

CANADA
PROVINCE OF QUÉBEC
DISTRICT OF MONTREAL

No: 500-11-048114-157

SUPERIOR COURT

(Commercial Division)

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

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

**BLOOM LAKE GENERAL PARTNER
LIMITED,
QUINTO MINING CORPORATION,
8568391 CANADA LIMITED, CLIFFS
QUEBEC IRON MINING ULC, WABUSH
IRON CO. LIMITED AND WABUSH
RESOURCES INC.**

Petitioners

-and-

**THE BLOOM LAKE IRON ORE MINE
LIMITED PARTNERSHIP, BLOOM LAKE
RAILWAY COMPANY LIMITED, WABUSH
MINES, ARNAUD RAILWAY COMPANY
AND WABUSH LAKE RAILWAY
COMPANY, LIMITED**

Mises-en-cause

-and-

**HER MAJESTY IN RIGHT OF
NEWFOUNDLAND & LABRADOR, AS
REPRESENTED BY THE
SUPERINTENDENT OF PENSIONS**

**THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA,
ACTING ON BEHALF OF THE OFFICE OF
THE SUPERINTENDENT OF FINANCIAL
INSTITUTIONS**

**MICHAEL KEEPER, TERENCE WATT,
DAMIEN LEBEL AND NEIL JOHNSON**

**UNITED STEEL WORKERS, LOCALS
6254 AND 6285**

RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC

**MORNEAU SHEPELL LTD., IN ITS
CAPACITY AS REPLACEMENT PENSION
PLAN ADMINISTRATOR**

Mis-en-cause

-and-

FTI CONSULTING CANADA INC.

Monitor

**BOOK OF AUTHORITIES AND REPORTS OF THE
SUPERINTENDENT OF PENSIONS OF NEWFOUNDLAND & LABRADOR**

<u>Doctrine</u>	TAB
<i>Barron's Canadian Law Dictionary</i>	1
DOLKAR, K., "Re-Thinking Rescue: a Critical Examination of CCAA Liquidating Plans" (2011) 27 Banking & Finance Law Review 111	2
GARNER, B., <i>Black's Law Dictionary</i> , (7 th ed.: 1999).....	3
HOGG, P., <i>Constitutional Law of Canada</i> (5 th ed., supplemented)	4
KAPLAN, A. and FRAZER, M., <i>Pension Law</i> (2 nd ed.: 2013)	5
NOCILLA, A., "Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36", (2012) 52 CBLJ 226	6
NOCILLA, A., "Is 'Corporate Rescue' Working in Canada", (2013) 53 CBLJ 382	7
NOCILLA, A., "The History of the Companies' Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada" (2014) 56 CBLJ 73, at p. 8.....	8
PRÉVOST, A., "Pension deemed trust: what's left?" (2017) 59 CBLJ 30.....	9

REID, H., Ad.E., *Dictionnaire de Droit Québécois et Canadien*
(4th ed.: 2010)..... 10

SULLIVAN, R., *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed.: 2014)..... 11

WOOD, R., “Rescue and Liquidation in Restructuring Law” (2013)
53 CBLJ 407 12

Jurisprudence

114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town),
[2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40 13

Alberta (Attorney General) v. Moloney, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327 14

Aveos Fleet Performance Inc. (Re), 2013 QCCS 5762 15

Bank of Montreal v. Marcotte, [2014] 2 SCR 725, 2014 SCC 55..... 16

Bloom Lake (Re), 2017 QCCS 284 17

Buschau v. Rogers Communications Inc., [2006] 1 S.C.R. 973, 2006 SCC 28..... 18

Canadian Western Bank v. Alberta, [2007] 2 S.C.R. 3, 2007 SCC 22 19

Century Services Inc. v. Canada (Attorney General), 2010 SCC 60,
[2010] 3 S.C.R. 379..... 20

Construction Montcalm Inc. v. Min. Wage Com., [1979] 1 S.C.R. 754 21

Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd., [2004] 1 SCR 60,
2004 SCC 3..... 22

Globe-X Management Ltd. (Proposition de), 2006 QCCA 290..... 23

Grant Forest Products Inc. (Re), 2013 ONSC 5933 24

Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue, [1995] 3 S.C.R. 453 25

Indalex Limited (Re), 2011 ONCA 265 26

<i>Indalex Limited (Re)</i> , 2010 ONSC 1114.....	27
<i>Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)</i> , [2004] 3 SCR 152, 2004 SCC 54	28
<i>Puratone et al.</i> , 2013 MBQB 171	29
<i>Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association</i> , 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536	30
<i>Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)</i> , [1998] 1 S.C.R. 27	31
<i>Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan</i> , [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13.....	32
<i>Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.</i> , 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419	33
<i>Schmidt v. Air Products Canada Ltd.</i> , [1994] 2 S.C.R. 611	34
<i>Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers</i> , 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271.....	35
<i>Target Canada Co. (Re)</i> , 2015 ONSC 303.....	36
<i>Timminco Ltée (Arrangement relative à)</i> , 2014 QCCS 174	37
<u>Monitor's Reports</u>	
Monitor's Report (17 th).....	38
Monitor's Report (18 th).....	39
Monitor's Report (19 th).....	40
Monitor's Report (21 st).....	41
Monitor's Report (22 nd)	42
Monitor's Report (23 rd)	43
Monitor's Report (25 th).....	44
Monitor's Report (26 th).....	45

Monitor's Report (27th)..... 46
Monitor's Report (28th)..... 47
Monitor's Report (34th)..... 48

MONTREAL, May 19, 2017

(S) IRVING MITCHELL KALICHMAN LLP

M^e Doug Mitchell
M^e Edward B chard-Torres
ebechardtorres@imk.ca
IRVING MITCHELL KALICHMAN LLP
3500 De Maisonneuve Boulevard West
Suite 1400
Montreal, Quebec H3Z 3C1
T: 514 934-7743 | F: 514 935-2999
Lawyers for the Newfoundland & Labrador
Superintendent of Pensions
Our file: 1606-4
BI0080

SUPERIOR COURT
(Commercial Division)

CANADA
PROVINCE OF QUEBEC
DISTRICT OF MONTRÉAL

No: 500-11-048114-157

DATE: January 30, 2017

PRESIDED BY THE HONOURABLE STEPHEN W. HAMILTON, J.S.C.

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

**BLOOM LAKE GENERAL PARTNER LIMITED
QUINTO MINING CORPORATION
8568391 CANADA LIMITED
CLIFFS QUÉBEC IRON MINING ULC
WABUSH IRON CO. LIMITED
WABUSH RESOURCES INC.**

Petitioners

And

**THE BLOOM LAKE IRON ORE MINE
LIMITED PARTNERSHIP
BLOOM LAKE RAILWAY COMPANY LIMITED
WABUSH MINES
ARNAUD RAILWAY COMPANY LIMITED
WABUSH LAKE RAILWAY COMPANY LIMITED**

Mises en cause

And

**MICHAEL KEEPER, TERENCE WATT, DAMIEN LABEL
AND NEIL JOHNSON
SYNDICAT DES MÉTALLOS, SECTIONS LOCALES 6254 ET 6285
MORNEAU SHEPELL LTD, IN ITS CAPACITY AS
REPLACEMENT PENSION PLAN ADMINISTRATOR
HER MAJESTY IN RIGHT OF NEWFOUNLAND
AND LABRADOR, AS REPRESENTED BY THE**

**SUPERINTENDENT OF PENSIONS
THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA, ACTING
ON BEHALF OF THE OFFICE OF THE SUPERINTENDENT
OF FINANCIAL INSTITUTIONS
RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC
VILLE DE SEPT-ÎLES**

Mises en cause

And

FTI CONSULTING CANADA INC.

Monitor

JUDGMENT

INTRODUCTION

[1] The debtors have filed proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA").¹ They owe substantial liabilities under two pension plans, including special payments, catch-up special payments and wind-up deficiencies. The Monitor has filed a motion for directions with respect to the priority of the various components of the pension claims.

[2] A preliminary issue has arisen as to whether the Court should request the aid of the Supreme Court of Newfoundland and Labrador (the "NL Court") with respect to the scope and priority of the deemed trust and other security created by the Newfoundland and Labrador *Pension Benefit Act* ("NLPBA"),² which regulates in part the pension plans.

CONTEXT

[3] On May 19, 2015, the Petitioners Wabush Iron Co. Limited and Wabush Resources Inc. and the Mises-en-cause Wabush Mines (a joint venture of Wabush Iron and Wabush Resources), Arnaud Railway Company and Wabush Lake Railway Company Limited (together the "Wabush CCAA Parties") filed a motion for the issuance of an initial order under the CCAA, which was granted the following day by the Court.

[4] Prior to the filing of the motion, Wabush Mines operated (1) the iron ore mine and processing facility located near the Town of Wabush and Labrador City, Newfoundland and Labrador, and (2) the port facilities and a pellet production facility at Pointe-Noire, Québec. Arnaud Railway and Wabush Lake Railway are both federally regulated

¹ R.S.C. 1985, c. C-36.

² S.N.L. 1996, c. P-40.1.

railways that transported iron ore concentrate from the Wabush mine to the Pointe-Noire port. The operations had been discontinued and the employees terminated or laid off prior to the filing of the CCAA motion.

[5] The Wabush CCAA Parties have two pension plans for their employees which include defined benefits:

- A hybrid pension plan for salaried employees at the Wabush mine and the Pointe-Noire port hired before January 1, 2013, known as the Contributory Pension Plan for Salaried Employees of Wabush Mines, Cliffs Mining Company, Managing Agent, Arnaud Railway Company and Wabush Lake Railway Company (the “Salaried Plan”); and
- A pension plan for unionized hourly employees at the Wabush mine and Pointe-Noire port, known as the Pension Plan for Bargaining Unit Employees of Wabush Mines, Cliffs Mining Company, Managing Agent, Arnaud Railway Company and Wabush Lake Railway Company (the “Union Plan”).

[6] Wabush Mines was the administrator of both plans.

[7] The majority of the employees covered by the plans reported for work in Newfoundland and Labrador while some reported for work in Québec. Moreover, some of the employees covered by the Union Plan worked for Arnaud Railway, which is a federally regulated railway. The result is that the Salaried Plan is governed by the NLPBA, while the Union Plan is governed by both the NLPBA and the federal *Pension Benefits Standards Act* (“PBSA”).³ Further, the Union suggests that the Québec *Supplemental Pension Plans Act* (“SPPA”)⁴ might be applicable to employees or retirees who reported for work in Québec. Both plans are subject to regulatory oversight by the provincial regulator in Newfoundland and Labrador, the Superintendent of Pensions (the “NL Superintendent”), while the Union Plan is also subject to regulatory oversight by the federal pension regulator, the Office of the Superintendent of Financial Institutions (“OSFI”). The Québec regulator, Retraite Québec, might also have a role to play.

[8] On June 26, 2015, in the context of approving the interim financing of the debtors, the Court ordered the suspension of payment by the Wabush CCAA Parties of the monthly amortization payments and the annual lump sum “catch-up” payments coming due under the plans, and confirmed the priority of the Interim Lender Charge over the deemed trusts with respect to the pension liabilities. The Court also ordered the

³ R.S.C. 1985 (2nd Supp.), c. 32.

⁴ CQLR, c R-15.1, s. 49.

suspension of payment of other post-retirement benefits, including life insurance, health care and a supplemental retirement arrangement plan.⁵

[9] On December 16, 2015, the NL Superintendent terminated both plans effective immediately on the basis that the plans failed to meet the solvency requirements under the regulations, the employer has discontinued all of its business operations and it was highly unlikely that any potential buyer of the assets would agree to assume the assets and liabilities of the plans.⁶ On the same date, OSFI terminated the Union Plan effective immediately for the same reasons.⁷

[10] Both the NL Superintendent and OSFI reminded the Wabush CCAA Parties of the employer's obligation upon termination of the plan to pay into the pension fund all amounts that would be required to meet the solvency requirements and the amount necessary to fund the benefits under the plan. They also referred to the rules with respect to deemed trusts.⁸

[11] On January 26, 2016, the salaried retirees received a letter from Wabush Mines notifying them that the NL Superintendent had directed Wabush Mines to reduce the amount of monthly pension benefits of the members by 25%.⁹ Retirees under the Union Plan had their benefits reduced by 21% on March 1, 2016.¹⁰

[12] On March 30, 2016, the NL Superintendent and OSFI appointed Morneau Shepell Ltd as administrator for the plans.¹¹

[13] The Wabush CCAA Parties paid the monthly normal cost payments for both plans up to the termination of the plans on December 16, 2015. As a result, the monthly normal cost payments for the Union Plan were fully paid as of December 16, 2015.¹² The monthly normal cost payments for the Salaried Plan had been overpaid in the amount of \$169,961 as of December 16, 2015.¹³

⁵ 2015 QCCS 3064; motion for leave to appeal dismissed, 2015 QCCA 1351.

⁶ Exhibit R-13.

⁷ Exhibit R-14.

⁸ Exhibits R-13 and R-14.

⁹ Exhibit RESP-7.

¹⁰ Affidavit of Terence Watt, sworn December 14, 2016, par. 19.

¹¹ Exhibit R-15.

¹² There is a debate as to whether the Wabush CCAA Parties were required to pay the full monthly payment for December or only a pro-rated portion. The amount at issue for the period from December 17 to 31, 2015 is \$21,462.

¹³ Exhibit R-16.

[14] However, the Wabush CCAA Parties ceased making the special payments in June 2015 pursuant to the order issued by the Court, with the result that unpaid special payments as of December 16, 2015 total \$2,185,752 for the Salaried Plan¹⁴ and \$3,146,696 for the Union Plan.¹⁵

[15] Further, the Wabush CCAA Parties did not make the lump sum “catch-up” special payments that came due after June 2015. The amount payable is now calculated to be \$3,525,125.¹⁶ These amounts became known with certainty only when the actuarial report was completed and filed in July 2015, but some of these amounts may relate to the pre-filing period.

[16] Finally, the plans are underfunded. The Plan Administrator estimates the wind-up deficits as at December 16, 2015 to be approximately \$26.7 million for the Salaried Plan and approximately \$27.7 million for the Union Plan.

[17] As a result, according to the Monitor, the total amounts owing are approximately \$28.7 million to the Salaried Plan and \$34.4 million to the Union Plan.

[18] The Plan Administrator filed a proof of claim in respect of the Salaried Plan that includes a secured claim in the amount of \$24 million and a restructuring claim in the amount of \$1,932,940,¹⁷ and a proof of claim with respect to the Union Plan that includes a secured claim in the amount of \$29 million and a restructuring claim in the amount of \$6,059,238.¹⁸

[19] The differences in the numbers are not important at this stage. It is sufficient to note that there are very large claims and that the Plan Administrator claims the status of a secured creditor with respect to a substantial part of its claims.

