElcheran, p. 298-299). Bien que la charge super prioritaire subordonne les sûretés des créanciers garantis à celle du prêteur qui apporte un financement temporaire — un résultat qui a suscité la

controverse en common law — le législateur a signifié son acceptation générale des transactions allant de pair avec ces charges en adoptant le par. 11.2(2) (voir M. B. Rotsztain et A. Dostal, « Debtor-In-Possession Financing », dans S. Ben-Ishai et A. Duggan, dir., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond* (2007), 227, p. 228-229 et 240-250). En effet, cet équilibre a été expressément pris en considération par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, qui a recommandé la codification du financement temporaire dans la *LACC* (p. 111-115).

[90] Au bout du compte, la question de savoir s'il y a lieu d'approuver le financement temporaire projeté est une question à laquelle le juge surveillant est le mieux placé pour répondre. La *LACC* énonce un certain nombre de facteurs qui encadrent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. L'inclusion de ces facteurs dans le par. 11.2 reposait sur le point de vue du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce selon lequel ils permettraient de respecter les « principes fondamentaux » ayant guidé la conception des lois en matière d'insolvabilité au Canada, notamment « l'équité, la prévisibilité et l'efficience » (p. 115; voir également Innovation, Sciences et Développement économique Canada, cl. 128, art. 11.2). Pour décider s'il y a lieu d'accorder le financement temporaire, le juge surveillant doit prendre en considération les facteurs non exhaustifs suivants :

Facteurs à prendre en considération

(4) Pour décider s'il rend l'ordonnance, le tribunal prend en considération, entre autres, les facteurs suivants :

- a) la durée prévue des procédures intentées à l'égard de la compagnie sous le régime de la présente loi;
- b) la façon dont les affaires financières et autres de la compagnie seront gérées au cours de ces procédures;
- c) la question de savoir si ses dirigeants ont la confiance de ses créanciers les plus importants;
- d) la question de savoir si le prêt favorisera la conclusion d'une transaction ou d'un arrangement viable à l'égard de la compagnie;
- e) la nature et la valeur des biens de la compagnie;
- f) la question de savoir si la charge ou sûreté causera un préjudice sérieux à l'un ou l'autre des créanciers de la compagnie;
- g) le rapport du contrôleur visé à l'alinéa 23(1)b).

(LACC, par. 11.2(4))

[91] Avant l'entrée en vigueur en 2009 des dispositions susmentionnées, les tribunaux utilisaient le pouvoir discrétionnaire général que confère l'art. 11 pour autoriser le financement temporaire et la constitution des charges super prioritaires s'y rattachant (*Century Services*, par. 62). L'article 11.2 codifie en grande partie les approches adoptées par ces tribunaux (Wood, p. 388; McElcheran, p. 301). En conséquence, il est possible, le cas échéant, de s'inspirer de la jurisprudence relative au financement temporaire antérieure à la codification.

[92] Comme c'est le cas pour les autres mesures susceptibles d'être prises sous le régime de la LACC, le financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes ou faire intervenir différentes considérations dans chaque cas. Comme nous l'expliquerons plus loin, le financement d'un litige par un tiers peut, dans les cas qui s'y prêtent, constituer l'une de ces formes.

(2) Les juges surveillants peuvent approuver le financement d'un litige par un tiers à titre de financement temporaire

[93] Le financement d'un litige par un tiers met généralement en cause [TRADUCTION] « un tiers, n'ayant par ailleurs aucun lien avec le litige, [qui] accepte de payer une partie ou la totalité des frais de litige d'une partie, en échange d'une portion de la somme recouvrée par cette partie au titre des dommages-intérêts ou des dépens » (R. K. Agarwal et D. Fenton, « Beyond Access to Justice: Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context » (2017), 59 *Rev. can. dr. comm.* 65, p. 65). Le financement d'un litige par un tiers peut revêtir diverses formes. Un modèle courant met en cause un bailleur de fonds de litiges qui s'engage à payer les débours du demandeur et à indemniser ce dernier dans l'éventualité d'une adjudication des dépens défavorable, en échange d'une partie de la somme obtenue dans le cadre d'un procès ou d'un règlement couronné de succès (voir *Dugal c. Manulife Financial Corp*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Bayens*).

[94] En dehors du cadre de la LACC, l'approbation des accords de financement d'un litige par un tiers a été quelque peu controversée. Une partie de cette controverse découle de la possibilité que ces accords portent atteinte aux doctrines de common law concernant la champartie (*champerty*) et le soutien abusif (*maintenance*)⁶. Le délit de

⁶ L'ampleur de la controverse varie selon les provinces. En Ontario, les accords de champartie sont interdits par la loi (voir *An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327). Au Québec, les questions relatives à la champartie et au soutien abusif ne se posent pas de façon aussi aiguë parce que la champartie et le soutien abusif ne font pas partie du droit comme tel (voir *Montgrain c. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557; G. Michaud, « New Frontier: The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvabilité Landscape » dans J. P. Sarra et autres, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2018* (2019), 221, p. 231).

soutien abusif interdit [TRADUCTION] « l’immixtion trop empressée dans une action avec laquelle on n’a rien à voir » (L. N. Klar et autres, *Remedies in Tort* (feuilles mobiles), vol. 1, par L. Berry, dir., p. 14-11, citant *Langtry c. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644 (Div. Chanc.), p. 661). La champartie est une sorte de soutien abusif qui comporte un accord prévoyant le partage de la somme obtenue ou de tout autre profit réalisé dans le cadre d’une action réussie (*McIntyre Estate c. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193 (C.A. Ont.), par. 26).

[95] S’appuyant sur la jurisprudence voulant que les conventions d’*honoraires conditionnels* ne constituent pas de la champartie lorsqu’elles ne sont pas motivées par un but illégitime (p. ex., *McIntyre Estate*), les tribunaux d’instance inférieure en sont venus progressivement à reconnaître que les accords de *financement d’un litige* ne constituent pas non plus de la champartie *en soi*. Cette évolution s’est opérée surtout dans le contexte des recours collectifs, en réaction aux obstacles, comme les adjudications de dépens défavorables, qui entravaient l’accès des parties à la justice (voir *Dugal*, par. 33; *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915, par. 43-44 (CanLII); *Houle c. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, par. 52, conf. par 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739 (C. div.); voir également *Stanway c. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192, par. 13). La jurisprudence relative à l’approbation des accords de financement de litige par un tiers dans le contexte des recours collectifs — et même les paramètres de leur légalité en général — continue d’évoluer, et aucune des parties au présent pourvoi ne nous a invités à l’analyser.

[96] Cela dit, dans la mesure où les accords de financement de litige par un tiers ne sont pas illégaux *en soi*, il n'y a aucune raison de principe qui permet d'empêcher les juges surveillants d'approuver ce type d'accord à titre de financement temporaire dans les cas qui s'y prêtent. Nous reconnaissons que cette forme de financement diffère des formes plus courantes de financement temporaire qui visent simplement à aider le débiteur à [TRADUCTION] « payer les frais courants » (voir *Royal Oak*, par. 7 et 24). Toutefois, dans des circonstances semblables à celles en l'espèce, lorsqu'il existait un seul élément d'actif susceptible de monétisation au bénéfice des créanciers, l'objectif visant à maximiser le recouvrement des créanciers a occupé le devant de la scène. En pareilles circonstances, le financement de litige favorise la réalisation de l'objectif fondamental du financement temporaire : permettre au débiteur de réaliser la valeur de ses éléments d'actif.

[97] Nous concluons que les accords de financement de litige par un tiers peuvent être approuvés à titre de financement temporaire dans le cadre des procédures fondées sur la *LACC* lorsque le juge surveillant estime qu'il serait juste et approprié de le faire, compte tenu de l'ensemble des circonstances et des objectifs de la Loi. Cela implique la prise en considération des facteurs précis énoncés au par. 11.2(4) de la *LACC*. Cela dit, ces facteurs ne doivent pas être appliqués machinalement ou examinés individuellement par le juge surveillant. En effet, ils ne seront pas tous importants dans tous les cas, et ils ne sont pas non plus exhaustifs. Des enseignements supplémentaires peuvent être tirés d'autres domaines où des accords de financement de litige par un tiers ont été approuvés.

[98] Ce qui précède est compatible avec la pratique qui a déjà cours devant les tribunaux d'instance inférieure. Plus particulièrement, dans *Crystallex*, la Cour d'appel de l'Ontario a approuvé un accord de financement de litige par un tiers dans des circonstances très semblables à celles en l'espèce. Cette affaire mettait en cause une société minière ayant le droit d'exploiter un grand gisement d'or au Venezuela. *Crystallex* est finalement devenue insolvable, et (comme *Bluberi*) il ne lui restait plus qu'un seul élément d'actif important : une réclamation d'arbitrage de 3,4 milliards de dollars américains contre le Venezuela. Après s'être placée sous la protection de la *LACC*, *Crystallex* a demandé l'approbation d'un accord de financement de litige par un tiers. L'accord prévoyait que le prêteur avancerait des fonds importants pour financer l'arbitrage en échange, notamment, d'un pourcentage de la somme nette obtenue à la suite d'une sentence ou d'un règlement. Le juge surveillant a approuvé l'accord à titre de financement temporaire en vertu de l'art. 11.2. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que le juge surveillant n'avait commis aucune erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Elle a conclu que l'art. 11.2 [TRADUCTION] « n'empêche pas le juge surveillant d'approuver, s'il y a lieu, avant qu'un plan soit approuvé, l'octroi d'une charge garantissant un financement qui pourra continuer après que la compagnie aura émergé de la protection de la *LACC* » (par. 68).

[99] Dans *Crystallex*, l'un des principaux arguments soulevés par les créanciers — et l'un de ceux qu'ont soulevés *Callidus* et le groupe de créanciers dans le présent pourvoi — était que l'accord de financement de litige en cause était un plan d'arrangement et non pas un financement temporaire. Il s'agissait d'un argument

important car, si l'accord était en fait un plan, il aurait dû être soumis à un vote des créanciers conformément aux art. 4 et 5 de la *LACC* avant de recevoir l'aval du tribunal. La cour, dans *Crystallex*, a rejeté cet argument, et nous en faisons autant.

[100] La *LACC* ne définit pas le plan d'arrangement. En fait, la *LACC* ne fait aucunement allusion aux plans — elle fait uniquement état d'un « arrangement » ou d'une « transaction » (voir art. 4 et 5). S'appuyant sur l'ancienne jurisprudence anglaise, les auteurs de *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* proposent la définition générale suivante de ces termes :

[TRADUCTION] La « transaction » suppose d'emblée l'existence d'un différend au sujet des droits visés par la transaction et d'un règlement de ce différend selon des conditions jugées satisfaisantes par le débiteur et le créancier. L'accord visant à accepter une somme inférieure à 100 ¢ par dollar constituerait une transaction lorsque le débiteur conteste la dette ou n'a pas les moyens de la payer. Le mot « arrangement » a un sens plus large que le mot « transaction » et ne se limite pas à quelque chose qui ressemble à une transaction. Il viserait tout plan de réorganisation des affaires du débiteur : *Re Guardian Assur. Co.*, [1917] 1 Ch. 431, 61 Sol. Jo 232, [1917] H.B.R. 113 (C.A.); *Re Refund of Dues under Timber Regulations*, [1935] A.C. 185 (C.P.).