[20] It is also important to note that the Wabush CCAA Parties held assets both in Newfoundland and Labrador and in Québec. Many of the Québec assets have been sold and have generated substantial proceeds currently held by the Monitor.

[21] The Monitor is now working through the claims procedure. In that context, the Monitor applies to the Court for an order declaring that:

- a) normal costs and special payments outstanding as at the date of the Wabush Initial Order are subject to a limited deemed trust;

¹⁴ Exhibit R-16.

¹⁵ Exhibit R-17.

¹⁶ Exhibit R-17.

¹⁷ Exhibit R-18.

¹⁸ Exhibit R-19.

- b) normal costs and special payments payable after the date of the Wabush Initial Order, including additional special payments and catch up payments established on the basis of actuarial reports issued after the Wabush Initial Order, constitute unsecured claims;
- c) the wind-up deficiencies constitute unsecured claims; and
- d) any deemed trust created pursuant to the NLPBA may only charge property in Newfoundland and Labrador.

[22] Those issues are not yet before the Court. A preliminary issue has arisen as to whether the Court should request the aid of the NL Court with respect to the scope and priority of the deemed trust and the lien created by the NLPBA and whether the deemed trust and the lien extend to assets located outside of Newfoundland and Labrador.

POSITION OF THE PARTIES

[23] All parties agree that (1) the Court has jurisdiction to deal with all of the issues, and (2) the Court has the discretion to request the aid of the NL Court.

[24] Three parties suggest that the Court should exercise that discretion and request the aid of the NL Court:

- The Plan Administrator;
- The representatives of the salaried employees and retirees; and
- The NL Superintendent.

[25] The representatives of the salaried employees and retirees have proposed that the following questions should be resolved by the NL Court:

1. The Supreme Court of Canada has confirmed in *Indalex* that provincial laws apply in CCAA proceedings, subject only to the doctrine of paramountcy. Assuming there is no issue of paramountcy, what is the scope of section 32 in the NPBA [NLPBA] deemed trusts in respect of:
 - a) unpaid current service costs;
 - b) unpaid special payments; and,
 - c) unpaid wind-up liability.
2. The Salaried Plan is registered in Newfoundland and regulated by the NPBA.

- a) (i) Does the PBSA deemed trust also apply to those members of the Salaried Plan who worked on the railway (i.e., a federal undertaking)?
- (ii) If yes, is there a conflict with the NPBA and PBSA if so, how is the conflict resolved?
- b) (i) Does the SPPA also apply to those members of the Salaried Plan who reported for work in Québec?
- (ii) If yes, is there a conflict with the NPBA and SPPA and if so, how is the conflict resolved?
- (iii) Do the Quebec SPPA deemed trusts also apply to Québec Salaried Plan members?
3. Is the NPBA lien and charge in favour of the pension plan administrator in section 32(4) of the NPBA a valid secured claim in favour of the plan administrator? If yes, what amounts does this secured claim encompass?

[26] Three other parties suggest that the Court should not transfer any issues to the NL Court and should decide all of the issues:

- The Monitor;
- The Syndicat des métallos, sections locales 6254 et 6285; and
- The Ville de Sept-Îles.

[27] The Ville de Sept-Îles argues that the request to transfer should be dismissed because it is too late.

[28] Finally, two parties do not take a position on the request to transfer:

- The Attorney–General of Canada, acting on behalf of OSFI; and
- Retraite Québec.

ANALYSIS

1. The jurisdiction of the CCAA Court

[29] In principle, all issues relating to a debtor’s insolvency are decided before a single court.¹⁹ This rule is based on the “public interest in the expeditious, efficient and

¹⁹ *Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, 2001 SCC 92, par. 25-28.

economical clean-up of the aftermath of a financial collapse.”²⁰ This public interest favours a “single control” of insolvency proceedings by one court as opposed to their fragmentation among several courts.²¹

[30] The Supreme Court in *Sam Lévy* concluded as follows with respect to the relevant test:

76 In the present case, we are confronted with a federal statute that *prima facie* establishes one command centre or “single control” (*Stewart, supra*, at p. 349) for all proceedings related to the bankruptcy (s. 183(1)). Single control is not necessarily inconsistent with transferring particular disputes elsewhere, but a creditor (or debtor) who wishes to fragment the proceedings, and who cannot claim to be a “stranger to the bankruptcy”, has the burden of demonstrating “sufficient cause” to send the trustee scurrying to multiple jurisdictions. Parliament was of the view that a substantial connection sufficient to ground bankruptcy proceedings in a particular district or division is provided by proof of facts within the statutory definition of “locality of a debtor” in s. 2(1). The trustee in that locality is mandated to “recuperate” the assets, and related proceedings are to be controlled by the bankruptcy court of that jurisdiction. The Act is concerned with the economy of winding up the bankrupt estate, even at the price of inflicting additional cost on its creditors and debtors.²²

(Emphasis added)

[31] Although the *Sam Lévy* case was decided in the context of the *Bankruptcy and Insolvency Act* (“BIA”),²³ the same principles apply in the context of the other insolvency legislation, including the CCAA.²⁴ The CCAA court has jurisdiction to deal with all of the issues that arise in the context of the CCAA proceedings.²⁵ The stay of proceedings under the CCAA gives effect to this principle by preventing creditors from bringing proceedings outside the CCAA proceedings without the authorization of the CCAA court.

[32] There are clear efficiencies to having a single court deal with all of the issues in a single judgment.

²⁰ *Ibid*, par. 27.

²¹ *Ibid*, par. 64.

²² *Ibid*, par. 76.

²³ R.S.C. 1985, c. B-3.

²⁴ *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, par. 22; *Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67, par. 21; *Montreal, Maine & Atlantic Canada Co./Montréal, Maine & Atlantique Canada Cie (Arrangement relatif à)*, 2013 QCCS 5194, par. 24-25; *Re Nortel Networks Corporation et al*, 2015 ONSC 1354, par. 24; *Re Essar Steel Algoma Inc.*, 2016 ONSC 595, par. 29-30, judgment of Court of Appeal ordering (i) Cliffs to seek leave to appeal the Order, (ii) the hearing of the leave to appeal motion be expedited, and (iii) the issuance of a stay pending the disposition of the leave to appeal motion, 2016 ONCA 138.

²⁵ Section 16 CCAA provides that the orders of the CCAA court are enforced across Canada.

[33] The general rule is therefore that the Court should rule on all issues that arise in the context of these insolvency proceedings.

2. The discretion to ask for the assistance of another court

[34] There are however situations where another court can deal more efficiently with specific issues. The CCAA Court has jurisdiction to ask for the assistance of another court under Section 17 CCAA:

17 All courts that have jurisdiction under this Act and the officers of those courts shall act in aid of and be auxiliary to each other in all matters provided for in this Act, and an order of a court seeking aid with a request to another court shall be deemed sufficient to enable the latter court to exercise in regard to the matters directed by the order such jurisdiction as either the court that made the request or the court to which the request is made could exercise in regard to similar matters within their respective jurisdictions.

[35] The representative of the salaried employees and retirees also pleaded the notion of *forum non conveniens* under the Civil Code:

3135. Even though a Québec authority has jurisdiction to hear a dispute, it may, exceptionally and on an application by a party, decline jurisdiction if it considers that the authorities of another State are in a better position to decide the dispute.

[36] The Supreme Court held in *Sam Lévy*²⁶ that Article 3135 C.C.Q. does not apply in bankruptcy matters because of Section 187(7) BIA, which provides:

187 (7) The court, on satisfactory proof that the affairs of the bankrupt can be more economically administered within another bankruptcy district or division, or for other sufficient cause, may by order transfer any proceedings under this Act that are pending before it to another bankruptcy district or division.

[37] While Section 17 CCAA is not as explicit, the Court is satisfied that it is not necessary or appropriate to refer to Article 3135 C.C.Q. in the present context. The CCAA court is not being asked to decline jurisdiction, but rather it is being asked to seek the assistance of another court.

[38] The Court is therefore satisfied that, notwithstanding the general rule that it should rule on all issues that arise in the context of these insolvency proceedings, it can seek the assistance of another court. It is a discretionary decision of this Court, based on factors such as cost, expense, risk of contradictory judgments, expertise, etc.

²⁶ *Supra* note 19, par. 62.

3. Specific grounds

[39] The arguments put forward in support of the referral of the issues to the NL Court can be summarized as follows:

a) Legal considerations:

- These are complex and important issues of provincial law;
- The courts in Newfoundland and Labrador possess far greater expertise in interpreting the NLPBA than does the courts in Québec, although these specific questions have not yet been considered by any court in Newfoundland and Labrador;
- The interpretation of the NLPBA is a question of the intention of the legislator in Newfoundland and Labrador, and the NL Court is better situated to determine this intention;

b) Factual considerations:

- It is a question of purely local concern and it may significantly impact a large number of residents of Newfoundland and Labrador;
- The province of Newfoundland and Labrador is closely connected to the dispute: a majority of the employees reported for work in the province and the Wabush CCAA Parties maintained significant business operations in the province;
- If justice is to be done and be seen to be done it is important that consequential decisions on provincial legislation be made by the courts of that province;
- The representatives of the salaried employees and retirees want the NL Court to interpret the NLPBA;

c) Practical considerations:

- The law of another province is treated as a question of fact in Québec, with the result that the conclusion on a matter of foreign law is not binding on subsequent courts and can only be overturned in the presence of a palpable and overriding error;
- It might be difficult to prove the law of Newfoundland and Labrador in a Québec court given the lack of jurisprudence on the specific issues;

- There will be increased costs if the Québec Court interprets the NLPBA because of the need to retain experts to provide legal opinions;
- There is no reason to believe that fragmenting the proceedings will result in additional delay;
- The judgment to be rendered will be a precedent and only a decision of the courts of Newfoundland and Labrador would be an authoritative precedent;
- Other persons or parties may wish to intervene on the issue of the scope of the Section 32 NLPBA deemed trusts, which would be more practical in the NL Court.

[40] These arguments do not convince the Court that this is an appropriate case to refer the issues to the NL Court.

a) Legal considerations

[41] This is the key argument put forward by the parties suggesting that the NLPBA issues be referred to the NL Court: the issues relate to the NLPBA, and the NL Court is best qualified to interpret the NLPBA.

[42] The Court accepts as a starting point that the NLPBA applies in the present matter: the pension plans are regulated by the NL Superintendent in accordance with the NLPBA (although OSFI also regulates the Union Plan in accordance with the PBSA) and the plans expressly provide that they are interpreted in accordance with the NLPBA.

[43] The Court also accepts the obvious proposition that the NL Court is more qualified to deal with an issue of Newfoundland and Labrador law than the courts of Québec, particularly since Newfoundland and Labrador is a common law jurisdiction and Québec is a civil law jurisdiction.

[44] However, that does not mean that the Court will automatically refer every issue governed by the law of another jurisdiction to the courts of that other jurisdiction.

[45] First, there are rules in the Civil Code with respect to how Québec courts deal with issues governed by foreign law. Articles 3083 to 3133 C.C.Q. set out the rules to determine which law is applicable to a dispute before the Québec courts, and Article 2809 C.C.Q. sets out how the foreign law is proven before the Québec courts.

[46] Further, pursuant to these rules, Québec courts regularly hear matters governed by foreign law. The Court of Appeal recently held that the fact that a dispute is governed by foreign law does not have much weight in a *forum non conveniens* analysis:

[98] Si on revoie les considérations du Juge, portant sur dix points, pour conclure que le for géorgien est préférable, deux aspects principaux en ressortent, soit les coûts et la loi applicable.

[99] Quant à cette dernière considération, elle n'est pas d'un grand poids, à mon avis. Parce que le débat porte sur les faits plutôt que sur le droit. Parce que la *common law* est tout de même familière aux tribunaux québécois. Parce que faire la preuve de la loi d'un État américain n'est pas un grand défi, c'est même chose courante.

[100] Et surtout, parce que le critère de la loi applicable ne constitue pas en soi un facteur important. Dans tout litige international, les conflits de lois sont l'ordinaire et non l'exception.²⁷

[47] In other words, the mere fact that a dispute is governed by foreign law is not a good reason to send the case to the foreign jurisdiction. This principle was applied in a CCAA context in the *MMA* case.²⁸

[48] There are examples in the insolvency context of the court with jurisdiction over the insolvency declining to send an issue governed by foreign law to the foreign court. In *Sam Lévy*, the Supreme Court declined to send an insolvency matter to British Columbia simply because there was a choice of B.C. law, stating, "The Quebec courts are perfectly able to apply the law of British Columbia."²⁹

[49] In *Lawrence Home Fashions Inc./Linge de maison Lawrence inc. (Syndic de)*, Justice Schragar, then of this Court, stated :

[18] In any event, should equitable set-off under Ontario law become relevant to the case, Québec judges sitting in such matters, on the presentation of the appropriate evidence, are readily capable of dealing with foreign law issues. Indeed, this is a frequent occurrence particularly in insolvency matters.³⁰

[50] The Ontario courts rejected similar arguments in *Essar Algoma*:

[80] Ontario courts can and do often apply foreign law. In this case I do not consider the fact that the law to be applied is Ohio law much of a factor, if any.³¹

²⁷ *Stormbreaker Marketing and Productions Inc. c. Weinstock*, 2013 QCCA 269, par. 98-100.

²⁸ *MMA*, *supra* note 24, par. 20.

²⁹ *Sam Lévy*, *supra* note 19, par. 61.

³⁰ 2013 QCCS 3015, par. 18.

³¹ *Supra* note 24, par. 80. See also *Nortel Networks*, *supra* note 24, par. 29.

[51] The Monitor submitted cases in which Québec courts have interpreted different provisions of the pension laws of other provinces.³² The Court also notes that it dealt to a more limited extent with the deemed trust under the NLPBA in its decision dated June 26, 2015.

[52] There are nevertheless circumstances where the CCAA court has referred legal issues to the courts of another province. The *Curragh*³³ and *Yukon Zinc*³⁴ judgments were cited as examples of such cases. However, in both cases, the legal issues related to the Yukon *Miners Lien Act*.³⁵ Justice Farley in *Curragh* wrote :

This legislation and its concept of the lien affecting the output of the mine or mining claim is apparently unique to the Yukon Territory.³⁶

[53] Moreover, both cases involved real rights on property in Yukon.

[54] The parties also pointed to *Timminco* as precedent authority directly on point supporting the transfer of a pension issue by the CCAA court to the jurisdiction where the pension plan is registered and has been administered.³⁷ However, *Timminco* is not a precedent in that the parties in that case consented to the referral of the issue and Justice Morawetz simply gave effect to their consent.

[55] Without concluding that the Court would only refer a legal issue if the foreign law at issue is unique, the Court concludes that the arguments favouring the referral of a legal issue are stronger when the foreign law is unique.

[56] It is therefore important to examine the issues that might be referred to the NL Court and the uniqueness of the NLPBA provisions that are at issue in the present matter.

[57] The representatives of the salaried employees and retirees identify the relevant questions as being the scope of the deemed trust and of the lien and charge under Section 32 NLPBA, as well as the interaction between the NLPBA and the federal and Québec statutes.

[58] Section 32 NLPBA provides:

³² *Emerson Électrique du Canada Itée c. Chatigny*, 2013 QCCA 163; *Bourdon c. Stelco inc.*, 2004 CanLII 13895 (QC CA).

³³ *Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) v. Curragh Inc.*, [1994] O.J. No. 953 (Gen. Div.)

³⁴ *Yukon Zinc Corp. (Re)*, 2015 BCSC 1961.

³⁵ R.S.Y. 2002, c. 151.

³⁶ *Supra* note 33, par. 11. See also *Yukon Zinc*, *supra* note 34, par. 47 and 57.

³⁷ *Timminco Limited (Re)*, 2012 ONSC 5959.

32. (1) An employer or a participating employer in a multi-employer plan shall ensure, with respect to a pension plan, that

- (a) the money in the pension fund;
- (b) an amount equal to the aggregate of
 - (i) the normal actuarial cost, and
 - (ii) any special payments prescribed by the regulations, that have accrued to date; and
- (c) all
 - (i) amounts deducted by the employer from the member's remuneration, and
 - (ii) other amounts due under the plan from the employer that have not been remitted to the pension fund

are kept separate and apart from the employer's own money, and shall be considered to hold the amounts referred to in paragraphs (a) to (c) in trust for members, former members, and other persons with an entitlement under the plan.

(2) In the event of a liquidation, assignment or bankruptcy of an employer, an amount equal to the amount that under subsection (1) is considered to be held in trust shall be considered to be separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment or bankruptcy, whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the employer's own money or from the assets of the estate.

(3) Where a pension plan is terminated in whole or in part, an employer who is required to pay contributions to the pension fund shall hold in trust for the member or former member or other person with an entitlement under the plan an amount of money equal to employer contributions due under the plan to the date of termination.

(4) An administrator of a pension plan has a lien and charge on the assets of the employer in an amount equal to the amount required to be held in trust under subsections (1) and (3).

[59] The first point is that there is nothing particularly unique about Section 32 NLPBA.

[60] There is a very similar deemed trust provision in Section 8(1) and (2) PBSA:

8 (1) An employer shall ensure, with respect to its pension plan, that the following amounts are kept separate and apart from the employer's own moneys, and the employer is deemed to hold the amounts referred to in paragraphs (a) to (c) in trust for members of the pension plan, former members, and any other persons entitled to pension benefits under the plan:

(a) the moneys in the pension fund,

(b) an amount equal to the aggregate of the following payments that have accrued to date:

(i) the prescribed payments, and

(ii) the payments that are required to be made under a workout agreement; and

(c) all of the following amounts that have not been remitted to the pension fund:

(i) amounts deducted by the employer from members' remuneration, and

(ii) other amounts due to the pension fund from the employer, including any amounts that are required to be paid under subsection 9.14(2) or 29(6).

(2) In the event of any liquidation, assignment or bankruptcy of an employer, an amount equal to the amount that by subsection (1) is deemed to be held in trust shall be deemed to be separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment or bankruptcy, whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the employer's own moneys or from the assets of the estate.

[61] In Québec, the SPPA provides :

49. Until contributions and accrued interest are paid into the pension fund or to the insurer, they are deemed to be held in trust by the employer, whether or not the latter has kept them separate from his property.

[62] There are similar deemed trusts and/or liens in every Canadian province outside Québec except Prince Edward Island: Ontario,³⁸ British Columbia,³⁹ Alberta,⁴⁰ Saskatchewan,⁴¹ Manitoba,⁴² Nova Scotia⁴³ and New Brunswick.⁴⁴

[63] The second point is that there is no Newfoundland and Labrador jurisprudence interpreting the relevant provisions of the NLPBA. The NL Superintendent pleaded that “the courts of Newfoundland & Labrador possess far greater expertise in interpreting the *PBA* [NLPBA] than does the Superior Court of Québec.” While this is undoubtedly true with respect to the NLPBA as a whole, it is not true with respect to Section 32 NLPBA. In an earlier ruling also issued in the *Yukon Zinc* matter, Justice Fitzpatrick of the B.C. Supreme Court refused to decline jurisdiction and refer a matter involving the *Yukon Miners Lien Act* to the courts of Yukon and one of the factors that went against referring the matter to the Yukon court was the lack of jurisprudence in the Yukon court.⁴⁵

[64] Moreover, in this case, because of the similarities between the NLPBA and the federal and other provincial pension laws, the judge interpreting the NLPBA will likely refer to decisions of the courts of other provinces interpreting their legislation or the federal PBSA.

[65] The Québec Court should be in as good a position as the NL Court in that exercise.

[66] Finally, as is typical in these cases, there is a close interplay between the NLPBA and the CCAA. The first question proposed by the representatives of the salaried employees and retirees is: “Assuming there is no issue of paramountcy, what is the scope of section 32 in the NPBA [NLPBA] deemed trusts”. The scope of the NLPBA is not relevant if the NLPBA does not apply because of a conflict with the CCAA and federal paramountcy. In that sense, there may not even be a need to deal with the interpretation of the NLPBA.

[67] Moreover, there are issues in this case with the federal PBSA and the Québec SPPA. The representatives of the salaried employees and retirees suggest that the following questions are relevant:

2. The Salaried Plan is registered in Newfoundland and regulated by the NPBA.

³⁸ Ontario *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8, s. 57.

³⁹ British Columbia *Pension Benefits Standards Act*, S.B.C. 2012, c. 30, s. 58

⁴⁰ Alberta *Employment Pension Plans Act*, S.A. 2012, c. E-8.1, s. 58 and 60.

⁴¹ Saskatchewan *Pension Benefits Act*, 1992, S.S. 1992, c P-6.001, s. 43

⁴² Manitoba *Pension Benefits Act*, C.C.S.M., c. P32, s. 28.

⁴³ Nova Scotia *Pension Benefits Act*, S.N.S. 2011, c. 41, s. 80.

⁴⁴ New Brunswick *Pension Benefits Act*, S.N.B. 1987, c P-5.1, s. 51.

⁴⁵ *Yukon Zinc Corporation (Re)*, 2015 BCSC 836, par. 90.

- a) (i) Does the PBSA deemed trust also apply to those members of the Salaried Plan who worked on the railway (i.e., a federal undertaking)?

(ii) If yes, is there a conflict with the NPBA and PBSA if so, how is the conflict resolved?
- b) (i) Does the SPPA also apply to those members of the Salaried Plan who reported for work in Québec?

(ii) If yes, is there a conflict with the NPBA and SPPA and if so, how is the conflict resolved?

(iii) Do the Quebec SPPA deemed trusts also apply to Québec Salaried Plan members?

[68] The representatives of the salaried employees and retirees and the NL Superintendent suggest that, in the interests of simplicity and expediency, all of these questions should be referred to the NL Court.

[69] The Court has great difficulty with this suggestion. On what basis should the Court conclude that the NL Court is in a better position to decide whether the Québec SPPA and deemed trust apply to employees who reported for work in Québec (question 2(b)(i) and (iii)) and how the conflict between the NLPBA and the SPPA should be resolved (question 2(b)(ii))? The first are pure questions of Québec law, and the last is a question where the laws of Québec and of Newfoundland and Labrador have equal application. There are similar questions with respect to the federal PBSA (question 2(c)), which the Court is in as good a position to decide as the NL Court.

[70] The Court will not refer issues of Québec law or federal law to the NL Court, and if those issues are too closely interrelated to the NLPBA issues, or if in the interests of simplicity and expediency they should all be decided by the same court, then the solution is not to refer any issues to the NL Court.

[71] In the earlier *Yukon Zinc* ruling where Justice Fitzpatrick refused to refer the matter to the courts of Yukon, she found that the issues related to the interrelationship between the Yukon *Miners Lien Act* and the rights asserted by others under B.C. law, in relation to assets the majority of which were located in British Columbia:

[89] As for the law to be applied to the various issues, it is clear that whatever forum is used to resolve these issues, there will be a blend of both British Columbian contract law and Yukon miner's lien law. The majority of the concentrate is located in British Columbia and was in this Province well before the 2015 Procon Lien was registered. Further, the contract rights are to be decided in accordance with British Columbian law, particularly as to if, and if so, when, title to the concentrate passed from Yukon Zinc to Transamine.

[90] This is not akin to the situation discussed in *Ecco Heating Products Ltd. v. J.K. Campbell & Associates Ltd.*, 1990 CanLII 1631 (BC CA), [1990] 48 B.C.L.R. (2d) 36 (C.A.), where the major issue arose under builder's lien legislation in British Columbia and where the court referred to the "extensive existing relevant jurisprudence" in British Columbia: at 43-44. It is common ground here that there is no case law on the issues of scope and priority under the *MLA* that arise here, let alone relevant Yukon jurisprudence.

[91] It is quite apparent that some issues arise under the *MLA* and, in particular, issues relating to Procon's rights in relation to the concentrate remaining in Yukon which is claimed by Transamine under British Columbian law. Transamine argues that this Court can take judicial notice of the *MLA*: see *Evidence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 124, s. 24(2)(e). In any event, Procon has fully researched the issues as they arise under the *MLA* and made submissions on them. To turn the tables on Procon, if I were to decline jurisdiction in favour of the Yukon courts, there equally would be issues as to the Yukon court interpreting and applying British Columbian law on the contract issues.

[92] It would be impossible in the circumstances to bifurcate the issues based on the applicable law. Even if bifurcation was available, it would be neither a practical nor an efficient strategy in resolving the issues between Yukon Zinc, Procon and Transamine.

(Emphasis added)

[72] In the present matter, the bulk of the assets on which the deemed trust or the lien created by the NLPBA may apply are the proceeds of the sale of assets in Québec.

[73] On balance, the legal considerations do not favour referring the issues to the NL Court.

b) Factual considerations

[74] The parties suggesting that the NLPBA issues be referred to the NL Court also argue that these are essentially local issues that should be decided by the local court.

[75] It is clear that there are significant factual links between these issues and the province of Newfoundland and Labrador.

[76] In particular, the Wabush mine is located in Newfoundland and Labrador and most of the employees reported to that mine. As a result, many of the retirees are currently resident in Newfoundland and Labrador. The representatives of the salaried employees and retirees want the NL Court to interpret the NLPBA.

[77] However, there are equally strong factual links to the province of Québec: the Pointe-Noire facility is in Québec and most of the railway joining the Wabush mine and the Pointe-Noire facility is in Québec. There are almost as many employees and retirees in Québec:

	Salaried Plan	Union Plan
Newfoundland and Labrador	313	1,005
Québec	329	661
Other	14	66 ⁴⁶

[78] As a result, this is not a matter of purely local concern in Newfoundland and Labrador.

[79] Although the representatives of the salaried employees and retirees want the NL Court to interpret the NLPBA, more than half of the persons that they represent live in Québec.

[80] It is also worth noting that the Union, which represents more employees and retirees, asks that the case remain in Québec, even though most of their members reside in Newfoundland and Labrador.

c) Practical considerations

[81] The parties suggesting that the NLPBA issues be referred to the NL Court argue that the law of Newfoundland and Labrador is in principle a question of fact in a Québec court which is proven with expert witnesses. They argue that this has a series of somewhat inconsistent consequences:

- The parties will have to hire experts, which is costly and time consuming;
- It will be difficult to find experts because these questions have never been litigated before;
- If there is an appeal, the interpretation of the NLPBA will be treated as a question of fact and therefore only subject to be overturned if there is a palpable and overriding error.

⁴⁶ Watt Affidavit, par. 16.

[82] This seems to exaggerate the difficulty. The Court can take judicial notice of the law of another province.⁴⁷ This is particularly true when it is an issue of interpreting a statute.⁴⁸ In this case, where the parties plead that it will be difficult to find an expert, it seems unlikely that the Court would require expert evidence. This is particularly so when the provisions of the NLPBA which are at issue are similar to the provisions of the federal PBSA with respect to which expert evidence is not admissible. If there is no expert evidence to be offered, then there is no expense. A finding of fact with respect to expert evidence may attract the higher standard for appellate review of a palpable and overriding error.⁴⁹ This does not mean that every ruling on an issue of foreign law attracts the same standard. If the judge decides the interpretation of the NLPBA without considering the credibility of expert witnesses, then there is no reason for the Court of Appeal to apply the higher standard for appellate review.

[83] In terms of cost, it is difficult to see how the cost of continuing the proceedings in Québec will be higher than the cost of hiring attorneys in Newfoundland and Labrador and debating part of the issues there. The Union and Sept-Îles argued that it would be more expensive for them to argue the issues in Newfoundland and Labrador, and they added that they pay their own costs, unlike the representatives of the salaried employees and retirees and the Plan Administrator.

[84] Another issue is the delays that the referral might create.

[85] Sept-Îles bases its argument that it is too late now to raise the issue of a transfer on the fact that the Court already dealt with some of these issues 18 months ago. The representatives of the salaried employees and retirees plead that they raised the issue of a possible transfer of issues to the NL Court at the hearing of the motion for approval of the Claims Procedure Order on November 16, 2015.

[86] The Court will not dismiss the issue for lateness. However, it is relevant that the issue is being debated now as opposed to 18 months ago. If the issue had been debated at that time, the Court might have been less concerned about the possible delays that would result from referring the issues to the NL Court.

[87] The parties suggesting that the NLPBA issues be referred to the NL Court plead that there is no reason to believe that fragmenting the proceedings will result in additional delay. They do not however offer the Court any concrete indication of how quickly the case could proceed through the NL Court and any appeal.

[88] The Court is concerned by the possible delay. The parties pointed to *Timminco*, where the CCAA Court transferred a pension issue to the Québec Superior Court, as an example of how these referrals should work. In that case, the parties consented to refer

⁴⁷ Article 2809 C.C.Q.

⁴⁸ *Constructions Beauce-Atlas inc. c. Pomerleau inc.*, 2013 QCCS 4077, par. 14.