(Houlden, Morawetz et Sarra, N§33)

[101] Malgré leur vaste portée apparente, ces termes connaissent quand même certaines limites. Selon une jurisprudence plus récente, ils exigeraient, à tout le moins, une certaine transaction à l'égard des droits des créanciers. Dans *Crystallex*, par exemple, on a conclu que l'accord de financement de litige en cause (également appelé [TRADUCTION] « facilité de DE Tenor ») ne constituait pas un plan d'arrangement parce qu'il ne comportait pas [TRADUCTION] « une transaction visant les conditions [des]

dettes envers [des créanciers] ni ne [. . .] privait [ceux-ci] de [. . .] leurs droits reconnus par la loi » (par. 93). La Cour d'appel a fait sien le raisonnement suivant du tribunal de première instance, auquel nous souscrivons pour l'essentiel :

[TRADUCTION] Le « plan d'arrangement » et la « transaction » ne sont pas définis dans la *LACC*. Il doit toutefois s'agir d'un arrangement ou d'une transaction entre un débiteur et ses créanciers. La facilité de DE Tenor ne constitue pas, à première vue, un arrangement ou une transaction entre Crystallex et ses créanciers. Fait important, les détenteurs de billets ne sont pas privés de leurs droits par la facilité de DE Tenor. Les détenteurs de billets sont des créanciers non garantis. Leurs droits se résument à poursuivre en vue d'obtenir un jugement et à faire exécuter ce jugement. S'ils ne sont pas payés, ils ont le droit de demander une ordonnance de faillite en vertu de la LFI. Sous le régime de la *LACC*, ils ont le droit de voter sur un plan d'arrangement ou une transaction. La facilité de DE Tenor ne les prive d'aucun de ces droits.

(*Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169, par. 50)

[102] Il n'est pas nécessaire de définir exhaustivement les notions de plan d'arrangement ou de transaction pour trancher les présents pourvois. Il suffit de conclure que les plans d'arrangement doivent au moins comporter une certaine transaction à l'égard des droits des créanciers. Il s'ensuit que l'accord de financement de litige par un tiers visant à apporter un financement à la compagnie débitrice pour réaliser la valeur d'un élément d'actif ne constitue pas nécessairement un plan d'arrangement. Nous sommes d'avis de laisser aux juges surveillants le soin de déterminer si, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire dont ils sont saisis, l'accord de financement de litige par un tiers comporte des conditions qui le convertissent effectivement en plan d'arrangement. Si l'accord ne comporte pas de

telles conditions, il peut être approuvé à titre de financement temporaire en vertu de l'art. 11.2 de la *LACC*.

[103] Ajoutons que, dans certaines circonstances, l'accord de financement de litige par un tiers peut contenir ou incorporer un plan d'arrangement (p. ex., s'il contient un plan prévoyant la distribution aux créanciers des sommes obtenues dans le cadre du litige). Subsidiairement, le juge surveillant peut décider que, bien que l'accord lui-même ne constitue pas un plan d'arrangement, il y a lieu de l'accompagner d'un plan et de le soumettre à un vote des créanciers. Cela dit, nous le répétons, les accords de financement de litige par un tiers ne constituent pas nécessairement, ni même généralement, des plans d'arrangement.

[104] Rien de ce qui précède n'est sérieusement contesté en l'espèce. Les parties s'entendent essentiellement pour dire que les accords de financement de litige par un tiers *peuvent* être approuvés à titre de financement temporaire. Le différend qui les oppose porte sur la question de savoir si le juge surveillant a commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'AFL en l'absence d'un vote des créanciers, soit parce qu'il constituait un plan d'arrangement, soit parce qu'il aurait dû être accompagné d'un plan d'arrangement. Nous abordons maintenant cette question.

(3) Le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en approuvant l'AFL

[105] À notre avis, il n'y a aucune raison d'intervenir dans l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'AFL à titre de financement

temporaire. Se fondant sur les principes applicables à l’approbation d’accords semblables dans le contexte des recours collectifs (par. 74, citant *Bayens*, par. 41; *Hayes*, par. 4), le juge surveillant a estimé que l’AFL était juste et raisonnable. Plus particulièrement, il a examiné soigneusement les conditions selon lesquelles les avocats de Bentham et de Bluberi seraient payés si le litige était couronné de succès, les risques qu’ils prenaient en investissant dans le litige et l’étendue du contrôle qu’exercerait désormais Bentham sur le litige (par. 79 et 81). Le juge surveillant a également pris en compte les objectifs uniques des procédures fondées sur la *LACC* en établissant une distinction entre l’AFL et des accords apparemment semblables qui n’avaient pas été approuvés dans le contexte des recours collectifs (par. 81-82, établissant une distinction avec l’affaire *Houle*). Sa prise en compte de ces objectifs ressort également du fait qu’il s’est fondé sur *Crystallex*, qui, comme nous l’avons expliqué, portait sur l’approbation d’un financement temporaire dans des circonstances très semblables à celles en l’espèce (voir par. 67 et 71). Nous ne voyons aucune erreur de principe ni rien de déraisonnable dans cette approche.

[106] Certes, le juge surveillant n’a pas examiné à fond chacun des facteurs énoncés au par. 11.2(4) de la *LACC* de façon individuelle avant de tirer sa conclusion, mais cela ne constituait pas une erreur en soi. L’examen des motifs du juge surveillant dans leur ensemble, conjugué à la reconnaissance de son expérience évidente des procédures intentées par Bluberi sous le régime de la *LACC*, nous mène à conclure que les facteurs énumérés au par. 11.2(4) concernent des questions qui n’auraient pu échapper à son attention et à son examen adéquat. Il convient de rappeler qu’au moment

où il a rendu sa décision, le juge surveillant était saisi des procédures en question depuis plus de deux ans et avait pu bénéficier de l'aide du contrôleur. En ce qui a trait à chacun des facteurs énoncés au par. 11.2(4), nous soulignons ce qui suit :

- le rôle de surveillance du juge lui aurait permis de connaître la durée prévue des procédures intentées par Bluberi sous le régime de la *LACC* ainsi que la mesure dans laquelle les dirigeants de Bluberi bénéficiaient du soutien des créanciers (al. 11.2(4)a) et c)), mais nous constatons que ces facteurs semblent revêtir beaucoup moins d'importance que les autres dans le contexte de la présente affaire (voir par. 96);
- l'AFL lui-même indique « la façon dont les affaires financières et autres de la compagnie seront gérées au cours de ces procédures » (al. 11.2(4)b));
- le juge surveillant était d'avis que l'AFL favoriserait la conclusion d'un plan viable, car il a accepté (1) le fait que Bluberi avait l'intention de présenter un plan et (2) l'argument de Bluberi selon lequel l'approbation de l'AFL l'aiderait à conclure un plan [TRADUCTION] « visant à atteindre une réalisation maximale » de ses éléments d'actif (par. 68, citant la demande de 9354-9186 Québec inc. et de 9354-9178 Québec inc., par. 99; al. 11.2(4)d));

- le juge surveillant était au courant de la « nature et [de] la valeur » des biens de Bluberi, qui se limitaient clairement aux réclamations retenues (al. 11.2(4)e));
- le juge surveillant a conclu implicitement que la charge relative au financement de litige ne causerait pas un préjudice sérieux aux créanciers, car il a affirmé que [TRADUCTION] « [c]ompte tenu du résultat du vote [sur le premier plan] et des circonstances particulières de la présente affaire, la seule possibilité de recouvrement réside dans l'action que vont tenter les débiteurs » (par. 91 (nous soulignons); al. 11.2(4)f));
- le juge surveillant était aussi bien au fait des rapports du contrôleur, et s'est appuyé sur le plus récent d'entre eux à divers endroits dans ses motifs (voir, p. ex., par. 64-65 et note de bas de page 1; al. 11.2(4)g)). Il convient de souligner que le contrôleur appuyait l'approbation de l'AFL à titre de financement temporaire.

[107] À notre avis, il est manifeste que le juge surveillant a mis l'accent sur l'équité envers toutes les parties, les objectifs précis de la *LACC* et les circonstances particulières de la présente affaire lorsqu'il a approuvé l'AFL à titre de financement temporaire. Nous ne pouvons affirmer qu'il a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Nous ne savons pas avec certitude si l'AFL était aussi favorable aux créanciers de Bluberi qu'il aurait pu l'être — dans une certaine mesure,

il donne priorité au recouvrement de Bentham sur le leur — mais nous nous en remettons néanmoins à l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire.

[108] Dans la mesure où la Cour d'appel a conclu le contraire, en toute déférence, nous ne sommes pas d'accord. De façon générale, nous estimons que la Cour d'appel a encore une fois omis de faire preuve de la déférence nécessaire à l'égard du juge surveillant. Plus particulièrement, nous souhaitons faire des observations sur trois des erreurs qu'aurait décelées la Cour d'appel dans la décision du juge surveillant.

[109] Premièrement, il découle de notre conclusion selon laquelle les AFL peuvent constituer un financement temporaire que la Cour d'appel a eu tort de conclure que l'approbation de l'AFL à titre de financement temporaire [TRADUCTION] « transcendait la nature de ce type de financement » (par. 78).

[110] Deuxièmement, à notre avis, la Cour d'appel a eu tort de conclure que l'AFL était un plan d'arrangement, et qu'il était possible d'établir une distinction entre l'espèce et les faits de l'affaire *Crystallex*. La Cour d'appel a conclu que l'AFL et la charge relative au financement de litige super prioritaire s'y rattachant constituaient un plan parce qu'ils subordonnaient les droits des créanciers de Bluberi à ceux de Bentham.

[111] Nous souscrivons à l'opinion du juge surveillant selon laquelle l'AFL ne constitue pas un plan d'arrangement parce qu'il ne propose aucune transaction visant les droits des créanciers. Pour reprendre la formule qu'a employée la Cour d'appel dans

Crystallex, la réclamation de Bluberi s'apparente à une [TRADUCTION] « marmite d'or » (par. 4). Les plans d'arrangement établissent la façon dont le contenu de cette marmite sera distribué. Ils n'indiquent généralement pas ce que la compagnie débitrice devra faire pour la remplir. Le fait que les créanciers puissent en fin de compte remporter plus ou moins d'argent ne modifie en rien la nature ou l'existence de leurs droits d'avoir accès à la marmite une fois qu'elle est remplie, pas plus qu'on ne saurait dire qu'il s'agit d'une « transaction » à l'égard de leurs droits. Lorsque la « marmite d'or » aura été obtenue — c'est-à-dire dans l'éventualité d'une action ou d'un règlement — les sommes nettes seront distribuées aux créanciers. En l'espèce, si les réclamations retenues permettent de recouvrer des sommes qui dépassent le total des dettes de Bluberi, les créanciers seront payés en entier; si les sommes sont insuffisantes, un plan d'arrangement ou une transaction établira la façon dont les sommes seront distribuées. Bluberi s'est engagée à proposer un tel plan (voir les motifs du juge surveillant, par. 68, établissant une distinction avec *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. c. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577).

[112] C'est exactement la même conclusion qui a été tirée dans *Crystallex* dans des circonstances semblables :

[TRADUCTION]

Les faits de l'espèce sont inhabituels : la « marmite d'or » ne contient qu'un seul élément d'actif qui, s'il est réalisé, rapportera beaucoup plus que ce qui est nécessaire pour rembourser les créanciers. Le juge surveillant était le mieux placé pour établir un équilibre entre les intérêts de toutes les parties intéressées. J'estime que l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d'approuver le prêt de DE Tenor

était raisonnable et approprié, bien qu'il ait eu pour effet de limiter la position de négociation des créanciers.

[. . .]

L'approbation du prêt de DE Tenor a certes amoindri l'influence que pouvaient exercer les détenteurs de billets lors de la négociation d'un plan, et rendu plus complexe la négociation d'un plan, mais ce prêt ne constituait pas une transaction visant les conditions de leurs dettes ni ne les privait de l'un de leurs droits reconnus par la loi. Il ne s'agit donc pas d'un arrangement, et un vote des créanciers n'était pas nécessaire. [par. 82 et 93]

[113] Nous ne souscrivons pas à l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle il y a lieu d'établir une distinction avec *Crystallex* parce que, dans cette affaire, les créanciers disposaient d'un seul moyen de recouvrement (c.-à-d. l'arbitrage) tandis que, dans la présente affaire, il y en a deux (c.-à-d. l'introduction d'une action à l'égard des réclamations retenues et le nouveau plan de Callidus). Étant donné que le juge surveillant avait conclu que Callidus ne pouvait pas voter sur le nouveau plan, ce plan ne constituait pas une solution de rechange viable à l'AFL. La [TRADUCTION] « seule possibilité de recouvrement » qui s'offrait aux créanciers de Bluberi résidait donc dans l'AFL et l'introduction d'une action à l'égard des réclamations retenues (motifs du juge surveillant, par. 91). Fait peut-être plus important, même si les créanciers avaient disposé de plusieurs moyens de recouvrement, tant dans l'affaire *Crystallex* que dans la présente affaire, la simple existence de ces moyens n'aurait pas nécessairement modifié la nature des accords de financement de litige par un tiers en cause ni n'aurait eu pour effet de les convertir en plans d'arrangement. La question que doit se poser le juge surveillant dans chaque affaire est de savoir si l'accord qui lui est soumis doit être approuvé à titre de financement temporaire. Certes, les autres moyens de recouvrement

dont disposent les créanciers peuvent entrer en ligne de compte dans la prise de cette décision discrétionnaire, mais ils ne sont pas déterminants.

[114] Ajoutons que la charge relative au financement de litige ne convertit pas l'AFL en plan d'arrangement en [TRADUCTION] « subordonn[ant] » les droits des créanciers (motifs de la Cour d'appel, par. 90). Nous reconnaissons que cette charge aurait pour effet de placer les créanciers garantis comme Callidus derrière Bentham dans l'ordre de priorité, mais ce résultat est expressément prévu par l'art. 11.2 de la *LACC*. Cette « subordination » ne convertit pas le financement temporaire autorisé par la loi en plan d'arrangement. Retenir cette interprétation aurait pour effet d'annihiler le pouvoir du juge surveillant d'approuver ces charges sans un vote des créanciers en vertu du par. 11.2(2).

[115] Troisièmement, nous estimons que la Cour d'appel a eu tort de conclure que le juge surveillant aurait dû soumettre l'AFL accompagné d'un plan à l'approbation des créanciers (par. 89). Comme nous l'avons indiqué, la décision d'exiger que le débiteur accompagne d'un plan son accord de financement de litige par un tiers est une décision discrétionnaire qui appartient au juge surveillant.

[116] Enfin, sur les instances des appelantes, nous soulignons que l'affirmation de la Cour d'appel selon laquelle l'AFL [TRADUCTION] « s'apparente [en quelque sorte] à un placement à échéance non déterminée » était inutile et pouvait prêter à confusion (voir par. 90). Cela dit, il s'agissait manifestement d'une remarque incidente. Dans la mesure où la Cour d'appel s'est fondée sur cette qualification pour conclure que l'AFL

constituait un plan d'arrangement, nous avons déjà expliqué pourquoi nous croyons que la Cour d'appel a fait erreur sur ce point.

VI. Conclusion

[117] Pour ces motifs, à l'issue de l'audience, nous avons accueilli les pourvois et rétabli l'ordonnance du juge surveillant. Les dépens devant notre Cour et la Cour d'appel ont été adjugés aux appelantes.

Pourvois accueillis avec dépens devant la Cour et la Cour d'appel.

Procureurs des appelantes/intervenantes 9354-9186 Québec inc. et 9354-9178 Québec inc. : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs des appelantes/intervenantes IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom d'Omni Bridgeway Limited) et Corporation Bentham IMF Capital (maintenant connue sous le nom de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada)) : Woods, Montréal.

Procureurs de l'intimée Callidus Capital Corporation : Gowling WLG (Canada), Montréal.

Procureurs des intimés International Game Technology, Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx et François Pelletier : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Ernst & Young Inc. : Stikeman Elliott, Montréal.

Procureurs des intervenants l'Institut d'insolvabilité du Canada et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-08-000314-098
(505-43-001975-075)

DATE : 6 AVRIL 2009

SOUS LA PRÉSIDENTE DE L'HONORABLE PIERRE J. DALPHOND, J.C.A.

DANS LA SITUATION DE L'ENFANT:

X
Née le [...] 2006

A, père
APPELANT - Défendeur

c.

[INTERVENANTE 1]
INTIMÉE - Requérante

et

B, mère
INTIMÉE - Défenderesse

et

X, enfant
MISE EN CAUSE – Mise en cause

JUGEMENT

[1] Dans le délai prescrit, l'appelant s'est pourvu contre un jugement rendu le 8 décembre 2008 par la Cour du Québec, chambre de la jeunesse, district de Longueuil (l'honorable Paule Gaumont), qui a déclaré admissible à l'adoption sa fille née le [...] 2006. Par sa requête, il demande de suspendre l'exécution provisoire décrétée par la

juge de première instance lors du prononcé du jugement attaqué, ordonnance qui le prive d'un contact hebdomadaire d'environ 90 minutes avec l'enfant.

PRÉTENTIONS DES PARTIES

[2] Au soutien de sa requête faite sous l'art. 550 *C.p.c.*, l'appelant fait valoir que la juge n'a pas motivé sa décision d'ordonner l'exécution provisoire, ce qui serait contraire à l'art. 547 *C.p.c.* Ensuite, il m'invite à conclure que l'exécution provisoire n'était pas justifiée à la suspendre.

[3] L'avocate de la DPJ rétorque que le jugement attaqué jouit de l'exécution automatique sous le paragr. e) du premier al. de l'art. 547 *C.p.c.* Elle ajoute que si tel n'est pas le cas, je devrais réévaluer le dossier et tenir compte, notamment, du fait que l'enfant a été prévenue qu'elle n'aurait plus de contact avec l'appelant et que, de fait, elle n'en a pas eu depuis le 21 janvier 2009.

[4] L'avocate de l'enfant adhère la position de l'appelant.

ABSENCE D'EXÉCUTION PROVISOIRE AUTOMATIQUE

[5] Les jugements rendus en matière d'adoption sont graves de conséquences. Cela est particulièrement vrai au Québec où, une fois l'enfant déclaré admissible à l'adoption, ses parents biologiques sont déchus de leur autorité parentale (art. 562 *C.c.Q.*) et privés de tout contact futur avec lui.

[6] Reconnaisant cette gravité, le législateur accorde aux parents biologiques un droit d'appel de plein droit au paragr. 4 du premier al. de l'art. 26 *C.p.c.*

[7] De plus, aucune disposition du Code civil ou d'une loi particulière ne rend automatique l'exécution provisoire d'un jugement rendu en matière d'adoption. La situation est à ce titre fort différente des jugements rendus en matière de protection de la jeunesse, lesquels bénéficient de l'exécution provisoire en vertu de l'art. 105 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1; de plus, dans ces cas, l'appel est en Cour supérieure et non en Cour d'appel.

[8] En l'instance, il faut s'en remettre au *Code de procédure civile*. L'article pertinent est ainsi rédigé :

547. Il y a lieu à exécution provisoire malgré l'appel dans tous les cas suivants, à moins que, par décision motivée, le tribunal ne suspende cette exécution :

a) du possesseur;

b) de mesures pour assurer la liquidation d'une succession ou de confections d'inventaires;

- c) de réparations urgentes;
- d) d'expulsion des lieux, lorsqu'il n'y a pas de bail ou que le bail est expiré, résilié ou annulé;
- e) de nomination, de destitution ou de remplacement de tuteurs, curateurs ou autres administrateurs du bien d'autrui, ou encore de révocation du mandataire chargé d'exécuter un mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant;
- f) de reddition de comptes;
- g) de pension ou provision alimentaire, ou de garde d'enfants;
- h) de sentences de séquestre;
- i) *(paragraphe abrogé);*
- j) de jugements rendus en vertu de l'article 75.2.

De plus, le tribunal peut, sur demande, ordonner l'exécution provisoire dans les cas d'urgence exceptionnelle ou pour quelque autre raison jugée suffisante notamment lorsque le fait de porter l'affaire en appel risque de causer un préjudice sérieux ou irréparable, pour la totalité ou pour une partie seulement du jugement.

Dans les cas prévus au présent article, le tribunal peut, sur demande, subordonner l'exécution provisoire à la constitution d'une caution.

[9] Avec égards pour la position de la DPJ, je suis d'avis qu'un jugement en matière d'adoption ne fait pas partie des cas mentionnés au premier al. de l'art. 547 *C.p.c.* En effet, on ne saurait parler ici d'un jugement en matière de garde d'enfant. De même, s'il est vrai que le jugement déclarant l'enfant admissible met fin à l'exercice de l'autorité parentale (art. 562 *C.c.Q.*), il ne s'agit pas à proprement parler d'un jugement « de nomination, de destitution ou de remplacement de tuteurs, curateurs ou autres administrateurs du bien d'autrui ».

[10] Il s'ensuit que c'est la règle générale énoncée au deuxième al. de l'art. 547 *C.p.c.* qui doit prévaloir : l'appel suspend l'exécution du jugement attaqué à moins que n'ait le juge sur demande, ordonné l'exécution provisoire. Cette décision doit évidemment être motivée.