⁴⁹ *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Asini*, 2001 FCA 311, par. 26.

the Québec pension aspects of the CCAA file that was being litigated in Ontario to a Québec court. Even in those circumstances, the delay between the referral (October 18, 2012)⁵⁰ and the final judgment of the Québec court (January 24, 2014)⁵¹ was over 15 months.

[89] Finally, the Court does not consider the question of whether its decision will or will not be treated as a precedent to be a relevant consideration. Similarly, the Court does not consider the possibility of intervenants to be relevant. The Court's focus is on resolving the difficulties of the parties appearing before it. If the government of Newfoundland and Labrador wishes to obtain a judgment from the courts of the province on the interpretation of the NLPBA, it can refer a matter to the Court of Appeal of Newfoundland and Labrador.⁵²

CONCLUSION

[90] For all of the foregoing reasons, the Court concludes that it is not appropriate in the present circumstances to refer the proposed questions to the NL Court.

FOR THESE REASONS, THE COURT:

[91] **DECIDES** that it has jurisdiction to deal with the issues related to the interpretation of the Newfoundland and Labrador *Pension Benefits Act* in the context of the present proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act* and that it will not refer those issues to the Supreme Court of Newfoundland and Labrador;

[92] **THE WHOLE WITHOUT JUDICIAL COSTS.**

Stephen W. Hamilton, J.S.C.

Mtre Bernard Boucher
BLAKE, CASSELS & GRAYDON
For the Petitioners

Mtre Sylvain Rigaud
Mtre Chrystal Ashby
NORTON ROSE FULBRIGHT CANADA
For the Monitor

⁵⁰ *Supra* note 37.

⁵¹ 2014 QCCS 174.

⁵² *Judicature Act*, R.S.N.L. 1990, c. J-4, Section 13.

Mtre Nicholas Scheib
SCHEIB LEGAL
Mtre Andrew Hatnay
KOSKIE MINSKY LLP
For the mises en cause Michael Keeper, Terence Watt,
Damien Lebel, and Neil Johnson

Mtre Daniel Boudreault
PHILION, LEBLANC, BEAUDRY
For the mise en cause Syndicat des métallos, sections locales 6254 et 6285

Mtre Ronald A. Pink
PINK LARKIN
For the mise en cause Morneau Shepell Ltd, in its capacity
as replacement pension plan administrator

Mtre Doug Mitchell
Mtre Edward Béchard-Torres
IRVING MITCHELL KALICHMAN
For the mise en cause Her Majesty in Right of Newfoundland and
Labrador, as represented by the Superintendent of Pensions

Mtre Pierre Lecavalier
MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA
For the mise en cause the Attorney General of Canada, acting on behalf
of the office of the Superintendent of financial institutions

Mtre Sophie Vaillancourt
Mtre Roberto Clocchiatti
RETRAITE QUÉBEC
For the mise en cause Régie des rentes du Québec

Mtre Martin Roy
STEIN MONAST
For the mise en cause Ville de Sept-Îles

Date of hearing: December 20, 2016

**Rogers Communications
Incorporated** *Appellant*

v.

Sandra Buschau, Sharon M. Parent, Albert Poy, David Allen, Eileen Anderson, Christine Ash, Frederick Scott Atkinson, Jaspal Badyal, Mary Balfry, Carolyn Louise Barry, Raj Bhamber, Evelyn Bishop, Deborah Louise Bissonnette, George Boshko, Colleen Burke, Brian Carroll, Lynn Cassidy, Florence K. Colbeck, Peter Colistro, Ernest A. Cottle, Ken Dann, Donna de Freitas, Terry Dewell, Katrin Dolemeyer, Elizabeth Engel, Karen Engleson, George Fierheller, Joan Fisher, Gwen Ford, Don R. Fraser, Mabel Garwood, Cheryl Gervais, Rose Gibb, Roger Gilodo, Murray Gjernes, Daphne Goode, Karen L. Gould, Peter James Hadikin, Marian Heibloem-Reeves, Thomas Hobley, John Iannantuoni, Vincent A. Iannantuoni, Ron Inglis, Mehroon Janmohamed, Michael J. Jervis, Marlyn Kellner, Karen Kilba, Douglas James Kilgour, Yoshinori Koga, Martin Kosuljandic, Ursula M. Kreiger, Wing Lee, Robert Leslie, Thomas A. Lewthwaite, Holly Li, David Liddell, Rita Lim, Betty C. Lloyd, Rob Lowrie, Che-Chung Ma, Jennifer MacDonald, Robert John MacLeod, Sherry M. Madden, Tom Makortoff, Fatima Manji, Edward B. Mason, Glenn A. McFarlane, Onagh Metcalfe, Dorothy Mitchell, Shirley C. T. Mui, William Neal, Katherine Sheila Nimmo, Gloria Paiement, Lynda Pasacreta, Barbara Peake, Vera Piccini, Inez Pinkerton, Dave Podworny, Doug Pontifex, Victoria Prochaska, Frank Radelja, Gale Rauk, Ruth Roberts, Ann Louise Rodgers, Clifford James Roe, Pamela Mamon Roe, Delores Rose, Sabrina Roza-Pereira, Sandra Rybchinsky, Kenneth T. Salmond, Marie Schneider, Alexander C. Scott, Inderjeet Sharma, Hugh Donald Shiel, Michael Shirley, George Allen

**Rogers Communications
Incorporated** *Appelante*

c.

Sandra Buschau, Sharon M. Parent, Albert Poy, David Allen, Eileen Anderson, Christine Ash, Frederick Scott Atkinson, Jaspal Badyal, Mary Balfry, Carolyn Louise Barry, Raj Bhamber, Evelyn Bishop, Deborah Louise Bissonnette, George Boshko, Colleen Burke, Brian Carroll, Lynn Cassidy, Florence K. Colbeck, Peter Colistro, Ernest A. Cottle, Ken Dann, Donna de Freitas, Terry Dewell, Katrin Dolemeyer, Elizabeth Engel, Karen Engleson, George Fierheller, Joan Fisher, Gwen Ford, Don R. Fraser, Mabel Garwood, Cheryl Gervais, Rose Gibb, Roger Gilodo, Murray Gjernes, Daphne Goode, Karen L. Gould, Peter James Hadikin, Marian Heibloem-Reeves, Thomas Hobley, John Iannantuoni, Vincent A. Iannantuoni, Ron Inglis, Mehroon Janmohamed, Michael J. Jervis, Marlyn Kellner, Karen Kilba, Douglas James Kilgour, Yoshinori Koga, Martin Kosuljandic, Ursula M. Kreiger, Wing Lee, Robert Leslie, Thomas A. Lewthwaite, Holly Li, David Liddell, Rita Lim, Betty C. Lloyd, Rob Lowrie, Che-Chung Ma, Jennifer MacDonald, Robert John MacLeod, Sherry M. Madden, Tom Makortoff, Fatima Manji, Edward B. Mason, Glenn A. McFarlane, Onagh Metcalfe, Dorothy Mitchell, Shirley C. T. Mui, William Neal, Katherine Sheila Nimmo, Gloria Paiement, Lynda Pasacreta, Barbara Peake, Vera Piccini, Inez Pinkerton, Dave Podworny, Doug Pontifex, Victoria Prochaska, Frank Radelja, Gale Rauk, Ruth Roberts, Ann Louise Rodgers, Clifford James Roe, Pamela Mamon Roe, Delores Rose, Sabrina Roza-Pereira, Sandra Rybchinsky, Kenneth T. Salmond, Marie Schneider, Alexander C. Scott, Inderjeet Sharma, Hugh Donald Shiel, Michael Shirley, George Allen

Short, Glenda Simoncioni, Norm Smallwood, Gilles A. St. Dennis, Geri Stephen, Grace Isobel Stone, Mari Tsang, Carmen Tuvera, Sheera Waisman, Margaret Watson, Gertrude Westlake, Robert E. White, Patricia Jane Whitehead, Aileen Wilson, Elaine Wirtz, Joe Wuychuk, Zlatka Young and National Trust Company *Respondents*

and

National Trust Company *Appellant*

v.

Sandra Buschau, Sharon M. Parent, Albert Poy, David Allen, Eileen Anderson, Christine Ash, Frederick Scott Atkinson, Jaspal Badyal, Mary Balfry, Carolyn Louise Barry, Raj Bhamber, Evelyn Bishop, Deborah Louise Bissonnette, George Boshko, Colleen Burke, Brian Carroll, Lynn Cassidy, Florence K. Colbeck, Peter Colistro, Ernest A. Cottle, Ken Dann, Donna de Freitas, Terry Dewell, Katrin Dolemeyer, Elizabeth Engel, Karen Engleson, George Fierheller, Joan Fisher, Gwen Ford, Don R. Fraser, Mabel Garwood, Cheryl Gervais, Rose Gibb, Roger Gilodo, Murray Gjernes, Daphne Goode, Karen L. Gould, Peter James Hadikin, Marian Heibloem-Reeves, Thomas Hobley, John Iannantuoni, Vincent A. Iannantuoni, Ron Inglis, Mehroon Janmohamed, Michael J. Jervis, Marlyn Kellner, Karen Kilba, Douglas James Kilgour, Yoshinori Koga, Martin Kosuljandic, Ursula M. Kreiger, Wing Lee, Robert Leslie, Thomas A. Lewthwaite, Holly Li, David Liddell, Rita Lim, Betty C. Lloyd, Rob Lowrie, Che-Chung Ma, Jennifer MacDonald, Robert John MacLeod, Sherry M. Madden, Tom Makortoff, Fatima Manji, Edward B. Mason, Glenn A. McFarlane, Onagh Metcalfe, Dorothy Mitchell, Shirley C. T. Mui, William Neal, Katherine Sheila

Short, Glenda Simoncioni, Norm Smallwood, Gilles A. St. Dennis, Geri Stephen, Grace Isobel Stone, Mari Tsang, Carmen Tuvera, Sheera Waisman, Margaret Watson, Gertrude Westlake, Robert E. White, Patricia Jane Whitehead, Aileen Wilson, Elaine Wirtz, Joe Wuychuk, Zlatka Young et Compagnie Trust National *Intimés*

et

Compagnie Trust National *Appelante*

c.

Sandra Buschau, Sharon M. Parent, Albert Poy, David Allen, Eileen Anderson, Christine Ash, Frederick Scott Atkinson, Jaspal Badyal, Mary Balfry, Carolyn Louise Barry, Raj Bhamber, Evelyn Bishop, Deborah Louise Bissonnette, George Boshko, Colleen Burke, Brian Carroll, Lynn Cassidy, Florence K. Colbeck, Peter Colistro, Ernest A. Cottle, Ken Dann, Donna de Freitas, Terry Dewell, Katrin Dolemeyer, Elizabeth Engel, Karen Engleson, George Fierheller, Joan Fisher, Gwen Ford, Don R. Fraser, Mabel Garwood, Cheryl Gervais, Rose Gibb, Roger Gilodo, Murray Gjernes, Daphne Goode, Karen L. Gould, Peter James Hadikin, Marian Heibloem-Reeves, Thomas Hobley, John Iannantuoni, Vincent A. Iannantuoni, Ron Inglis, Mehroon Janmohamed, Michael J. Jervis, Marlyn Kellner, Karen Kilba, Douglas James Kilgour, Yoshinori Koga, Martin Kosuljandic, Ursula M. Kreiger, Wing Lee, Robert Leslie, Thomas A. Lewthwaite, Holly Li, David Liddell, Rita Lim, Betty C. Lloyd, Rob Lowrie, Che-Chung Ma, Jennifer MacDonald, Robert John MacLeod, Sherry M. Madden, Tom Makortoff, Fatima Manji, Edward B. Mason, Glenn A. McFarlane, Onagh Metcalfe, Dorothy Mitchell, Shirley C. T. Mui, William Neal, Katherine Sheila

Nimmo, Gloria Paiement, Lynda Pasacreta, Barbara Peake, Vera Piccini, Inez Pinkerton, Dave Podworny, Doug Pontifex, Victoria Prochaska, Frank Radelja, Gale Rauk, Ruth Roberts, Ann Louise Rodgers, Clifford James Roe, Pamela Mamon Roe, Delores Rose, Sabrina Roza-Pereira, Sandra Rybchinsky, Kenneth T. Salmond, Marie Schneider, Alexander C. Scott, Inderjeet Sharma, Hugh Donald Shiel, Michael Shirley, George Allen Short, Glenda Simoncioni, Norm Smallwood, Gilles A. St. Dennis, Geri Stephen, Grace Isobel Stone, Mari Tsang, Carmen Tuvera, Sheera Waisman, Margaret Watson, Gertrude Westlake, Robert E. White, Patricia Jane Whitehead, Aileen Wilson, Elaine Wirtz, Joe Wuychuk, Zlatka Young and Rogers Communications Incorporated *Respondents*

INDEXED AS: BUSCHAU v. ROGERS COMMUNICATIONS INC.

Neutral citation: 2006 SCC 28.

File No.: 30462.

2005: November 15; 2006: June 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Pensions — Pension plan — Trust — Termination — Pension plan indicating that trust surplus to be distributed amongst remaining pension plan members in event of termination — Pension plan and trust agreement not providing for termination of trust by pension plan members — Whether members can rely on rule in Saunders v. Vautier to terminate trust — Whether recourse available to members under federal pension benefits standards legislation — Pension Benefits Standards Act, 1985, R.S.C. 1985, c. 32 (2nd Supp.), s. 29(2), (11).

The individual respondents are members of a pension plan (“Plan”). The Plan and the trust were

Nimmo, Gloria Paiement, Lynda Pasacreta, Barbara Peake, Vera Piccini, Inez Pinkerton, Dave Podworny, Doug Pontifex, Victoria Prochaska, Frank Radelja, Gale Rauk, Ruth Roberts, Ann Louise Rodgers, Clifford James Roe, Pamela Mamon Roe, Delores Rose, Sabrina Roza-Pereira, Sandra Rybchinsky, Kenneth T. Salmond, Marie Schneider, Alexander C. Scott, Inderjeet Sharma, Hugh Donald Shiel, Michael Shirley, George Allen Short, Glenda Simoncioni, Norm Smallwood, Gilles A. St. Dennis, Geri Stephen, Grace Isobel Stone, Mari Tsang, Carmen Tuvera, Sheera Waisman, Margaret Watson, Gertrude Westlake, Robert E. White, Patricia Jane Whitehead, Aileen Wilson, Elaine Wirtz, Joe Wuychuk, Zlatka Young et Rogers Communications Incorporated *Intimés*

RÉPERTORIÉ : BUSCHAU c. ROGERS COMMUNICATIONS INC.

Référence neutre : 2006 CSC 28.

N° du greffe : 30462.