[11] Pour obtenir l'exécution provisoire pour la totalité ou pour une partie seulement du jugement, selon l'art. 547 *C.p.c.*, la partie demanderesse doit établir une urgence exceptionnelle ou une autre raison jugée suffisante, notamment lorsque le fait de porter l'affaire en appel risque de causer un préjudice sérieux ou irréparable.

[12] L'historique de l'art. 547 C.p.c. démontre qu'il a été modifié en 1993¹ pour rendre automatique l'exécution provisoire dans les cas mentionnés au premier alinéa, sans nécessité désormais pour le juge de la prononcer, et pour élargir la possibilité qu'elle soit ordonnée par décision judiciaire dans les autres cas en ne limitant plus cette possibilité « dans les cas d'urgence exceptionnelle », par l'ajout des mots « ou pour quelqu'autre raison spéciale ».

[13] D'avis que l'exécution provisoire sur décision judiciaire était demeurée trop restreinte malgré la modification de 1993, le législateur intervient à nouveau en 1995 pour remplacer les mots « ou pour quelqu'autre raison spéciale » par « ou pour quelqu'autre raison jugée suffisante notamment lorsque le fait de porter l'affaire en appel risque de causer un préjudice sérieux ou irréparable, pour la totalité ou pour une partie seulement du jugement »². (Voir Assemblée nationale, *Journal des débats*, Commission permanente des institutions, le jeudi 15 décembre 1994).

[14] En somme, comme le soulignait mon collègue le juge Gendreau dans *Lebeuf c. Groupe SNC-Lavalin inc.*, [1995] R.D.J. 366 (C.A.), la raison jugée suffisante s'adresse à des cas sérieux, mais pas nécessairement exceptionnels, où les droits de la partie intimée en appel seront ou risqueront d'être compromis. Selon la jurisprudence subséquente, a été jugée une raison suffisante :

- le fait qu'advenant un appel la partie bénéficiaire du jugement subira un préjudice irréparable en raison du report du paiement d'une partie de l'indemnité accordée³;
- la précarité de l'état de la partie bénéficiaire du jugement lui reconnaissant le droit à une indemnité ou prestation⁴;
- la possibilité que l'appel force la partie bénéficiaire du jugement à régler à vil prix⁵;
- la solvabilité douteuse de la partie condamnée⁶;

¹ *Loi modifiant le Code de procédure civile et la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1993, c. 30, a.15.

² *Loi modifiant le Code de procédure civile et la Loi sur les cours municipales*, L.Q. 1995, c. 2, a.9.

³ Entre autres : *Bessette c. Casarcia*, J.E. 2000-1562 (C.S.); *Garber c. Walsh*, J.E. 2002-336 (C.S.); *Bastien c. Beaulac*, J.E. 2000-1963; *Morin c. Fou du Roi Inc.*, J.E. 98-1630 (C.S.); *Paquette c. Turcotte*, B.E. 2006BE-161 (C.S.).

⁴ Entre autres : *Réseau-Santé Richelieu-Yamaska c. G. (S.)*, B.E. 99BE-515; *St-Cyr c. Fisch*, J.E. 2003 1244 (C.A.); *Garber c. Walsh*, J.E. 2002-336 (C.S.); *Bishop c. Demers*, J.E. 96-581 (C.S.).

⁵ *Lizotte c. RBC Dominion valeurs mobilières inc.*, (1999) R.J.Q. 2877 (C.S.).

⁶ *Gerontakos c. Deli-Briskets inc.*, (1989) R.J.Q. 380 (C.S.).

- la futilité de la position défendue par la partie condamnée en première instance dont un appel ne ferait que confirmer la mauvaise foi ou la volonté de nuire à la partie gagnante⁷.

(Cette liste ne prétend pas être exhaustive).

[15] Lorsque le juge du procès arrive à la conclusion qu'il y a lieu d'ordonner l'exécution provisoire, il doit cependant éviter de créer une situation à laquelle l'arrêt de la Cour d'appel ne pourra remédier si l'appel est accueilli. Il faut éviter de rompre l'équilibre entre l'intérêt de la partie appelante d'exercer son droit d'appel et celui de la partie intimée qui bénéficie d'un jugement présumé valide. En présence d'un tel risque, l'exécution partielle et le cautionnement devraient être considérés.

[16] En l'espèce, la requête en déclaration d'admissibilité à l'adoption de la DPJ contenait une telle demande. Les parties reconnaissent cependant qu'elle n'a fait l'objet d'aucun commentaire durant leur plaidoirie respective. De plus, la juge de première instance l'a prononcée sans énoncer de motifs spécifiques à cet égard.

CRITÈRES POUR LA SUSPENSION D'UNE ORDONNANCE D'EXÉCUTION PROVISOIRE

[17] Les trois critères pour la suspension d'une ordonnance d'exécution provisoire énoncés par cette Cour se résument ainsi : faiblesse apparente du jugement attaqué, risque de préjudice sérieux ou irréparable si l'exécution provisoire est maintenue, prépondérance des inconvénients.

[18] En l'instance, l'absence de motivation expresse, alors qu'il ne s'agit pas d'un cas d'exécution provisoire automatique, révèle une faiblesse *prima facie* du jugement attaqué.

[19] Un juge d'appel peut parfois remédier à cette faiblesse. Dans un jugement rendu dans le dossier *Paradis c. Ville de Québec*, J.E. 1999-1330, mon collègue le juge Gendreau écrit :

(...) bien que le jugement soit bien motivé, la conclusion d'exécution nonobstant appel ne l'est pas.

Toutefois, à mon avis, ce dernier reproche, tout important qu'il soit, n'est pas fatal. Il faut examiner le jugement dans son ensemble et, à ce propos, il est évident que le juge a cru nécessaire d'inclure l'ordonnance attaquée, qui était d'ailleurs demandée par la Ville, en raison de ses conclusions sur le mérite

⁷ Entre autres : *Paradis c. Québec (Ville de)*, J.E. 99-1330 (C.A.); *Lebeuf c. Groupe SNC-Lavalin inc.*, précité; *Joseph Ribkoff inc. c. Kanfi*, J.E. 2006-1522 (C.S.);

même du litige mû devant lui selon lesquelles l'appelant a volontairement et en pleine connaissance de cause violé la réglementation municipale d'une part, et d'autre part, que sa contestation du règlement de zonage était totalement dénuée de fondement. Même s'il ne l'affirme pas, il faut en déduire que cela justifiait à ses yeux d'appliquer l'article 547 C.p.c.

Puisque le dossier et le jugement font voir des motifs suffisants pour soutenir la conclusion d'exécution provisoire, il convient maintenant d'examiner le mérite de cette ordonnance pour déterminer s'il y a lieu de la casser.

[20] En d'autres mots, le juge d'appel peut analyser le jugement attaqué afin d'y déceler les motifs qui ont amené le juge à prononcer l'exécution provisoire. Si cet exercice est fructueux, le juge d'appel devra alors se demander si ces motifs étaient suffisants au sens de l'art. 547 C.p.c. Si tel n'est pas le cas, le jugement souffre d'une faiblesse à ce niveau.

[21] Par contre, si cette analyse ne permet pas de cerner les motifs du premier juge, le juge d'appel doit se livrer à un examen des circonstances de l'affaire comme s'il était lui-même saisi d'une demande d'exécution provisoire (*Service de santé du Québec c. Lacoursière*, R.E.J.B. 1998-07993; *Djelidi c. Imbeault*, E.Y.B. 2007-113240; *R.L. c. L.B.*, E.Y.B. 2008-147079). Vu généralement l'état du dossier en appel au moment de la présentation d'une requête en suspension de l'exécution provisoire, cet exercice se fait normalement à la lumière des constats du premier juge mentionnés dans son jugement.

[22] La juge de première instance écrit au paragr. 91 :

[91] Du côté de leur fille, la situation est différente. L'enfant connaît sa famille, son frère, ses grands-parents, paternels et depuis décembre 2006, les rencontre régulièrement sans présenter de réactions négatives ni avant, ni pendant, ni après les contacts.

[23] Elle ajoute cependant au paragraphe [92] « que les personnes les plus significatives pour elle, ce sont ses parents d'accueil avec lesquels elle vit depuis l'âge de 5 mois ».

[24] Dans un jugement du 14 mars 2008, une autre juge de la chambre de la jeunesse commentait ainsi les visites que faisaient les parents, dont l'appelant, à l'enfant déclaré admissible par le jugement attaqué :

[76] Par ailleurs, rien dans la preuve ne démontre que les visites de X ne sont pas dans son intérêt. Bien que l'enfant n'identifie pas ses parents à ce titre, elle semble se sentir à l'aise avec eux. Lorsqu'elle subit une tension, elle s'approche spontanément de son père pour pouvoir y retrouver du réconfort. Si le retour même progressif de X aux soins de ses parents ne peut être envisagé, il n'y a

rien dans la preuve qui démontre qu'il sera véritablement dans son intérêt que les contacts avec ses parents et grands-parents paternels soient suspendus.

[25] En pareil contexte, et après une analyse plutôt sommaire du dossier, je conclus qu'il ne s'agit pas d'un cas où, vu l'urgence exceptionnelle ou pour quelque autre raison suffisante, il faut nécessairement interrompre les contacts entre l'appelant et l'enfant dès le prononcé du jugement de déclaration d'admissibilité à l'adoption, nonobstant tout appel.

[26] Cela exposé, il demeure que l'enfant, qui n'a pas encore trois ans, a été informée par la DPJ qu'elle n'aurait plus de contact avec l'appelant. De plus, conformément à cette information, elle n'a pas revu l'appelant depuis le 21 janvier 2009 et ne s'attend pas à le revoir.

[27] Par ailleurs, les parties, à mon invitation, ont convenu d'un échéancier serré pour la mise en état du dossier. Leurs plans d'argumentation seront déposés sous peu et l'audition du pourvoi aura lieu au début de juillet 2009.

[28] Dans ces circonstances, il m'est possible de refuser d'intervenir. Je fais mien ici les commentaires suivants de mon collègue le juge Hilton dans *Wang c. Deng*, 2006 QCCA 1630 :

[9] An order of provisional execution notwithstanding appeal, also being exceptional, should be explicitly justified in the order granting it so that such reasons can be evaluated should an application be made to suspend the order. No such reasons can be found in the judgment. In principle, I should therefore suspend provisional execution. Given the rapidity with which the appeal will be argued, however, I do not consider that any irreparable harm will be occasioned to the appellants by declining to suspend provisional execution in such circumstances.

[29] Finalement, je dois être guidé par l'intérêt de l'enfant comme le commande l'art. 33 C.c.Q. :

33. Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits.

Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation.

[30] Considérant, d'une part, que les contacts sont interrompus depuis janvier 2009 et, d'autre part, que le pourvoi sera entendu incessamment, je suis d'avis qu'il est préférable pour l'enfant de maintenir le *statu quo*. Si la Cour confirme le jugement rendu, l'enfant n'en subira aucun préjudice. Par ailleurs, si le jugement est infirmé, la

reprise des contacts avec l'appelant pourra être aménagée avec l'aide de la DPJ de la façon la plus adéquate pour l'enfant.

[31] J'ajoute que l'ordonnance d'exécution provisoire n'a pas déchu l'appelant de son autorité parentale. C'est plutôt le jugement de mars 2008, rendu en matière de protection, qui l'a fait en autorisant, à son paragr. 99, la DPJ à signer tous les documents nécessaires aux soins, à l'éducation et aux activités de l'enfant. Ce jugement, non contesté, survit pendant l'appel du jugement sur l'admissibilité à l'adoption.

[32] Bien entendu, le fait que l'exécution provisoire a été ordonnée ne saurait permettre à la DPJ de compléter le processus d'adoption pendant l'appel.

[33] En résumé, en matière d'adoption, l'exécution provisoire doit être demandée et, si accordée, motivée, puisqu'elle n'est pas automatique. Même si je suis enclin à penser qu'elle n'aurait pas dû être ordonnée en l'espèce, dans l'intérêt de l'enfant je considère qu'il est préférable de rejeter la requête en suspension de l'appelant.

DISPOSITIF

[34] Pour ces motifs, la requête en suspension de l'exécution provisoire est rejetée, sans frais.

PIERRE J. DALPHOND, J.C.A.

Me Kathleen O'Meara
Avocate de l'appelant

Me Mélanie Roy
ROY ET ASSOCIÉS
Avocate de l'intimée [intervenante 1]

Me Isabelle Lyonnais
ME LYNE MORIN AVOCATE
Avocate de l'intimée B

Me Véronique Crête
GLADU, DROLET ET ASSOCIÉS
Avocate de la mise en cause

Date d'audience : 23 mars 2009

2013 CAF 149, 2013 FCA 149
Cour d'appel fédérale

Tele-Mobile Co. Partnership v. R.

2013 CarswellNat 1724, 2013 CarswellNat 6940, 2013 CAF 149, 2013
FCA 149, [2013] G.S.T.C. 76, 229 A.C.W.S. (3d) 286, 447 N.R. 187

Société Télé-Mobile, appelante et Sa Majesté la Reine, intimée

Johanne Trudel J.A., David Stratas J.A., Robert M. Mainville J.A.

Audience: 16 mai 2013

Jugement: 5 juin 2013

Dossier: A-389-12

Procédures: Affirmed, 2012 CarswellNat 2559, 2012 CarswellNat 5031, 219 A.C.W.S. (3d) 695, [2012] G.S.T.C. 67, 2012 G.T.C. 36 (Eng.), 2012 TCC 256, 2012 CCI 256 (T.C.C. [General Procedure])

Avocat: Kimberley L. Cook, pour l'appelante
Victor Caux, Andrew Majawa, pour l'intimée

Sujet: Goods and Services Tax (GST); Income Tax (Federal)

Classifications d'Abridgment connexes

Tax

III Goods and Services Tax

III.12 Special rules

III.12.n Miscellaneous

Sommaire

Tax --- Goods and Services Tax — Special rules — Miscellaneous

Coupons and manufacturers' rebates — Registrant operated cellular telephone service — Registrant offered mail-in rebates and billing credits, and claimed input tax credits (ITCs) — Minister of National Revenue assessed registrant under Excise Tax Act for period between January 2, 2001 to December 31, 2001 and January 1 2002 to December 31, 2002, denying ITCs — Registrant's appeal was dismissed by Tax Court — Trial judge found supply was for provision of services, although in some circumstances billing was purported to reflect portion of cost of phone — Tax Court judge found rebate was discount only and was not coupon as per s. 181 of Act — Judge found taxable supply of services was made, particular person (customer) acquired service, and registrant paid rebate — Judge found invoice as presented did not specify that GST was included, and transaction as presented was insufficient to show written indication was given as required by Act for ITC to be allowed — Judge found mail-in rebate clearly applied to phone and not services or services to be received — Registrant appealed to Federal Court of Appeal — Appeal dismissed — Judge properly found that coupon system was not in place — If registrant's definition were used, any advertised discount would constitute coupon — Registrant did not provide written indication as required by s. 181.1 of Act — Opportunity for customer to calculate GST did not meet requirements of s. 181.1 of Act — Written indication must allow customer to determine whether GST component is included or not in rebate, and if so, to treat that GST component in accordance with s. 181.1(f) of Act — Registrant applied rebate after GST had been applied to full price of transaction — To sustain claim for ITC under s. 181.1 of Act, registrant must either break down GST component of rebate and indicate in writing resulting amount to customer, or alternatively, indicate in writing to customer that portion of rebate is amount on account of tax using words of s. 181.1(c) of Act or similar words — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, ss. 181, 181.1, 232.

Table des précédents

Références jurisprudentielles citées — Robert M. Mainville J.A.:

Bell ExpressVu Ltd. Partnership v. Rex (2002), 212 D.L.R. (4th) 1, 287 N.R. 248, [2002] 5 W.W.R. 1, 166 B.C.A.C. 1, 271 W.A.C. 1, 18 C.P.R. (4th) 289, 100 B.C.L.R. (3d) 1, 2002 SCC 42, 2002 CarswellBC 851, 2002 CarswellBC 852, 93 C.R.R. (2d) 189, [2002] 2 S.C.R. 559 (S.C.C.) — followed

Canada Trustco Mortgage Co. v. R. (2005), (sub nom. *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*) 2005 D.T.C. 5523 (Eng.), (sub nom. *Hypothèques Trustco Canada v. Canada*) 2005 D.T.C. 5547 (Fr.), [2005] 5 C.T.C. 215, 2005 SCC 54, (sub nom. *Minister of National Revenue v. Canada Trustco Mortgage Co.*) 340 N.R. 1, 2005 CarswellNat 3212, 2005 CarswellNat 3213, 259 D.L.R. (4th) 193, [2005] 2 S.C.R. 601 (S.C.C.) — followed

R. v. Monney (1999), 1999 CarswellOnt 935, 1999 CarswellOnt 936, 237 N.R. 157, 133 C.C.C. (3d) 129, 171 D.L.R. (4th) 1, 61 C.R.R. (2d) 244, 24 C.R. (5th) 97, 119 O.A.C. 272, [1999] 1 S.C.R. 652, 6 B.H.R.C. 336 (S.C.C.) — followed

Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec (1994), 2 G.T.C. 7156, [1994] 2 S.C.R. 715, 1994 CarswellQue 935, 1994 CarswellQue 157, 169 N.R. 1, (sub nom. *Reference re Quebec Sales Tax*) [1994] G.S.T.C. 44, 62 Q.A.C. 81, (sub nom. *Reference re Quebec Sales Tax*) 115 D.L.R. (4th) 449 (S.C.C.) — referred to

Législation:

Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15

Pt. IX [en. 1990, c. 45, s. 12(1)] — referred to

s. 181 [en. 1990, c. 45, s. 12(1)] — considered

s. 181(1)"coupon" [en. 1990, c. 45, s. 12(1)] — considered

s. 181(2) [en. 1990, c. 45, s. 12(1)] — considered

s. 181(3) [en. 1990, c. 45, s. 12(1)] — considered

s. 181(3)(b) [en. 1990, c. 45, s. 12(1)] — considered

s. 181.1 [en. 1993, c. 27, s. 46(1)] — considered

s. 181.1(c) [en. 1993, c. 27, s. 46(1)] — considered

s. 181.1(f) [en. 1993, c. 27, s. 46(1)] — considered

APPEAL by registrant from judgment reported at 2012 CarswellNat 2559, 2012 CarswellNat 5031, 2012 TCC 256, [2012] G.S.T.C. 67, 2012 G.T.C. 36 (Eng.) (T.C.C. [General Procedure]), dismissing appeal by registrant of assessment by Minister of National Revenue denying GST input tax credits on rebates and discounts.

Robert M. Mainville J.A.:

1 La Cour est saisie de l'appel d'un jugement rendu le 17 juillet 2012 par le juge Campbell J. Miller, de la Cour canadienne de l'impôt (le juge de la Cour de l'impôt), dont les motifs modifiés ont été rendus le 13 août 2012 (les motifs): 2012 CCI 256. Le juge de la Cour de l'impôt a rejeté l'appel interjeté par la Société Télé-Mobile (TELUS) à l'encontre de la cotisation par laquelle le ministre du Revenu national lui avait refusé les crédits de taxe sur les intrants qu'elle demandait en vertu des articles 181 et 181.1 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15, pour les périodes de déclaration allant du 2 janvier 2001 au 31 décembre 2002.

Les Faits à l'Origine du Litige et le Contexte

2 Dans le but d'encourager les abonnements de longue durée à ses services téléphoniques mobiles, TELUS offrait divers programmes promotionnels qui étaient principalement rattachés à l'achat d'un téléphone portable. L'une des caractéristiques de ces programmes promotionnels était le fait que TELUS offrait des crédits de facturation à certains abonnés qui acceptaient de conclure un contrat de service de longue durée. Le crédit de facturation variait selon la durée du contrat de service conclu par le client, mais, habituellement, il était de 50 \$ pour un contrat d'un an, de 100 \$ pour un contrat de deux ans et de 150 \$ dans le cas d'un contrat de trois ans.

3 Le crédit de facturation était appliqué à la facture du service de téléphone sans fil du client dans l'un ou l'autre des cas suivants: a) le client achetait le téléphone dans un magasin de détail qui ne pouvait l'abonner au service de TELUS et ne pouvait donc lui accorder une ristourne au point de vente; b) le client renouvelait un abonnement avec TELUS sans acheter un nouveau téléphone; c) le client passait d'un abonnement mensuel à un abonnement de longue durée; d) une société cliente recevait des crédits d'achat additionnels lorsqu'elle signait un accord portant sur l'acquisition de téléphones portables pour son usage.

4 TELUS appliquait les crédits de facturation aux factures de ses clients après avoir additionné tous les frais, ce qui comprenait la taxe sur les produits et services (la TPS) applicable calculée sur tous les frais en question. Ainsi, les clients payaient la TPS (calculée, à l'époque, au taux de 7 p. 100) sur la contrepartie facturée par TELUS pour ses services, avant l'application des crédits de facturation.

5 Le juge de la Cour de l'impôt a reproduit dans ses motifs un modèle de facture de TELUS, lequel modèle est joint en appendice aux présents motifs. Les calculs faits à la main au bas de cette facture ont été ajoutés pour les besoins du procès de la Cour canadienne de l'impôt et ils ne figuraient donc pas sur la facture originale envoyée au client.

6 TELUS n'a pas demandé immédiatement de crédits de taxe sur les intrants (des CTI) pour les crédits de facturation qu'elle avait accordés à ses clients en 2001 et 2002. Pour des raisons que le dossier n'a pas révélées, TELUS n'a demandé les CTI en question qu'en 2005 et 2006. Pour justifier son droit aux CTI en question, TELUS a alors affirmé que chaque crédit de facturation était un « bon » au sens du paragraphe 181(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*, ce qui lui permettait de demander les CTI en vertu de l'alinéa 181(3)b) de la *Loi sur la taxe d'accise*. À titre subsidiaire, TELUS s'est dite d'avis que chaque crédit de facturation constituait une remise qui lui permettait de demander un CTI en vertu de l'article 181.1 de la *Loi sur la taxe d'accise*.