2005 : 15 novembre; 2006 : 22 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Pensions — Régime de retraite — Fiducie — Cessation — Régime de retraite indiquant que, en cas de cessation, le surplus de la fiducie sera réparti entre les participants au régime de retraite restants — Régime de retraite et convention de fiducie ne prévoyant pas que les participants au régime de retraite peuvent mettre fin à la fiducie — Les participants peuvent-ils invoquer la règle de Saunders c. Vautier pour mettre fin à la fiducie? — Ont-ils un recours en vertu de la loi fédérale sur les normes de prestation de pension? — Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension, L.R.C. 1985, ch. 32 (2^e suppl.), art. 29(2), (11).

Les personnes intimées sont des participants à un régime de retraite (« régime »). Le régime et la fiducie

established in 1974 as a defined benefit plan funded solely by the employer for the benefit of employees of a company that RCI acquired in 1980. It provided that, in the event of termination, the surplus remaining in the trust was to be distributed amongst the remaining members, but neither the trust agreement nor the Plan provided, at any time, for termination of the trust by employees. The Plan developed a large actuarial surplus. In 1981, RCI amended the Plan so that any surplus funds remaining on termination would revert to RCI and, in 1984, it closed the Plan to new employees. RCI began taking contribution holidays the following year and was refunded \$968,285 from the surplus. In 1992, it merged the Plan retroactively with other RCI pension plans. The Plan members initiated a first action against RCI and the Court of Appeal concluded (1) that the merger was valid but did not affect the existence of the Plan trust as a separate trust; and (2) that the members were at liberty to institute proceedings to terminate the trust based on the rule in *Saunders v. Vautier*, to the extent that it was applicable. According to that rule, the terms of a trust can be varied or the trust can be terminated if all beneficiaries of the trust, being of full legal capacity, consent. The court also concluded that the members retained the right to distribution of the surplus upon termination. Relying on the common law rule, the members initiated a second action and succeeded in obtaining order terminating the Plan. The Court of Appeal set aside a part of the chambers judge's decision, finding that a court did not have the power under the *Trust and Settlement Variation Act* to consent on behalf of contingent *sui juris* beneficiaries. The court found that, provided that all the required consents were obtained, the members will be at liberty to invoke the common law rule. It also found that RCI could not amend the Plan to permit the addition of new members. Since questions could arise concerning the "mechanics" of the termination, the trustee would have to satisfy itself that all the conditions and all statutory requirements had been met.

Held: The appeal should be allowed.

Per LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.: The members of the Plan cannot invoke the rule in *Saunders v. Vautier* to terminate the trust. That rule is not easily incorporated into the context of employment pension plans. Such plans are heavily regulated. The *Pension Benefits Standards Act, 1985* ("PBSA") deals

des employés d'une compagnie dont RCI a fait l'acquisition en 1980 ont été établis en 1974 sous la forme d'un régime à prestations déterminées capitalisé uniquement par l'employeur. Ce régime prévoyait que, en cas de cessation, le surplus de la caisse en fiducie serait réparti entre les participants restants, mais la convention de fiducie et le régime n'ont jamais prévu que les employés pourraient mettre fin à la fiducie. Le régime en est venu à afficher un important surplus actuariel. En 1981, RCI a modifié le régime de manière à ce que tout surplus qui resterait au moment de la cessation lui revienne et, en 1984, elle a fermé le régime aux nouveaux employés. RCI a commencé à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations l'année suivante et a obtenu le remboursement de la somme de 968 285 \$ provenant du surplus. En 1992, elle a fusionné le régime rétroactivement avec d'autres régimes de retraite de RCI. Les participants au régime ont intenté une première action contre RCI et la Cour d'appel a conclu (1) que la fusion était valide mais n'avait aucun effet sur la fiducie qui continuait d'exister comme une entité distincte, et (2) qu'il était loisible aux participants d'entamer des procédures destinées à mettre fin à la fiducie en se fondant sur la règle de *Saunders c. Vautier*, dans la mesure où elle pouvait s'appliquer. Selon cette règle, il est possible de modifier les modalités d'une fiducie ou de mettre fin à la fiducie si les bénéficiaires de la fiducie ayant la pleine capacité juridique y consentent tous. La cour a aussi décidé que les participants conservaient le droit à la répartition du surplus en cas de cessation. Invoquant la règle de common law, les participants ont intenté une deuxième action et ont réussi à obtenir une ordonnance mettant fin au régime. La Cour d'appel a annulé une partie de la décision de la juge en chambre, statuant que la *Trust and Settlement Variation Act* n'habilitait pas une cour à consentir au nom d'éventuels bénéficiaires juridiquement autonomes. La cour a décidé que les participants seraient libres d'invoquer la règle de common law pourvu que le consentement de tous les participants et bénéficiaires ait été obtenu. Elle a ajouté que RCI ne pouvait pas modifier le régime pour permettre l'adhésion de nouveaux participants. Étant donné que des questions pouvaient se poser au sujet du « processus » de cessation, la fiduciaire devrait s'assurer que toutes les conditions et toutes les exigences légales ont été respectées.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Les juges LeBel, Deschamps, Fish et Abella : Les participants au régime ne peuvent invoquer la règle de *Saunders c. Vautier* pour mettre fin à la fiducie. Cette règle ne s'intègre pas facilement au contexte des régimes de retraite d'employeurs. Ces régimes sont fortement réglementés. La *Loi de 1985 sur les normes de*

extensively with the termination of plans and the distribution of assets, and it is clear from this explicit legislation that Parliament intended its provisions to displace the common law rule. To the extent that the *PBSA* provides a means to reach the distribution stage, it should prevail over the common law. Moreover, a pension trust is not a stand-alone instrument. In this case, the trust is explicitly made part of the Plan. It cannot be terminated without taking into account the Plan for which it was created and the specific legislation governing the Plan. The conclusion that the common law rule does not generally apply to traditional pension funds is reinforced by the fact that the *PBSA* provides mechanisms that protect members from inappropriate conduct by plan administrators. [2] [27-33]

The *PBSA* is not a complete code, but when it provides recourse to pension plan members, they should use it. Here, the members of the Plan want the trust fund to be collapsed and distributed directly to them, but the available recourse is subject to the provisions of the *PBSA*. The Superintendent of Financial Institutions, who is responsible for the application of the *PBSA*, is in a position to deal with issues relating to termination or winding up. He can rule on questions of both fact and law, and all parties can make appropriate recommendations to him. He is also in the best position to monitor the orderly termination of the Plan in accordance with the *PBSA*, which is a condition precedent to distribution. Because all contributions ceased in 1984, the Superintendent could consider the Plan terminated under s. 29(2), which is not limited to solvency issues, and could decide whether the facts warrant winding up the part of the RCI pension plan that relates to the Plan pursuant to s. 29(11) of the *PBSA*, which would have the effect of terminating the trust. Contribution holidays, although legitimate for funding purposes, can nevertheless be considered illegitimate if they hide an improper refusal to terminate a plan. Determining the validity of a reason given for not terminating a pension plan lies with the Superintendent and properly falls within his s. 29(2)(a) power. Whether RCI can amend the Plan to open it to new members is a question best left to the Superintendent. [2] [29] [35-36] [44-57]

Per McLachlin C.J. and Bastarache and Charron J.J.: The rule in *Saunders v. Vautier* does not apply in the circumstances of this case, and any application

prestation de pension (« *LNPP* ») traite abondamment de la cessation des régimes et de la répartition de l'actif, et il ressort clairement de ce texte législatif explicite que le législateur a voulu que ses dispositions supplantent la règle de common law. Dans la mesure où elle prévoit un moyen de parvenir à l'étape de la répartition, la *LNPP* doit primer la common law. De plus, une fiducie de retraite n'est pas un instrument distinct. En l'espèce, la fiducie fait explicitement partie du régime. On ne peut y mettre fin sans tenir compte du régime pour lequel elle a été créée et de la loi particulière qui s'applique à ce régime. La conclusion que la règle de common law ne s'applique pas généralement aux caisses de retraite traditionnelles est renforcée par le fait que la *LNPP* établit des mécanismes de protection des participants contre la conduite répréhensible des administrateurs du régime. [2] [27-33]

La *LNPP* n'est pas un code exhaustif, mais lorsqu'elle offre un recours aux participants à un régime de retraite, ceux-ci devraient l'exercer. En l'espèce, les participants au régime veulent mettre fin à la caisse en fiducie et souhaitent que l'actif de la caisse soit réparti entre eux directement, mais le recours dont ils disposent est assujéti aux dispositions de la *LNPP*. Le surintendant des institutions financières, qui est responsable de l'application de la *LNPP*, est en mesure de traiter les questions de cessation ou de liquidation. Il peut trancher à la fois des questions de fait et des questions de droit, et les parties peuvent lui faire des recommandations appropriées. Il est aussi le mieux placé pour assurer la cessation ordonnée du régime conformément à la *LNPP*, qui est une condition préalable de la répartition. Étant donné qu'on a arrêté complètement de payer des cotisations en 1984, le surintendant pourrait considérer qu'il a été mis fin au régime en vertu du par. 29(2), qui ne porte pas uniquement sur des questions de solvabilité, et pourrait décider si les faits justifient la liquidation de la partie du régime de retraite de RCI qui concerne le régime conformément au par. 29(11) *LNPP*, ce qui aurait pour effet de mettre fin à la fiducie. Bien qu'elles soient légitimes aux fins de capitalisation, les périodes d'exonération de cotisations peuvent néanmoins être jugées illégitimes si elles cachent un refus injustifié de mettre fin à un régime. Il appartient au surintendant, conformément au pouvoir que lui confère l'al. 29(2)(a), de déterminer la validité d'une raison donnée pour ne pas mettre fin à un régime de retraite. Il est de son ressort de décider si RCI peut modifier le régime de manière à l'ouvrir à de nouveaux participants. [2] [29] [35-36] [44-57]

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Charron : La règle de *Saunders c. Vautier* ne s'applique pas en l'espèce et toute demande relative à la cessation

regarding the termination of the Plan and the trust must be dealt with in accordance with the terms of the Plan and the provisions of the *PBSA*. [100]

The *PBSA* is a comprehensive statutory scheme which contains detailed provisions for the termination of pension plans and the distribution of plan assets. It recognizes that employers are generally, as in the case at bar, entitled to terminate a pension plan, but it also empowers the Superintendent of Financial Institutions to terminate such plans in specified situations, including those referred to in s. 29. The Superintendent's supervisory focus is primarily on matters affecting the solvency or the financial condition of a pension plan. There is no provision in the *PBSA* for plan beneficiaries to terminate a pension plan or for any party to terminate a trust under which pension fund contributions are held as security for the payment of plan benefits prior to, and independent of, the termination of the plan. Beneficiaries may request that the Superintendent exercise his discretionary power under s. 29(2), but he does not have a general discretion to terminate pension plans and may comply with such a request only where the stipulated pre-conditions are met. In the instant case, none of the statutory grounds for termination of the Plan are present. The words "suspension or cessation of employer contributions" in respect of the Superintendent's power to terminate a pension plan under s. 29(2)(a) must be construed as referring to an employer's failure to make required contributions; they do not extend to contribution holidays where the employer is relieved from making contributions by reason of a surplus in the plan. [79-88]

Because the Plan members have only a contingent interest in the trust surplus, the rule in *Saunders v. Vautier* cannot be invoked to terminate the trust. It requires that beneficiaries seeking early termination possess the sum total of vested, not contingent, interests in the trust corpus. The members do not have absolute entitlement to the surplus until the Plan and trust are terminated. Furthermore, the common law rule also requires the consent of all parties who have an interest in the trust property. Since both the *PBSA* and the Plan include survivor rights, those rights cannot be overridden by the consent of present Plan members and other beneficiaries, or by the courts. Nor can s. 1(b) of the *Trust and Settlement Variation Act* assist in this respect. The court does not have the power to consent on behalf of current spouses and common law partners who are of

du régime et de la fiducie doit être examinée conformément aux modalités du régime et aux dispositions de la *LNPP*. [100]

La *LNPP* est un régime législatif complet qui comporte des dispositions détaillées régissant la cessation des régimes de retraite et la répartition de leur actif. Il reconnaît que les employeurs ont généralement le droit de mettre fin à un régime de retraite, comme c'est le cas en l'espèce, mais il habilite également le surintendant des institutions financières à mettre fin à ces régimes dans des situations précises, y compris celles mentionnées à l'art. 29. La supervision assurée par le surintendant porte principalement sur les questions touchant la solvabilité ou la situation financière d'un régime de retraite. Aucune disposition de la *LNPP* ne permet aux bénéficiaires d'un régime de mettre fin à un régime de retraite ou à quiconque de mettre fin à une fiducie en vertu de laquelle des cotisations à une caisse de retraite sont détenues à titre de garantie du versement des prestations du régime, avant la cessation du régime et indépendamment de celle-ci. Les bénéficiaires peuvent demander au surintendant d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 29(2), mais celui-ci n'a aucun pouvoir discrétionnaire général de mettre fin à des régimes de retraite et ne peut répondre favorablement à une telle demande que si les conditions préalables énoncées sont remplies. Aucune des raisons, prévues par la Loi, de mettre fin au régime n'existe en l'espèce. L'expression « la suspension ou l'arrêt de paiement des cotisations patronales », en ce qui concerne le pouvoir de mettre fin à un régime de retraite que l'al. 29(2)a confère au surintendant, doit être interprétée comme désignant le défaut de l'employeur d'effectuer les cotisations requises; elle ne vise pas les périodes d'exonération de cotisations pendant lesquelles l'employeur est dispensé d'effectuer des cotisations en raison de l'existence d'un surplus dans le régime. [79-88]

Du fait que les participants au régime ont seulement un intérêt éventuel dans le surplus de la fiducie, la règle de *Saunders c. Vautier* ne peut pas être invoquée pour mettre fin à la fiducie. Cette règle exige que les bénéficiaires qui sollicitent la cessation anticipée possèdent tous les intérêts dévolus et non éventuels dans le capital de la fiducie. Les participants n'ont un droit absolu au surplus qu'une fois qu'il a été mis fin au régime et à la fiducie. De plus, la règle de common law exige aussi le consentement de toutes les parties ayant un intérêt dans les biens en fiducie. Étant donné que la *LNPP* et le régime incluent tous les deux les droits de survivant, ces droits conférés par la loi ne peuvent être écartés ni par le consentement des participants au régime et autres bénéficiaires actuels, ni par les tribunaux. L'alinéa 1b) de la *Trust and Settlement Variation Act* n'est pas plus

full legal capacity, nor can consent be given on behalf of unascertainable future spouses and common law partners, since the termination of the Plan would presumably not be in their best interests. [90] [98-99]

Trust law cannot in the present case prevail over the contract and the governing legislation. Applying the rule in *Saunders v. Vautier* would contradict the reasonable contractual expectations of the parties, since the terms of the Plan do not give rise to a reasonable expectation that the trust could be terminated by the members over RCI's objections so that the members might obtain the surplus. Such a result would permit members of a pension plan to vary its terms without the employer's consent. Applying the common law rule would disregard the employer's unique role in respect of the Plan and the trust, circumvent the terms of the contract at the root of the trust, and make the legislative framework irrelevant. In particular, applying it would disregard s. 29(9) and permit the termination of the Plan and the trust without the involvement of the employer as plan administrator, and without the Superintendent's approval. Finally, introducing the rule in *Saunders v. Vautier* into the private pension system would disrupt the fair and delicate balance between the interests of the employer and employees, and would be contrary to the legislative objective of encouraging the establishment and maintenance of private pension plans. [92-94] [97]

A court has no authority to assign the responsibilities of the administrator and the Superintendent to the trustee contrary to the legislative scheme, under which a process for terminating a pension plan has been established. [95]

RCI's powers of amendment were not forfeited or estopped because of the closure of the Plan. Any termination of the Plan and any amendments to it must be examined in light of to the applicable provisions of the Plan and the *PBSA*. In the special context of pension plans, employers who administer such plans on behalf of their employees must always act in accordance with the spirit, purpose and terms of the plans, and in such a way as to ensure the protection of employees' pension benefits, not to reduce, threaten or eliminate them. [102-103]

Cases Cited

By Deschamps J.