7 Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que les crédits de facturation n'étaient pas des « bons » au sens de l'article 181 de la *Loi sur la taxe d'accise*. Il a toutefois estimé que les crédits de facturation constituaient des remises. Il s'est néanmoins dit d'avis que les remises en question ne pouvaient donner droit à des CTI en vertu de l'article 181.1 de la *Loi sur la taxe d'accise*, étant donné que TELUS n'avait pas satisfait aux exigences de cet article parce qu'elle n'avait pas fourni d'écrit suffisamment clair portant qu'une partie de la remise représentait un montant de TPS. TELUS interjette maintenant appel devant notre Cour.

Les Crédits de Facturation en Tant Que « Bons »

8 Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que les crédits de facturation ne répondaient pas à la définition du terme « bon » au sens du paragraphe 181(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*. Les articles 181 et 181.1 de la Loi sont reproduits en annexe aux présents motifs. Toutefois, par souci de commodité, je reproduis ici la définition du mot « bon » qui figure au paragraphe 181(1):

"coupon" includes a voucher, receipt, ticket or other device but does not include a gift certificate or a barter unit (within the meaning of section 181.3).

« bon » Sont compris parmi les bons les pièces justificatives, reçus, billets et autres pièces. En sont exclus les certificats-cadeaux et les unités de troc au sens de l'article 181.3.

9 TELUS a reconnu que les crédits de facturation n'étaient pas des pièces justificatives, des reçus ou des billets. Elle a toutefois fait valoir qu'ils constituaient des crédits électroniques dans son système informatique, que ses clients les détenaient de façon intangible dans leur compte et que, par conséquent, ils constituaient d'« autres pièces ».

10 Le juge de la Cour de l'impôt n'a pas retenu cet argument. Il a estimé qu'un crédit de facturation n'était pas « quelque chose qui permet au client de bénéficier de la réduction: le crédit est la réduction même » (motifs, au paragraphe 26) et que « l'objet de l'article 181 concerne le traitement d'un bon, non celui d'un rabais pur et simple » (motifs, au paragraphe 29). Il a également jugé que, pour répondre à la définition du terme « bon », une pièce doit être présentée par le client pour acceptation (motifs, aux paragraphes 39 et 40). Il a reconnu qu'« une entreprise peut conférer à un client le droit de bénéficier d'une réduction du prix d'achat par Internet » (motifs, au paragraphe 27). Il s'est également dit d'avis que « lorsque le montant fixe est manifestement connu des deux parties, et lorsqu'il est attesté par écrit, sur papier ou électroniquement, et offert par un client comme contrepartie

partielle, alors l'exigence [de l'article 181] est remplie » (motifs, au paragraphe 35). Il a toutefois également estimé que TELUS avait simplement annoncé son rabais et qu'elle n'avait pas mis sur pied de système de bons (motifs, au paragraphe 35). Il conclut son analyse comme suit:

[42] En résumé, TELUS a offert un rabais. On souscrit un abonnement de trois ans, et on obtient une réduction de 150 \$ sur ses frais. C'est tout. C'est cela, la promotion. Il n'y avait aucun bon ni aucune pièce ni rien qui ressemble, par exemple, aux milles aériens. Il s'agissait simplement d'un rabais sur les frais de service: rien n'a été présenté par le client ni accepté par TELUS qui puisse entrer dans la définition, si libérale soit-elle, d'un bon ou d'une pièce. Je partage l'avis de l'intimée pour qui, si je devais dire que le rabais offert par TELUS était un bon, alors je me trouverais à retrancher le mot « bon » de la disposition. Il m'est impossible de faire cela.

11 J'abonde dans le sens du juge de la Cour de l'impôt. L'argument avancé par TELUS permettrait de considérer à peu près n'importe quel rabais annoncé comme un « bon » au sens de l'article 181 de la *Loi sur la taxe d'accise*. Pour tomber sous le coup de l'article 181, un « bon » doit être une pièce matérielle ou électronique que l'acheteur peut présenter pour acceptation en contrepartie, même partielle, de la fourniture taxable d'un bien ou d'un service et qui permet à l'acquéreur de bénéficier d'une réduction du prix du bien ou du service égale au montant fixe indiqué sur la pièce matérielle ou électronique (paragraphe 181(2) et (3) de la *Loi sur la taxe d'accise*). Un rabais annoncé, sans plus, ne satisfait pas aux exigences en question de la Loi.

Les Crédits de Facturation en Tant Que « Remises »

12 Pour ce qui est du moyen subsidiaire invoqué par TELUS, le juge de la Cour de l'impôt a conclu que les crédits de facturation étaient effectivement des remises. Les conditions qui permettent à un inscrit de demander un CTI au titre d'une remise sont énoncées dans les dispositions introductives de l'article 181.1 de la *Loi sur la taxe d'accise*. Une de ces conditions est que la remise soit « accompagnée d'un écrit portant qu'une partie de la remise représente un montant de taxe ». Devant le juge de la Cour de l'impôt, le débat portait sur la question de savoir si les factures de TELUS satisfaisaient à cette condition.

13 TELUS a affirmé qu'en additionnant tous les frais dans ses factures et en multipliant ce montant par le taux de TPS de 7 p. 100 applicable à l'époque, tout client aurait alors aisément compris que la TPS avait été appliquée sur l'ensemble des frais avant la remise. Suivant TELUS, il s'agissait là d'un écrit portant suffisamment qu'une partie de la remise représentait un montant de TPS et permettant à TELUS de demander un CTI en vertu de l'article 181.1.

14 Le juge de la Cour de l'impôt a convenu que, si le destinataire de la facture avait effectué ces calculs, il aurait conclu que la TPS avait été appliquée sur tous les frais avant le calcul de la remise. Le juge de la Cour de l'impôt s'est toutefois dit d'avis que, pour satisfaire aux exigences de l'article 181.1, l'« écrit » doit être « suffisamment clair » (motifs, au paragraphe 50). Appliquant ce critère à la facture de TELUS, le juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'elle n'indiquait pas assez clairement qu'une partie de la remise représentait un montant de taxe. Il a plutôt conclu, en faisant les observations suivantes au paragraphe 51 de ses motifs, que la facture était déroutante:

La facture de TELUS est déroutante. Un « écrit » devrait être clair. Il ne l'est pas — il ne l'est pour personne. Il invite l'acquéreur à présumer que le crédit a été défalqué du prix, or on remarque ensuite que la TPS a été calculée comme si le crédit avait été défalqué après l'application de la TPS au prix. Il y a trop de choses à débrouiller dans tout cela, et je suis d'avis qu'on est loin d'avoir affaire à un « écrit portant ».

15 J'estime certes que le juge de la Cour de l'impôt est parvenu au bon résultat, mais j'arrive au même résultat pour des raisons différentes. Je suis d'accord avec l'intimée pour dire qu'outre l'interprétation textuelle, il est nécessaire de recourir à une interprétation contextuelle et téléologique de l'article 181.1 de la *Loi sur la taxe d'accise* pour bien comprendre le type d'écrit exigé par cet article. Suivant l'interprétation contextuelle et téléologique sur laquelle je reviendrai plus loin, j'estime que l'écrit exigé vise deux objectifs: a) permettre au client qui est également un inscrit de déterminer si la partie de la remise correspondant à la TPS devrait être traitée conformément à l'alinéa 181.1b) de la *Loi sur la taxe d'accise*; b) informer le client que la remise est réduite de la partie correspondant à la TPS. Compte tenu de ces objectifs, la possibilité offerte au client de calculer la TPS ne satisfait pas aux exigences de l'article 181.1.

La méthode moderne d'interprétation légale

16 De nos jours, il n'existe qu'une seule méthode en matière d'interprétation des lois. Cette méthode a été énoncée dans les termes suivants par la juge en chef McLachlin et par le juge Major dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10:

Il est depuis longtemps établi en matière d'interprétation des lois qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur »: voir *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d'un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L'incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l'objet sur le processus d'interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d'une loi comme formant un tout harmonieux.

17 Suivant la méthode moderne d'interprétation contextuelle des lois, il faut tenir compte non seulement du sens ordinaire et naturel des mots, mais également du contexte dans lequel ils sont utilisés et de l'objet de la disposition, en tenant compte du régime légal dans son ensemble (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, au paragraphe 27). L'élément le plus important de cette analyse est la détermination de l'intention du législateur (*R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, au paragraphe 26).

L'économie générale de la TPS

18 Les dispositions légales aux termes desquelles la taxe sur les produits et services a été introduite ont été ajoutées à la *Loi sur la taxe d'accise* par le législateur en décembre 1990. Elles ont reçu la sanction royale le 17 décembre 1990. La TPS était alors calculée au taux de 7 p. 100 et s'appliquait à la plupart des ventes de fournitures taxables, qui comprenaient la plupart des produits et services. La TPS est conçue comme une taxe à la valeur ajoutée. Elle est par conséquent perçue et remboursée à chaque étape de la chaîne de production et de commercialisation, de sorte que c'est le consommateur final qui paie la taxe sur toute la valeur accumulée sur la marchandise ou le service (*Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715, à la page 720).

19 À cette fin, la *Loi sur la taxe d'accise* oblige ceux qui font partie de la chaîne de production à s'inscrire. Chaque inscrit qui vend une fourniture taxable le long de la chaîne de production et de distribution doit percevoir et remettre la taxe perçue sur chaque fourniture. Toutefois, chaque inscrit a également droit à des crédits de taxe sur les intrants qui correspondent normalement à la taxe payée par cet inscrit sur les produits et services qu'il acquiert en amont de la chaîne de production et de distribution. Selon ce système de perception de taxes et de crédits de taxe sur les intrants, chaque inscrit paie la taxe sur la valeur qu'il a ajoutée au produit ou au service et refile la taxe à la personne suivante dans la chaîne de production et de distribution. La taxe est finalement assumée par le consommateur.

20 La TPS a remplacé la taxe de vente fédérale. L'ancienne taxe de vente fédérale était facturée sur les ventes effectuées par des fabricants à des grossistes et à des détaillants, qui, à leur tour, refilaient la taxe aux consommateurs en demandant des prix plus élevés. La taxe de vente fédérale n'était donc pas apparente pour les consommateurs. Le caractère « caché » de la taxe de vente fédérale, le fait qu'elle était imposée à des taux différents, et le fait que la majoration du prix de gros et du prix de détail variait considérablement d'un produit à l'autre faisaient en sorte qu'il était pratiquement impossible pour le consommateur de savoir quelle partie du prix de vente du produit représentait la taxe fédérale.

21 L'une des raisons fondamentales de l'adoption de la TPS était d'assurer la transparence du régime fiscal. Suivant l'économie générale de la TPS, chaque participant est maintenant en mesure de comprendre clairement le montant de taxe qu'il paie effectivement. La visibilité et la transparence de la TPS étaient et sont encore l'un des aspects clés du régime de la TPS.