Not followed: *Saunders v. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482; **referred to:** *Schmidt v. Air Products*

utile à cet égard. La cour n'a pas le pouvoir de consentir au nom des époux et conjoints de fait actuels qui ont la pleine capacité juridique, ni en celui de futurs époux et conjoints de fait non identifiables, étant donné que la cessation du régime ne serait probablement pas dans leur intérêt. [90] [98-99]

En l'espèce, le droit des fiducies ne peut pas l'emporter sur le contrat et la loi applicable. L'application de la règle de *Saunders c. Vautier* irait à l'encontre des attentes contractuelles raisonnables des parties étant donné que les modalités du régime ne permettent pas aux participants de s'attendre raisonnablement à ce qu'en dépit des objections de RCI ils puissent mettre fin à la fiducie de manière à pouvoir toucher le surplus. Un tel résultat permettrait aux participants à un régime de retraite d'en modifier les modalités sans le consentement de l'employeur. L'application de la règle de common law ne tiendrait pas compte du rôle unique que l'employeur joue à l'égard du régime et de la fiducie, contournerait les clauses du contrat à l'origine de la fiducie et ferait perdre toute pertinence au cadre législatif. En particulier, son application ne tiendrait pas compte du par. 29(9) et permettrait de mettre fin au régime et à la fiducie sans la participation de l'employeur en tant qu'administrateur du régime et sans l'approbation du surintendant. Enfin, l'introduction de la règle de *Saunders c. Vautier* dans le système des régimes de retraite privés romprait le juste et délicat équilibre entre les intérêts de l'employeur et ceux de l'employé, et contreviendrait à l'objectif législatif consistant à encourager l'établissement et le maintien de régimes de retraite privés. [92-94] [97]

Un tribunal n'a pas le pouvoir d'assigner à la fiduciaire les responsabilités de l'administrateur et du surintendant contrairement au régime législatif qui a établi un processus de cessation de régime de retraite. [95]

RCI n'a pas été déchu de ses pouvoirs de modification ni empêchée de les exercer en raison de la fermeture du régime. La cessation et la modification du régime doivent être examinées en fonction des dispositions applicables du régime et de la *LNPP*. En raison du contexte particulier des régimes de retraite, l'employeur qui gère un tel régime pour le compte de ses employés doit toujours en respecter l'esprit, l'objet et les modalités et se comporter de manière à préserver les prestations de retraite des employés et non de manière à les réduire, à les compromettre ou à les éliminer. [102-103]

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêt non suivi : *Saunders c. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482; **arrêts mentionnés :** *Schmidt*

Canada Ltd., [1994] 2 S.C.R. 611; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 S.C.R. 152, 2004 SCC 54; *Huus v. Ontario (Superintendent of Pensions)* (2002), 58 O.R. (3d) 380.

By Bastarache J.

Not followed: *Saunders v. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482; **referred to:** *Halifax School for the Blind v. Chipman*, [1937] S.C.R. 196; *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 S.C.R. 152, 2004 SCC 54; *Imperial Group Pension Trust Ltd. v. Imperial Tobacco Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 597.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 56(1), 146(8), 147.1(11), (13).
Income Tax Regulations, C.R.C. 1978, c. 945, ss. 8501(1), 8502.
Office of the Superintendent of Financial Institutions Act, R.S.C. 1985, c. 18 (3rd Supp.), Part I.
Pension Benefits Standards Act, S.C. 1966-67, c. 92, s. 12.
Pension Benefits Standards Act, 1985, R.S.C. 1985, c. 32 (2nd Supp.), ss. 2(1) “termination”, “winding-up”, 5, 7.4, 8(3), (10), 9(1), 9.2, 11(1), (2), 11.1, 12, 22, 29.
Pension Benefits Standards Act, 1985, S.C. 1986, c. 40.
Pension Benefits Standards Regulations, 1985, SOR/87-19, rr. 6 to 10, 16, 24.
Trust and Settlement Variation Act, R.S.B.C. 1996, c. 463, s. 1.
Trustee Act, R.S.B.C. 1996, c. 464, s. 86.

Authors Cited

Canada. Office of the Superintendent of Financial Institutions. *Guidelines to Administrators for Plan Terminations*, November 25, 1992 (rev. July 1, 1993) (online: http://www.osfi-bsif.gc.ca/app/DocRepository/1/eng/pension/guides/92-11-15b_e.html).

Deaton, Richard Lee. *The Political Economy of Pensions: Power, Politics and Social Change in Canada, Britain and the United States*. Vancouver: University of British Columbia Press, 1989.

Gilliese, Eileen E. “Pension Plans and the Law of Trusts” (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 221.

Hayton, David J. *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, 14th ed. London: Butterworths, 1987.

c. Air Products Canada Ltd., [1994] 2 R.C.S. 611; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, [2004] 3 R.C.S. 152, 2004 CSC 54; *Huus c. Ontario (Superintendent of Pensions)* (2002), 58 O.R. (3d) 380.

Citée par le juge Bastarache

Arrêt non suivi : *Saunders c. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482; **arrêts mentionnés :** *Halifax School for the Blind c. Chipman*, [1937] R.C.S. 196; *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, [2004] 3 R.C.S. 152, 2004 CSC 54; *Imperial Group Pension Trust Ltd. c. Imperial Tobacco Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 597.

Lois et règlements cités

Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension, S.C. 1986, ch. 40.
Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension, L.R.C. 1985, ch. 32 (2^e suppl.), art. 2(1) « cessation », « liquidation », 5, 7.4, 8(3), (10), 9(1), 9.2, 11(1), (2), 11.1, 12, 22, 29.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 56(1), 146(8), 147.1(11), (13).
Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières, L.R.C. 1985, ch. 18 (3^e suppl.), partie I.
Loi sur les normes des prestations de pension, S.C. 1966-67, ch. 92, art. 12.
Règlement de 1985 sur les normes de prestation de pension, DORS/87-19, art. 6 à 10, 16, 24.
Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C. 1978, ch. 945, art. 8501(1), 8502.
Trust and Settlement Variation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 463, art. 1.
Trustee Act, R.S.B.C. 1996, ch. 464, art. 86.

Doctrine citée

Canada. Bureau du surintendant des institutions financières. *Lignes directrices à l'intention des administrateurs sur la cessation des régimes de pension*, 25 novembre 1992 (rév. 1^{er} juillet 1993) (en ligne : http://www.osfi-bsif.gc.ca/app/DocRepository/1/fra/retraite/guides/92_11_15b_f.html).

Deaton, Richard Lee. *The Political Economy of Pensions : Power, Politics and Social Change in Canada, Britain and the United States*. Vancouver : University of British Columbia Press, 1989.

Gilliese, Eileen E. « Pension Plans and the Law of Trusts » (1996), 75 *R. du B. can.* 221.

- Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto: Irwin Law, 2006.
- Nachshen, Gary. "Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate". In Meredith Memorial Lectures 1988, *New Developments in Employment Law*. Cowansville: Yvon Blais, 1989, 59.
- "Pension Underfunding Still Widespread, Yet . . ." *Business & Legal Reports*, October 1, 2003 (online: <http://comp.blr.com/display.cfm?id=150239>).
- Rienzo, Douglas. "Trust Law and Access to Pension Surplus" (2005), 25 *E.T.P.J.* 14.
- Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005.
- Hayton, David J. *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, 14th ed. London : Butterworths, 1987.
- Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto : Irwin Law, 2006.
- Nachshen, Gary. « Access to Pension Fund Surpluses : The Great Debate ». Dans Conférences Commémoratives Meredith 1988, *Le Contrat de travail : problèmes et perspectives*. Cowansville : Yvon Blais, 1989, 59.
- « Pension Underfunding Still Widespread, Yet . . . », *Business & Legal Reports*, 1^{er} octobre 2003 (en ligne : <http://comp.blr.com/display.cfm?id=150239>).
- Rienzo, Douglas. « Trust Law and Access to Pension Surplus » (2005), 25 *E.T.P.J.* 14.
- Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2005.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Low and Thackray J.J.A.) (2004), 24 B.C.L.R. (4th) 85, 236 D.L.R. (4th) 18, [2004] 5 W.W.R. 10, 6 E.T.R. (3d) 236, 193 B.C.A.C. 258, 316 W.A.C. 258, 39 C.C.P.B. 247, [2004] B.C.J. No. 297 (QL), 2004 BCCA 80, and (2004), 27 B.C.L.R. (4th) 17, 239 D.L.R. (4th) 610, [2004] 7 W.W.R. 218, 9 E.T.R. (3d) 221, 197 B.C.A.C. 279, 323 W.A.C. 279, [2004] B.C.J. No. 991 (QL), 2004 BCCA 282, with supplementary reasons (2004), 35 B.C.L.R. (4th) 248, 241 D.L.R. (4th) 766, [2005] 2 W.W.R. 67, 197 B.C.A.C. 279 at 287, 323 W.A.C. 279 at 287, [2004] B.C.J. No. 1321 (QL), 2004 BCCA 369, reversing decisions of Loo J. (2002), 100 B.C.L.R. (3d) 327, 44 E.T.R. (2d) 177, 30 C.C.P.B. 167, [2002] B.C.J. No. 865 (QL), 2002 BCSC 624, and (2003), 13 B.C.L.R. (4th) 385, [2003] 7 W.W.R. 341, 35 C.C.P.B. 199, [2003] B.C.J. No. 1025 (QL), 2003 BCSC 683, granting an application for termination of a pension plan. Appeal allowed.

Irwin G. Nathanson, Q.C., and *Stephen R. Schachter, Q.C.*, for the appellant/respondent Rogers Communications Inc.

Jennifer J. Lynch and *Joanne Lysyk*, for the appellant/respondent National Trust Co.

John N. Laxton, Q.C., and *Robert D. Gibbens*, for the respondents Sandra Buschau et al.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Low et Thackray) (2004), 24 B.C.L.R. (4th) 85, 236 D.L.R. (4th) 18, [2004] 5 W.W.R. 10, 6 E.T.R. (3d) 236, 193 B.C.A.C. 258, 316 W.A.C. 258, 39 C.C.P.B. 247, [2004] B.C.J. No. 297 (QL), 2004 BCCA 80, et (2004), 27 B.C.L.R. (4th) 17, 239 D.L.R. (4th) 610, [2004] 7 W.W.R. 218, 9 E.T.R. (3d) 221, 197 B.C.A.C. 279, 323 W.A.C. 279, [2004] B.C.J. No. 991 (QL), 2004 BCCA 282, avec motifs supplémentaires (2004), 35 B.C.L.R. (4th) 248, 241 D.L.R. (4th) 766, [2005] 2 W.W.R. 67, 197 B.C.A.C. 279, p. 287, 323 W.A.C. 279, p. 287, [2004] B.C.J. No. 1321 (QL), 2004 BCCA 369, qui a infirmé des décisions de la juge Loo (2002), 100 B.C.L.R. (3d) 327, 44 E.T.R. (2d) 177, 30 C.C.P.B. 167, [2002] B.C.J. No. 865 (QL), 2002 BCSC 624, et (2003), 13 B.C.L.R. (4th) 385, [2003] 7 W.W.R. 341, 35 C.C.P.B. 199, [2003] B.C.J. No. 1025 (QL), 2003 BCSC 683, qui a accueilli une demande de cessation d'un régime de retraite. Pourvoi accueilli.

Irwin G. Nathanson, c.r., et *Stephen R. Schachter, c.r.*, pour l'appelante/intimée Rogers Communications Inc.

Jennifer J. Lynch et *Joanne Lysyk*, pour l'appelante/intimée la Compagnie Trust National.

John N. Laxton, c.r., et *Robert D. Gibbens*, pour les intimés Sandra Buschau et autres.

The judgment of LeBel, Deschamps, Fish and Abella was delivered by

1 DESCHAMPS J. — The 112 respondents are pension plan members who have been litigating for over 10 years to gain access to their pension trust fund. This case is about whether and how the fund can be distributed to them.

2 By 2002, the plan for which the trust was created, the Premier pension plan (“Plan”), had a surplus evaluated at \$11 million. The Supreme Court and the Court of Appeal for British Columbia accepted the members’ arguments and found that the trust used to fund the Plan (“Trust” or “Premier Trust”) could be collapsed under the common law rule in *Saunders v. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482 (Ch. D.). According to that rule, the terms of a trust can be varied or the trust can be terminated if all beneficiaries of the trust, being of full legal capacity, consent. For the reasons that follow, I am of the view that the common law rule does not apply to the Trust in the case at bar. The context and the purpose of pension plans do not generally lend themselves well to the common law rule. Moreover, a pension trust is not a stand-alone instrument. The Trust is explicitly made part of the Plan. It cannot be terminated without taking into account the Plan for which it was created and the specific legislation governing the Plan. Any recourse available to the members here is subject to the provisions of a federal statute, the *Pension Benefits Standards Act, 1985*, R.S.C. 1985, c. 32 (2nd Supp.) (“*PBSA*”). In my view, the Superintendent of Financial Institutions (“Superintendent”), who is responsible for the application of the *PBSA*, is in a position to resolve the impasse that the members would face if the interpretation suggested by my colleague Bastarache J. were adopted.