Les remises et la TPS

22 Dans l'économie générale de la TPS, les bons et les remises soulèvent des questions particulièrement épineuses. Les dispositions légales à l'origine de l'adoption de la TPS (L.C. 1990, ch. 45, art. 12) prévoyaient des règles spéciales pour les bons et les remises à ce qui était à l'époque l'article 181 de la *Loi sur la taxe d'accise*. Suivant ces règles, l'inscrit qui payait une remise était également réputé avoir reçu la remise sous forme de fourniture taxable et avoir payé la taxe sur la partie de la remise correspondant à la taxe. Suivant l'économie générale de la TPS, ce mécanisme permettait à l'inscrit de demander un CTI sur la partie de la remise correspondant à la TPS. En revanche, le client qui était également un inscrit était réputé avoir effectué une fourniture taxable égale à la remise et avoir perçu une taxe correspondante. Le traitement de la partie de la remise correspondant à la TPS était automatique, obligatoire et inflexible.

23 Toutefois, les remises sont souvent des opérations complexes que l'on ne peut aisément faire entrer dans une seule catégorie lorsqu'il s'agit d'appliquer la TPS. À titre d'exemple, si un inscrit vend un produit au rabais en offrant une remise au point de vente, le client ne devrait normalement pas être obligé de payer la TPS comme si l'article était vendu au plein prix. Pourtant, les règles légales initiales portant sur la façon d'appliquer la TPS aux remises étaient ambiguës en ce qui concerne de telles pratiques commerciales.

24 En revanche, de nombreuses remises sont offertes une fois que l'opération de vente initiale a eu lieu et après que la TPS a été perçue. À titre d'exemple, une remise peut être offerte sur des ventes qui ont déjà eu lieu après qu'un certain volume de vente a été atteint. En pareil cas, de nombreuses questions se posent: la partie de la remise représentant la TPS devrait-elle être remboursée? Et, dans l'affirmative, qui devrait bénéficier de ce remboursement? Des considérations de commodité et d'efficacité administratives lors de l'administration de la TPS devraient également entrer en jeu en pareil cas.

25 Compte tenu de ces complexités, il n'a pas fallu attendre longtemps après l'introduction de la TPS pour que des modifications légales soient adoptées et qu'elles s'appliquent aux remises effectuées après 1992 (L.C. 1993, ch. 27, par. 46(2) et (4)). Ces modifications ont imposé une nouvelle exigence: pour qu'un inscrit puisse demander un CTI pour une remise, la remise doit être accompagnée d'un écrit portant qu'une partie de la remise représente un montant de taxe. Ces modifications ont eu pour effet de rendre les exigences de l'article 181.1 *facultatives*, et ce, au choix de l'inscrit offrant la remise, ce qui accordait beaucoup de souplesse s'agissant du traitement de la partie de la remise correspondant à la TPS afin de mieux tenir compte des réalités du marché.

26 Ces modifications ont supprimé toute incertitude quant aux remises effectuées au point de vente et appliquées au prix de vente avant le calcul de la TPS. En pareil cas, l'inscrit déduit tout simplement la TPS du prix de vente initial et facture la TPS sur le prix réduit. Étant donné qu'en pareil cas, la remise ne comporte aucun élément de TPS, l'inscrit ne remet pas l'écrit prévu à l'article 181.1 et évite complètement l'application de cet article.

27 L'exigence de l'écrit prévu à l'article 181.1 vise également deux autres fins. En premier lieu, elle permet au client qui est également un inscrit de décider s'il est tenu de déclarer la partie de la remise qui correspond à la TPS conformément à l'article 181.1: voir le communiqué 92-064 du ministère des Finances, septembre 1992. En second lieu, elle sert à attirer l'attention du client sur la façon dont est traitée la partie de la remise correspondant à la TPS [TRADUCTION] « et augmente ainsi les chances que le marché exige que les remises soient rajustées pour tenir compte des crédits de taxe sur les intrants reçus par le fabricant » (D. M. Sherman, *Canada GST Service*, classeur C4, Carswell, Toronto, page 181-207).

28 Pour mieux comprendre la raison de l'écrit exigé par l'article 181.1, il est utile d'examiner certains des choix qui s'offrent à l'inscrit qui offre une remise.

29 L'inscrit peut défalquer la remise du prix avant de calculer la TPS. Sous réserve de certaines restrictions prévues par la Loi, l'inscrit peut utiliser cette option dans le cas des remises offertes aux points de vente. C'est effectivement l'option qu'a retenue TELUS dans le cas de bon nombre des programmes promotionnels où elle offrait une remise sur l'achat d'un téléphone: la remise était défalquée du prix du téléphone *avant* que la TPS ne soit appliquée (motifs, aux paragraphes 4 et 6; dossier d'appel,

vol. 2, p. 321, lignes 23 à 28). Si cette option est exercée, le client bénéficie de la totalité de la partie de la remise qui correspond à la TPS. Voici un exemple:

Prix initial	100 \$
Moins le rabais (ou la remise)	50 \$
Prix de vente total	50 \$
TPS (au taux de 7 p. 100 en vigueur à l'époque)	3,50 \$
Prix déboursé par le client	53,50 \$

Dans cet exemple, l'inscrit a de toute évidence exclu de l'opération la partie de la remise correspondant à la TPS. Il n'est donc pas tenu de remettre (et ne peut remettre) l'écrit exigé par l'article 181.1. L'inscrit s'est, dans cet exemple, effectivement soustrait à l'article 181.1 en s'assurant que le client ne paie pas la TPS sur la partie du prix de vente faisant l'objet d'une remise.

30 Toutefois, l'inscrit peut également choisir d'appliquer la remise après que la TPS a elle-même été calculée sur le prix intégral. C'est l'option que TELUS a retenue dans le cas des crédits de facturation (motifs, au paragraphe 6; dossier d'appel, vol. 2, p. 322, lignes 8 à 16). En pareil cas, l'inscrit a deux choix.

31 *Comme première option*, l'inscrit peut remettre en entier la TPS facturée pour la fourniture, y compris la TPS se rapportant à la remise. Il peut ensuite demander un CTI en vertu de l'article 181.1 de la *Loi sur la taxe d'accise*. Mais, pour ce faire, il doit remettre au client un écrit portant qu'une partie de la remise représente un montant de taxe. Cette situation s'explique en partie par le fait que, dans cette hypothèse, *le client subit une perte*. De fait, la remise effectivement consentie au client est inférieure à sa valeur nominale; autrement dit, la valeur de la remise est diminuée de la partie de la remise correspondant à la TPS. Le client doit être informé de ce fait. En voici un exemple:

Prix initial	100 \$
TPS (au taux de 7 p. 100 en vigueur à l'époque)	7 \$
Prix total	107 \$
Moins le rabais (ou la remise)	50 \$
Prix déboursé par le client	57 \$

32 *Comme seconde option*, l'inscrit peut dédommager le client en lui offrant une remise plus élevée qui tient compte de la partie de la remise correspondant à la TPS. En augmentant ainsi la remise, l'inscrit place le client essentiellement dans la même position que si la remise avait été appliquée au prix initial avant le calcul de la TPS. L'inscrit permet alors au client de « bénéficier à sa place » du crédit de taxe sur les intrants afférent à la remise. L'inscrit peut également demander en pareil cas un CTI en vertu de l'article 181.1 de la *Loi sur la taxe d'accise*, mais, alors, il ne le fait pas à son propre profit, mais en vue d'en faire bénéficier le client, comme l'illustre l'exemple suivant:

Prix initial	100 \$
TPS (au taux de 7 p. 100 en vigueur à l'époque)	7 \$
Prix total	107 \$
Moins la remise plus élevée	53,50 \$
Prix déboursé par le client	53,50 \$

33 L'effet net est de permettre à l'inscrit (dans le cas qui nous occupe, TELUS) de remettre au client la partie de la remise correspondant à la TPS ou de la retenir et d'en profiter lui-même.

34 TELUS fait essentiellement valoir qu'en offrant au client la possibilité de calculer la TPS, elle respectait les exigences de l'article 181.1, de sorte qu'elle avait le droit de demander un CTI sur la partie de la remise correspondant à la TPS. TELUS affirme qu'il suffit qu'il existe une possibilité de calculer la TPS, étant donné que [TRADUCTION] « les inscrits à la TPS ont souvent de la difficulté à déterminer les incidences de leurs opérations en ce qui concerne la TPS », mais « ont néanmoins l'obligation

de rendre compte avec exactitude de la TPS » (mémoire de TELUS, aux paragraphes 78 et 79). TELUS ajoute que, lorsque le législateur exige que des renseignements soient communiqués de façon spécifique et détaillée, il le prévoit expressément. Ainsi, suivant TELUS, [TRADUCTION] « si le législateur avait voulu davantage qu'une simple indication ou exigé qu'une facture (ou une pièce donnant droit à un rabais) respecte certaines formalités, comme l'a jugé la juridiction inférieure, on trouverait à l'article 181.1 des mots semblables à ceux que l'on trouve dans le *Règlement sur les renseignements à inclure dans les notes de crédit et les notes de débit (TPS/TVH)* » (mémoire de TELUS, au paragraphe 86).

35 Je ne souscris pas à l'argument avancé par TELUS. À mon avis, la simple possibilité d'effectuer un calcul ne suffit pas, compte tenu des objets visés par l'écrit que nous avons déjà mentionnés. La Loi exige davantage qu'une simple possibilité de calculer. Elle exige une indication écrite concrète.

36 En somme, l'article 181.1 exige de TELUS qu'elle remette un écrit pour permettre à son client qui est un inscrit (« la personne [...] si elle est un inscrit ») de déterminer si la TPS est comprise ou non dans la remise et, dans l'affirmative, de traiter l'élément de TPS conformément à l'alinéa 181.1b) de la *Loi sur la taxe d'accise*. L'écrit vise aussi à assurer la transparence en ce qui concerne les aspects de l'opération relatifs à la TPS en informant le client que la remise offerte par TELUS est inférieure à la valeur nominale de la remise elle-même.

37 À la lumière de ces objectifs, l'écrit exigé par l'article 181.1 de la *Loi sur la taxe d'accise* doit être davantage qu'une simple possibilité offerte au client de calculer et de découvrir comment l'inscrit (en l'occurrence, TELUS) a traité les aspects de la remise relatifs à la TPS.

38 Pour justifier une demande de crédit de taxe sur les intrants présentée en vertu de l'article 181.1 de la *Loi sur la taxe d'accise*, l'inscrit (en l'occurrence, TELUS) doit ventiler la partie de la remise correspondant à la TPS et indiquer par écrit le montant résultant au client, ou bien indiquer par écrit au client qu'une partie de la remise représente un montant de taxe en utilisant le libellé de l'article 181.1 de la *Loi sur la taxe d'accise* ou des mots analogues. Or, TELUS n'a rien fait de tel en l'espèce.