3 In order to explain the particular context in which the termination of the Trust is sought, a few

Version française du jugement des juges LeBel, Deschamps, Fish et Abella rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — Les 112 intimés sont des participants à un régime de retraite (« participants ») qui, depuis 10 ans, tentent par voie judiciaire d’avoir accès à leur caisse de retraite détenue en fiducie. Il s’agit, en l’espèce, de décider si l’actif de la caisse peut être réparti entre eux, et de quelle façon il peut l’être.

Dès 2002, le régime pour lequel la fiducie a été créée, à savoir le régime de retraite de Premier (« Régime »), affichait un surplus évalué à 11 millions de dollars. La Cour suprême et la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ont retenu les arguments des participants et ont conclu qu’il pouvait être mis fin à la fiducie utilisée pour la capitalisation du Régime (« fiducie » ou « fiducie de Premier »), en application de la règle de common law établie dans *Saunders c. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482 (Ch. D.). Selon cette règle, il est possible de modifier les modalités d’une fiducie ou de mettre fin à la fiducie si les bénéficiaires de la fiducie ayant la pleine capacité juridique y consentent tous. Pour les motifs qui suivent, j’estime que la règle de common law ne s’applique pas à la fiducie en cause dans la présente affaire. En général, le contexte et l’objet des régimes de retraite ne se prêtent pas bien à l’application de la règle de common law. De plus, une fiducie de retraite n’est pas un instrument distinct. La fiducie fait explicitement partie du Régime. On ne peut y mettre fin sans tenir compte du régime pour lequel elle a été créée et de la loi particulière qui s’applique à ce régime. En l’espèce, tout recours ouvert aux participants est assujéti aux dispositions d’une loi fédérale, à savoir la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. 1985, ch. 32 (2^e suppl.) (« *LNPP* »). Selon moi, le surintendant des institutions financières (« surintendant »), qui est responsable de l’application de la *LNPP*, est en mesure de dénouer l’impasse dans laquelle les participants se trouveraient si l’interprétation préconisée par mon collègue le juge Bastarache était retenue.

Pour expliquer le contexte particulier dans lequel la cessation de la fiducie est demandée, il

facts will have to be elicited to situate the dispute between the members and their former employer. Then, to explain why the common law rule does not apply, it will be useful to briefly review pension plans in general and the Plan itself. Finally, I will comment on the relevant provisions of the *PBSA* that would allow the members to make a proper request to the Superintendent.

I. Facts

The Plan was established in 1974 for the employees of Premier Communication Ltd. It provides for defined benefits and is funded by the employer only. It states that the company expects to continue the Plan indefinitely, but that in the event of termination, the surplus remaining in the trust fund is to be distributed amongst the remaining members:

GENERAL RULE SEVEN – AMENDMENT OR TERMINATION OF PLAN

. . .

2. While the Company expects to continue the Plan indefinitely, it must and does reserve the right to terminate the Plan, if, at any time in the future, conditions should arise that indicate the necessity of such action.

In the event of the termination of the Plan, the benefits being paid to Retired Members will be continued as provided for under the terms and provisions of the Plan. The balance of assets remaining in the Trust Fund, after all liabilities to Retired Members have been satisfied, will be distributed by the Committee among the remaining Members on the basis required under the provisions of Section 12 of the Pension Benefits Standards Act.

In 1980, Rogers Cablesystems Inc. (which later became Rogers Communications Inc. (“Rogers”)) acquired Premier Communication Ltd. In September 1983, the Plan’s actuary was of the view that a surplus evaluated at approximately \$800,000 could be used to improve benefits for members. On April 12, 1984, the actuary actually

sera nécessaire de relater quelques faits permettant de situer le litige opposant les participants à leur ancien employeur. Ensuite, afin d’expliquer pourquoi la règle de common law ne s’applique pas, il sera utile d’examiner brièvement la question des régimes de retraite en général et le Régime lui-même. Enfin, je formulerai des observations sur les dispositions de la *LNPP* qui permettraient aux participants de présenter une demande légitime au surintendant.

I. Les faits

Le régime des employés de Premier Communication Ltd. a été établi en 1974. Il s’agit d’un régime à prestations déterminées capitalisé uniquement par l’employeur. Il prévoit que la compagnie s’attend à ce qu’il subsiste indéfiniment, mais que, en cas de cessation, le surplus de la caisse en fiducie sera réparti entre les participants restants :

[TRADUCTION]

SEPTIÈME RÈGLE GÉNÉRALE – MODIFICATION OU CESSATION DU RÉGIME

. . .

2. Bien que la compagnie s’attende à ce que le régime subsiste indéfiniment, elle doit se réserver, et par les présentes se réserve, le droit de mettre fin au régime si jamais des conditions commandent d’y mettre fin.

En cas de cessation du régime, les prestations versées aux participants retraités seront maintenues conformément aux modalités et aux dispositions du régime. Après que toutes les dettes envers les participants retraités auront été acquittées, le comité répartira entre les autres participants l’actif restant de la caisse en fiducie, conformément aux dispositions de l’article 12 de la Loi sur les normes de prestation de pension.

En 1980, Rogers Cablesystems Inc. (devenue par la suite Rogers Communications Inc. (« Rogers »)) fait l’acquisition de Premier Communication Ltd. En septembre 1983, l’actuaire du Régime estime qu’un surplus évalué à environ 800 000 \$ peut servir à bonifier les prestations des participants. Le 12 avril 1984, l’actuaire recommande effectivement

recommended improvements to the benefits. The actuary was replaced on May 22, 1984. On July 1, 1984, the Plan was closed to future employees. On July 11, 1984, Rogers asked the then trustee, Canada Trust, for a refund of part of its contributions. Canada Trust required a legal opinion before doing so. On October 31, 1984, Canada Trust was replaced by National Trust. On July 15, 1985, Rogers requested that the new trustee, National Trust, refund \$968,285 to it, which National Trust did. By December 31, 1986, Rogers had also taken contribution holidays evaluated at \$842,000. In December 1992, Rogers amended the Plan to merge it retroactively with four other pension plans in the Rogers Communications Inc. Pension Plan (“RCI Plan”). The views of the employees with respect to such a merger were known to Rogers, as can be seen from an internal memorandum dated July 16, 1990:

It is clear that [the Premier employee representative] is not in favour of folding the Premier Plan into the RCI plan unless we can show clear benefit (unlikely scenario).

6 The long-term goal pursued by Rogers with respect to the Plan is stated in another internal memorandum dated April 22, 1993:

You asked for an update on the status of the Premier Pension Plan. As you are aware, our objectives related to this plan were (i) to get at the surplus the plan had and (ii) minimize our administration (i.e. eliminate an audited statement and an annual regulatory filing, etc.).

We were able to accomplish the objectives above by the amalgamation of all of the defined benefit plans into one plan. Therefore, the need to do anything further was redundant.

7 The members initiated the litigation against Rogers in 1995. They requested the return of the trust funds paid to Rogers in 1985 and a declaration that the funds belonged to them. The trial judge dismissed the claim on most of the issues ((1998), 54 B.C.L.R. (3d) 125). The members appealed. The Court of Appeal found that trust law imports its

de bonifier les prestations. Cet actuaire est remplacé le 22 mai 1984. Le 1^{er} juillet 1984, le Régime est fermé aux futurs employés. Le 11 juillet 1984, Rogers demande à la fiduciaire d’alors, Canada Trust, de lui rembourser une partie de ses cotisations. Canada Trust estime devoir bénéficier d’un avis juridique avant de le faire. Le 31 octobre 1984, Canada Trust est remplacée par la Compagnie Trust National (« Trust National »). Le 15 juillet 1985, Rogers demande à la nouvelle fiduciaire, Trust National, de lui rembourser 968 285 \$, ce que fait Trust National. Dès le 31 décembre 1986, Rogers s’accorde également des périodes d’exonération de cotisations évaluées à 842 000 \$. En décembre 1992, Rogers modifie le Régime pour le fusionner rétroactivement avec quatre autres régimes de retraite dans le régime de retraite de Rogers Communications Inc. (« régime de RCI »). Comme l’indique une note de service interne datée du 16 juillet 1990, Rogers connaît le point de vue des employés au sujet de cette fusion :

[TRADUCTION] Il est clair que [le représentant des employés de Premier] n’est pas en faveur de la fusion du régime de Premier avec le régime de RCI, à moins que nous puissions démontrer l’existence d’un avantage évident (ce qui est peu vraisemblable).

L’objectif à long terme que Rogers poursuit quant au Régime est exposé dans une autre note de service interne datée du 22 avril 1993 :

[TRADUCTION] Vous avez demandé de faire le point sur le régime de retraite de Premier. Comme vous le savez, nos objectifs concernant ce régime étaient (i) d’avoir accès au surplus du régime et (ii) de réduire au minimum notre gestion (c’est-à-dire éliminer un état financier vérifié et un dépôt annuel réglementaire, etc.).

Nous avons pu atteindre les objectifs susmentionnés en combinant tous les régimes à prestations déterminées en un seul régime. En conséquence, toute autre mesure devenait superflue.

Les participants entament les procédures judiciaires contre Rogers en 1995. Ils demandent la restitution des fonds en fiducie qui ont été versés à Rogers en 1985 et un jugement déclarant que ces fonds leur appartiennent. Le juge de première instance rejette leur demande à presque tous égards ((1998), 54 B.C.L.R. (3d) 125). Les participants

own rules that apply in addition to, and in precedence over, the law of contract and the rules of construction of contracts. To this extent and in view of Rogers' concession that the merger was not complete as regards the Plan, members of the Plan retained rights that were distinct from those of members of the other plans that had been merged with it in the RCI Plan. The Court of Appeal concluded that the merger of the Plan with the RCI Plan was valid but did not affect the existence of the Trust as a separate trust. The members were also at liberty to institute proceedings to terminate the Trust based on the rule in *Saunders v. Vautier* or on the *Trust and Settlement Variation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 463, to the extent that either may be applicable. The Court of Appeal held that the employer's withdrawal of substantial funds from the surplus in 1985, which was admitted to have been in breach of trust, had been properly repaid to the trustee. Thus, the Plan's members retained the right to distribution of the surplus upon termination ((2001), 83 B.C.L.R. (3d) 261, 2001 BCCA 16 ("*Buschau No. 1*"), at paras. 63-68). This Court denied leave to appeal that decision, [2001] 2 S.C.R. vii.

In 2001, the members applied to the Supreme Court of British Columbia for an order terminating the Plan. Loo J. ordered termination on the basis that the rule in *Saunders v. Vautier* was applicable and that s. 1(b) of the *Trust and Settlement Variation Act* provided the court with the jurisdiction to consent on behalf of those missing beneficiaries who were *sui juris* ((2002), 100 B.C.L.R. (3d) 327, 2002 BCSC 624). Rogers appealed.

The Court of Appeal found that the members were at liberty to invoke the rule in *Saunders v. Vautier* provided that the consents of all members and beneficiaries had been obtained. It set aside a part of the chambers judge's decision based on the *Trust and Settlement Variation Act*, finding that a court did not have the power to consent on behalf of contingent *sui juris* beneficiaries. However, it

interjetten appel. La Cour d'appel conclut que le droit des fiducies fait intervenir ses propres règles qui s'appliquent en sus du droit des contrats et des règles d'interprétation des contrats et qui les priment. Dans cette mesure et compte tenu du fait que Rogers a concédé que la fusion n'était pas complète quant au Régime, les participants au Régime conservent des droits distincts de ceux des participants aux autres régimes qui ont été fusionnés avec le leur dans le régime de RCI. La Cour d'appel statue que la fusion du Régime avec le régime de RCI est valide, mais qu'elle n'a aucun effet sur la fiducie qui continue d'exister comme une entité distincte. Il est également loisible aux participants d'entamer des procédures destinées à mettre fin à la fiducie en se fondant soit sur la règle de *Saunders c. Vautier* soit sur la *Trust and Settlement Variation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 463, dans la mesure où l'une ou l'autre peut s'appliquer. La Cour d'appel décide que les sommes importantes que l'employeur a retirées du surplus en 1985, retrait que celui-ci a admis avoir fait en violation d'une obligation fiduciaire, ont été dûment remboursées à la fiduciaire. Ainsi, les participants au Régime conservent le droit à la répartition du surplus en cas de cessation ((2001), 83 B.C.L.R. (3d) 261, 2001 BCCA 16 (« *Buschau n° 1* »), par. 63-68). Notre Cour refuse l'autorisation d'appeler de cette décision, [2001] 2 R.C.S. vii.

En 2001, les participants demandent à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre une ordonnance mettant fin au Régime. La juge Loo ordonne la cessation pour le motif que la règle de *Saunders c. Vautier* s'applique et que l'al. 1b) de la *Trust and Settlement Variation Act* donne à la cour compétence pour consentir au nom des bénéficiaires juridiquement autonomes manquants ((2002), 100 B.C.L.R. (3d) 327, 2002 BCSC 624). Rogers interjette appel.

La Cour d'appel conclut que les participants sont libres d'invoquer la règle de *Saunders c. Vautier* pourvu que le consentement de tous les participants et bénéficiaires ait été obtenu. Elle annule une partie de la décision que la juge en chambre a rendue en se fondant sur la *Trust and Settlement Variation Act*, statuant qu'une cour n'a pas le pouvoir de consentir au nom d'éventuels bénéficiaires

provided the members with an opportunity to show that all the required consents had been obtained ((2004), 24 B.C.L.R. (4th) 85, 2004 BCCA 80 (“*Buschau No. 2*”). After receiving additional evidence and representation, the Court of Appeal found that the rule in *Saunders v. Vautier* could operate to terminate the trust. It recognized that questions could arise concerning the “mechanics” of the termination, but it was of the opinion that the trustee would have to satisfy itself that “[all] the conditions have been met and that all statutory requirements — including the payment of applicable taxes — have been complied with” before distributing the trust assets ((2004), 27 B.C.L.R. (4th) 17, 2004 BCCA 282 (“*Buschau No. 3*”), at para. 17). Rogers and the trustee appealed to this Court.

juridiquement autonomes. Toutefois, elle donne aux participants la possibilité de démontrer que tous les consentements requis ont été obtenus ((2004), 24 B.C.L.R. (4th) 85, 2004 BCCA 80 (« *Buschau n° 2* »)). Après avoir obtenu des éléments de preuve et des observations supplémentaires, la Cour d’appel décide que la règle de *Saunders c. Vautier* peut être appliquée pour mettre fin à la fiducie. Elle reconnaît que des questions peuvent se poser au sujet du [TRADUCTION] « processus » de cessation, mais elle estime que la fiduciaire doit s’assurer que [TRADUCTION] « [toutes] les conditions ont été remplies et toutes les exigences légales — dont le paiement des taxes applicables — ont été respectées » avant de répartir l’actif de la fiducie ((2004), 27 B.C.L.R. (4th) 17, 2004 BCCA 282 (« *Buschau n° 3* »), par. 17). Rogers et la fiduciaire interjettent appel devant notre Cour.