Conclusion

39 Je suis d'avis de rejeter l'appel et d'adjuger les dépens à l'intimée.

Johanne Trudel J.A.:

Je suis d'accord

David Stratas J.A.:

Je suis d'accord

Appeal dismissed.

Annexe

181. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

« bon » Sont compris parmi les bons les pièces justificatives, reçus, billets et autres pièces. En sont exclus les certificats-cadeaux et les unités de troc au sens de l'article 181.3.

« fraction de taxe » Quant à la valeur ou la valeur de rabais ou d'échange d'un bon:

a) dans le cas où le bon est accepté en contrepartie, même partielle, d'une fourniture effectuée dans une province participante, le résultat du calcul suivant:

A/B

où:

A représente la somme du taux fixé au paragraphe 165(1) et du taux de taxe applicable à la province,

B la somme de 100 % et du pourcentage déterminé selon l'élément A;

b) dans les autres cas, le résultat du calcul suivant:

C/D

où:

C représente le taux fixé au paragraphe 165(1),

D la somme de 100 % et du pourcentage déterminé selon l'élément C.

(2) Pour l'application de la présente partie, sauf le paragraphe 223(1), lorsqu'un inscrit accepte, en contrepartie, même partielle, de la fourniture taxable d'un bien ou d'un service, sauf une fourniture détaxée, un bon qui permet à l'acquéreur de bénéficier d'une réduction du prix du bien ou du service égale au montant fixe indiqué sur le bon (appelé « valeur du bon » au présent paragraphe) et que l'inscrit peut raisonnablement s'attendre à recevoir un montant pour le rachat du bon, les présomptions suivantes s'appliquent:

a) la taxe percevable par l'inscrit relativement à la fourniture est réputée égale à celle qui serait percevable s'il n'acceptait pas le bon;

b) l'inscrit est réputé avoir perçu, au moment de l'acceptation du bon, la partie de la taxe percevable qui correspond à la fraction de taxe de la valeur du bon;

c) la taxe payable par l'acquéreur relativement à la fourniture est réputée égale au montant calculé selon la formule suivante:

A - B

où:

A représente la taxe percevable par l'inscrit relativement à la fourniture,

B la fraction de taxe de la valeur du bon.

(3) Lorsqu'un inscrit accepte, en contrepartie, même partielle, de la fourniture taxable (sauf une fourniture détaxée) d'un bien ou d'un service un bon qui permet à l'acquéreur de bénéficier d'une réduction sur le prix du bien ou du service égale au montant fixe indiqué sur le bon ou à un pourcentage fixe, indiqué sur le bon, du prix (le montant de la réduction étant, dans chaque cas, appelé « valeur du bon » au présent paragraphe) et que l'inscrit peut raisonnablement s'attendre à ne pas recevoir de montant pour le rachat du bon, les règles suivantes s'appliquent:

a) pour l'application de la présente partie, l'inscrit doit considérer que le bon:

(i) soit réduit la valeur de la contrepartie de la fourniture en conformité avec le paragraphe (4),

(ii) soit représente un paiement au comptant partiel qui ne réduit pas la valeur de la contrepartie de la fourniture;

b) si l'inscrit considère que le bon est un paiement au comptant partiel qui ne réduit pas la valeur de la contrepartie de la fourniture, les alinéas (2)a) à c) s'appliquent à la fourniture et au bon, et l'inscrit peut demander, pour sa période de déclaration qui comprend le moment de l'acceptation du bon, un crédit de taxe sur les intrants égal à la fraction de taxe de la valeur du bon.

(4) Pour l'application de la présente partie, lorsqu'un inscrit accepte, en contrepartie, même partielle, de la fourniture d'un bien ou d'un service, un bon auquel les alinéas (2)a) à c) ne s'appliquent pas et qui est échangeable contre le bien ou le service ou qui permet à l'acquéreur de bénéficier d'une réduction ou d'un rabais sur le prix du bien ou du service, la valeur de la contrepartie de la fourniture est réputée égale à l'excédent éventuel de cette valeur, déterminée par ailleurs pour l'application de la présente partie, sur la valeur de rabais ou d'échange du bon.

(5) Pour l'application de la présente partie, lorsqu'un fournisseur qui est un inscrit accepte, en contrepartie, même partielle, de la fourniture taxable d'un bien ou d'un service, un bon qui est échangeable contre le bien ou le service ou qui permet à l'acquéreur de bénéficier d'une réduction ou d'un rabais sur le prix du bien ou du service, et qu'une autre personne verse dans le cadre de ses activités commerciales un montant au fournisseur pour racheter le bon, les règles suivantes s'appliquent:

- a) le montant est réputé ne pas être la contrepartie d'une fourniture;
- b) le versement et la réception du montant sont réputés ne pas être des services financiers;
- c) lorsque la fourniture n'est pas une fourniture détaxée et que le bon permet à l'acquéreur de bénéficier d'une réduction sur le prix du bien ou du service égale au montant fixe indiqué sur le bon (appelé « valeur du bon » au présent alinéa), l'autre personne, si elle est un inscrit (sauf un inscrit visé par règlement pour l'application du paragraphe 188(5)) au moment du versement, peut demander, pour sa période de déclaration qui comprend ce moment, un crédit de taxe sur les intrants égal à la fraction de taxe de la valeur du bon, sauf si tout ou partie de cette valeur représente le montant d'un redressement, d'un remboursement ou d'un crédit auquel s'applique le paragraphe 232(3).

181.1 Lorsqu'un inscrit effectue au Canada la fourniture taxable, sauf une fourniture détaxée, d'un bien ou d'un service qu'une personne acquiert de l'inscrit ou de quelqu'un d'autre et verse à la personne, relativement au bien ou au service, une remise, à laquelle le paragraphe 232(3) ne s'applique pas, accompagnée d'un écrit portant qu'une partie de la remise représente un montant de taxe, les règles suivantes s'appliquent:

- a) l'inscrit peut demander, pour sa période de déclaration qui comprend le moment du versement de la remise, un crédit de taxe sur les intrants égal au produit du montant de la remise par la fraction (appelée « fraction de taxe relative à la remise » au présent article) déterminée selon le calcul suivant:

A/B

où:

A représente:

- (i) si la taxe prévue au paragraphe 165(2) était payable relativement à la fourniture du bien ou du service au profit de la personne, la somme du taux fixé au paragraphe 165(1) et du taux de taxe applicable à la province participante dans laquelle cette fourniture a été effectuée,
- (ii) dans les autres cas, le taux fixé au paragraphe 165(1),

B la somme de 100 % et du pourcentage déterminé selon l'élément A;

- b) pour l'application de la présente partie, la personne est réputée, si elle est un inscrit qui peut demander un crédit de taxe sur les intrants, ou un remboursement en vertu de la section VI, relativement à l'acquisition, avoir effectué une fourniture taxable et avoir perçu, au moment du versement de la remise, la taxe relative à la fourniture, calculée selon la formule suivante:

$$A \times (B/C) \times D$$

où:

A représente la fraction de taxe relative à la remise,

B le crédit de taxe sur les intrants ou le remboursement visé à la section VI que la personne pouvait demander relativement à l'acquisition,

C la taxe payable par elle relativement à l'acquisition,

D la remise que l'inscrit lui a versée.

Appendice

[TRADUCTION]

DATE DE FACTURATION: 1er février 2002

N° DU CLIENT: 01463052

PAGE 2 de ?page?

DÉTAIL DU COMPTE

Frais courants — détails

250-215-1985

Forfaits mensuels

<i>Nom du forfait</i>	<i>Total</i>
Parlez 20 \$/150 3 ans (2 février au 1er mars)	20,00
Parlez 20 \$/150 (23 janvier au 1er février)	-6,00
Parlez 20 \$/150 3 ans (23 janvier au 1er février)	6,00
Parlez 20 \$/150 (12 janvier au 1er février)	13,33
<i>Total</i>	<i>33,33 \$</i>

Temps d'antenne local additionnel

<i>Service</i>	<i>Total minutes utilisées</i>	<i>Minutes incluses utilisées</i>	<i>Minutes facturables utilisées</i>	<i>Total</i>
Téléphone (min.)	223:52	129:51	94:01	19,76
<i>Total</i>				<i>19,76 \$</i>

Frais d'interurbains, frais d'itinérance et autres frais de communication

<i>Service</i>	<i>Minutes d'interurbain utilisées</i>	<i>Frais d'interurbains</i>	<i>Minutes d'itinérance utilisées</i>	<i>Frais d'itinérance</i>	<i>Autres frais</i>	<i>Total</i>
Téléphone (min.)	134:16	32,26	0:00	0,00	0,00	32,26
<i>Total</i>						<i>32,26 \$</i>

Services à valeur ajoutée

<i>Service</i>	<i>Total</i>
Afficheur	3,00
Afficheur	2,00
Appels locaux illimités	0,00
Internet sans fil — Nav. essai	0,00
<i>Total</i>	<i>5,00 \$</i>

Autres frais et crédits**Frais ou crédit**

Frais d'ouverture de compte	Total	
		25,00
Créd. téléph. contrat 3 ans		-125,00
Total		-100,00 \$

Frais et redevances d'utilisation du réseau**Frais**

Accès au service d'urgence 911	Total	
		0,25
Accès au service d'urgence 911		0,00
Accès au service d'urgence 911		0,17
Redevances d'utilisation		6,95
Redevances d'utilisation		0,00
Redevances d'utilisation		4,63
Total		12,00 \$

Taxes

TPS	8,91	
TVP (Colombie-Britannique)	8,91	
Total des taxes		17,82 \$
	Total des frais courants	20,17 \$
	33,33 \$ + 19,76 \$ + 32,26 \$ + 5,00 \$ + 25,00 \$ + 12,00 \$	
	= 127,35 \$ × 0,07	
	= 8,91 \$	

COUR SUPÉRIEURE (chambre commerciale)
DISTRICT DE MONTRÉAL N° : 500-11-048114-157
DANS L'AFFAIRE DE LA LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS DES COMPAGNIES :
BLOOM LAKE GENERAL PARTNER LIMITED ET ALS.
Requérantes
et
THE BLOOM LAKE IRON ORE MINE LIMITED PARTNERSHIP ET ALS
Mises en causes
et
AGENCE DU REVENU DU QUEBEC AGENCE DU REVENU DU CANADA
Mises-en-cause
et
FTI CONSULTING CANADA INC.
Contrôleur
CAHIER DE SOURCES DE L'AGENCE DU REVENU DU QUEBEC
O R I G I N A L
Me Daniel Cantin Me Jean-Claude Gaudette Me Henrick Lavoie LARIVIÈRE MEUNIER 3800, rue de Marly, secteur 5-2-8 Québec (Québec) G1X 4A5 Téléphone: 418 652-6842 Sans frais: 1 888 830-8808, poste 418 652-5245 Télécopieur : 418 577-5327 Notification : Notif-Quebec@revenuquebec.ca N/Réf. : 1001-CQ-366741-21
BV-0720