10 Rogers submits that the rule in *Saunders v. Vautier* does not apply. National Trust does not take issue with the Court of Appeal’s order inasmuch as it determines the rights of Rogers or of the members. However, the trustee claims that the order places it in an untenable position by devolving upon it the authority and legal responsibility to give effect to and administer the termination of the Premier Trust, although this authority is not provided for by the terms of the Trust or by statute. The members maintain that the rule in *Saunders v. Vautier* applies but argue, in the alternative, that Rogers should terminate the Plan pursuant to its fiduciary duty under the *PBSA*. At the end of the hearing before this Court, the parties were asked to provide their views on the application of the *PBSA* to the termination of a plan by the Superintendent. Rogers takes the position that the Superintendent does not have the right to terminate the Plan because his role is limited to solvency issues. The members submit that the Superintendent has a discretionary power and that, as a result, they do not have a clear recourse. In their view, the rule in *Saunders v. Vautier* is not ousted by the *PBSA*.

Rogers soutient que la règle de *Saunders c. Vautier* ne s’applique pas. Trust National ne conteste pas l’ordonnance de la Cour d’appel dans la mesure où elle détermine les droits de Rogers ou des participants. La fiduciaire fait cependant valoir que cette ordonnance la place dans une situation intenable en lui transférant le pouvoir et la responsabilité juridique de mettre en œuvre et de gérer la cessation de la fiducie de Premier, bien que ce pouvoir ne soit prévu ni par les modalités de la fiducie ni par la loi. Les participants maintiennent que la règle de *Saunders c. Vautier* s’applique, mais ils allèguent subsidiairement que Rogers devrait mettre fin au Régime conformément à l’obligation fiduciaire qui lui incombe en vertu de la *LNPP*. À la fin de l’audience devant notre Cour, les parties ont été invitées à présenter leur point de vue concernant l’application de la *LNPP* à la cessation d’un régime déclarée par le surintendant. Rogers est d’avis que le surintendant n’a pas le droit de mettre fin au Régime parce que son rôle se limite aux questions de solvabilité. Les participants affirment que le surintendant a un pouvoir discrétionnaire de sorte qu’ils ne disposent d’aucun recours clair. Selon eux, la *LNPP* n’écarte pas la règle de *Saunders c. Vautier*.

11 It is clear from the history of the litigation that some of the issues are now *res judicata*. One of

L’historique du litige montre clairement que certaines questions ont acquis le statut de chose jugée.

them is that the merger of the Plan with the RCI Plan did not affect the Trust. As the Court of Appeal noted at the time, this peculiar situation may present some conceptual difficulties (*Buschau No. 1*, at para. 66). Nonetheless, these facts must be interpreted with the help of the general principles of pension law. For this reason, it will be useful to review some background information concerning pension plans in general and the Plan in particular.

II. Pension Plans in General

Pension plans have a complex history and constitute a response to a multitude of needs. As R. L. Deaton puts it:

... [employee] benefits [initially] served multiple purposes, including attracting a labour supply and reducing turnover, serving as an investment in human capital by improving morale, increasing productivity and efficiency by rationalizing the human element in the work process, promoting loyalty to the firm, preventing or forestalling unionization, preventing government intervention with respect to compulsory social insurance, maximizing the tax position of certain benefits by increasing non-taxable compensation to employees, minimizing the cost per unit of benefit through group arrangements, thereby compensating for imperfect individual knowledge of insurance markets, and creating a favourable corporate public relations image.

(*The Political Economy of Pensions: Power, Politics and Social Change in Canada, Britain and the United States* (1989), at pp. 119-20)

He adds that in recent years many sophisticated employers have adopted a compensation approach based on the “total value of labour remuneration, wages and fringes having become interchangeable costs” (p. 122). Thus, what some may still view as a gratuitous reward for employees remains a powerful long-term human resources management tool as well as an undeniable benefit for aging employees. Employees rightly see their pension benefits as part of their overall compensation. How important pension benefits are to employees, and how sensitive employees are about such benefits, is even clearer

L'une d'elles veut que la fusion du Régime avec le régime de RCI n'ait eu aucun effet sur la fiducie. Comme la Cour d'appel l'a fait remarquer à l'époque, cette situation particulière peut présenter des difficultés conceptuelles (*Buschau n^o 1*, par. 66). Néanmoins, ces faits doivent être interprétés à l'aide des principes généraux du droit régissant les régimes de retraite. C'est pourquoi il sera utile d'examiner certains renseignements de base concernant les régimes de retraite en général et le Régime en particulier.

II. Les régimes de retraite en général

L'histoire des régimes de retraite est complexe : ces régimes répondent à une multitude de besoins. Comme le dit R. L. Deaton :

[TRADUCTION] ... les avantages sociaux [des employés] visaient [au départ] des objectifs multiples, dont attirer la main d'œuvre et réduire le roulement du personnel, constituer un investissement dans le capital humain en améliorant le moral, augmenter la productivité et le rendement par la rationalisation de l'élément humain dans les méthodes de travail, promouvoir la loyauté envers l'entreprise, empêcher ou prévenir la syndicalisation, empêcher l'intervention gouvernementale concernant l'assurance sociale obligatoire, maximiser l'exemption fiscale de certains avantages en accroissant la partie non taxable de la rémunération des employés, réduire le coût unitaire des avantages grâce à des mesures collectives et suppléer ainsi aux lacunes de la connaissance individuelle des marchés de l'assurance, et enfin créer une image favorable de l'entreprise auprès du public.

(*The Political Economy of Pensions: Power, Politics and Social Change in Canada, Britain and the United States* (1989), p. 119-120)

L'auteur ajoute que, au cours des dernières années, de nombreux employeurs avertis ont adopté un mode de rétribution fondé sur [TRADUCTION] « la valeur totale de la rémunération du travail, les salaires et les avantages sociaux étant devenus des coûts interchangeables » (p. 122). Par conséquent, ce que d'aucuns peuvent encore percevoir comme une gratification destinée aux employés demeure un puissant outil de gestion à long terme des ressources humaines ainsi qu'un avantage indéniable pour les employés qui vieillissent. Les employés ont raison de considérer leurs prestations de retraite comme

in the present context of corporate mergers and acquisitions.

une composante de leur rémunération globale. L'importance que les prestations de retraite revêtent pour les employés et la mesure dans laquelle celles-ci leur tiennent à cœur sont encore plus évidentes dans le présent contexte où il est question de fusions et d'acquisitions de sociétés commerciales.

13 Pension benefits also serve broader social goals, which were recognized by the Court of Appeal (*Buschau No. 2*, at para. 47), citing approvingly E. E. Gillese (now a justice of the Ontario Court of Appeal), "Pension Plans and the Law of Trusts" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 221, at pp. 232-34. Together with government programs and individual savings, pension plans provide an aging population with invaluable financial support. In recognition of the social value of such an investment, pension contributions receive special tax treatment. The social component of private pension plans plays a crucial role in an era in which public pension programs have not yet been reformed to ensure adequate funding (see Deaton, at pp. 136-37, for an outline of the increase in contributions that would be required to conform to international standards). Courts do not make social policy, but the social role of pension plans might prove relevant when it comes time to decide whether the rule in *Saunders v. Vautier* can be employed to terminate a pension trust.

Les prestations de retraite visent aussi des objectifs sociaux généraux que la Cour d'appel (*Buschau n^o 2*, par. 47) a reconnus en citant avec approbation E. E. Gillese (maintenant juge à la Cour d'appel de l'Ontario), « Pension Plans and the Law of Trusts » (1996), 75 *R. du B. can.* 221, p. 232-234. Conjugués aux programmes gouvernementaux et à l'épargne individuelle, les régimes de retraite procurent un soutien financier inestimable à une population vieillissante. En reconnaissance de la valeur sociale de cet investissement, les cotisations de retraite bénéficient d'un traitement fiscal particulier. Le volet social des régimes de retraite privés joue un rôle crucial à une époque où les programmes de retraite publics n'ont pas encore été réformés pour en assurer une capitalisation suffisante (voir Deaton, p. 136-137, pour un aperçu de l'augmentation des cotisations qui serait nécessaire pour respecter les normes internationales). Les tribunaux n'établissent pas des politiques sociales, mais le rôle social des régimes de retraite pourrait se révéler pertinent lorsqu'il s'agit de décider si la règle de *Saunders c. Vautier* peut être utilisée pour mettre fin à une fiducie de retraite.

14 In Canada, defined benefit plans are usually funded in one of two ways: the funds are either held by an insurance company or held in trust (D. Rienzo, "Trust Law and Access to Pension Surplus" (2005), 25 *E.T.P.J.* 14; G. Nachshen, "Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate", in Meredith Memorial Lectures 1988, *New Developments in Employment Law* (1989), 59, at p. 64). In an insured plan, the insurance company receives an agreed payment and, bearing the risk of a shortfall, undertakes to pay the pension benefits to the members. When a plan is funded through a trust, the employer contracts with a trust company. The trust company holds and invests the pension contributions, subject to instructions under the trust agreement. The contributions are generally adjusted following an

Au Canada, la capitalisation des régimes à prestations déterminées se fait généralement de deux façons : les fonds sont soit détenus par une compagnie d'assurances, soit détenus en fiducie (D. Rienzo, « Trust Law and Access to Pension Surplus » (2005), 25 *E.T.P.J.* 14; G. Nachshen, « Access to Pension Fund Surpluses : The Great Debate », dans Conférences Commémoratives Meredith 1988, *Le Contrat de travail : problèmes et perspectives* (1989), 59, p. 64). Dans le cas d'un régime assuré, la compagnie d'assurances reçoit un paiement convenu et, au risque de subir un déficit, elle s'engage à verser les prestations de retraite aux participants. Dans le cas d'un régime capitalisé au moyen d'une fiducie, l'employeur conclut un contrat avec une société de fiducie. Cette société de fiducie

evaluation by an actuary who determines the level of funding needed to meet the solvency requirement under the applicable legislation. Here, the Plan is and always has been funded through a trust, so the discussion can be limited to trust-related issues.

A defined benefit plan can fall into deficit or accumulate a surplus. Pension underfunding is a cause for concern. Almost 70 percent of major corporate pension plans were in deficit positions in the late 1970s. In the early 1980s, however, the situation reversed. Surpluses were generated by high levels of investment earnings coupled with lower wage increases and widespread layoffs, while employer contributions were left in the funds as employees forfeited their future pension rights: Deaton, at pp. 133-34, and Nachshen, at pp. 66-67. The situation reverted to one of deficits in the late 1990s. The magnitude of the underfunding problem has only recently started to emerge in legal commentaries (“Pension Underfunding Still Widespread, Yet . . .”, *Business & Legal Reports*, October 1, 2003 (online)). However, a surplus or deficit position reflects only a snapshot of a fund at a specific point in time. Since a pension plan is usually viewed as an ongoing instrument, time and sound actuarial advice are supposed to allow for secure funding while preventing the unnecessary accumulation of surpluses. Although the existence of deficits or surpluses is not an anomaly since actuaries cannot perfectly predict the future, in an ideal world, each plan would always be funded to the exact amount required to discharge its obligations.

Surpluses have not always been dealt with explicitly in pension plans or pension trusts. In *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611, the

détient et investit les cotisations de retraite conformément aux directives fondées sur la convention de fiducie. Les cotisations sont généralement ajustées à la suite d’une évaluation effectuée par un actuaire qui détermine le niveau de capitalisation nécessaire pour respecter la norme de solvabilité prescrite par la loi applicable. En l’espèce, le Régime est, et a toujours été, capitalisé au moyen d’une fiducie, de sorte que l’analyse peut être limitée aux questions de fiducie.

Un régime à prestations déterminées peut afficher un déficit ou un surplus. La sous-capitalisation des régimes est une source de préoccupation. Près de 70 pour 100 des régimes de retraite des grandes sociétés affichaient un déficit vers la fin des années 1970. Cependant, au début des années 1980, il y a eu un revirement de situation. Des revenus de placement importants conjugués à de faibles augmentations des salaires et de nombreuses mises à pied, alors que les cotisations des employeurs étaient laissées dans les caisses et que les employés perdaient leurs droits futurs à une pension, ont engendré des surplus : Deaton, p. 133-134, et Nachshen, p. 66-67. À la fin des années 1990, les déficits sont réapparus. Ce n’est que récemment que des articles de doctrine ont commencé à faire état de l’ampleur du problème de la sous-capitalisation (« Pension Underfunding Still Widespread, Yet . . . », *Business & Legal Reports*, 1^{er} octobre 2003 (en ligne)). Toutefois, l’existence d’un surplus ou d’un déficit représente seulement l’état dans lequel se trouve une caisse à un moment donné. Étant donné qu’un régime de retraite est habituellement perçu comme un instrument permanent, le temps et les conseils actuariels judicieux sont censés permettre une capitalisation suffisante tout en empêchant l’accumulation inutile de surplus. Bien que l’existence d’un déficit ou d’un surplus ne soit pas une anomalie du fait que les actuaires ne sont pas en mesure de prédire l’avenir avec une exactitude parfaite, dans un monde idéal, chaque régime disposerait toujours de la capitalisation dont il a exactement besoin pour s’acquitter de ses obligations.

Les régimes de retraite ou les fiducies de retraite n’abordent pas toujours explicitement la question des surplus. Dans l’arrêt *Schmidt c. Air Products*

Court, dealing with issues relating to the distribution of a surplus, held that “when a trust is created, the funds which form the corpus are subjected to the requirements of trust law. The terms of the pension plan are relevant to distribution issues only to the extent that those terms are incorporated by reference in the instrument which creates the trust” (p. 639). The Court also stated that “[w]hen a pension fund is impressed with a trust, that trust is subject to all applicable trust law principles” (p. 643 (emphasis added)). It is thus necessary to determine which trust law principles *are applicable* before considering how they apply.

Canada Ltd., [1994] 2 R.C.S. 611, la Cour a statué, au sujet de questions liées à la répartition d’un surplus, que « lorsqu’une fiducie est créée, le fonds qui forme le capital est assujéti aux exigences du droit des fiducies. Les modalités du régime de retraite ne sont alors pertinentes quant aux questions de répartition, que dans la mesure où elles sont insérées par renvoi dans l’acte qui crée la fiducie » (p. 639). La Cour a ajouté que « [I]a caisse de retraite assujétiée à une fiducie est soumise à tous les principes applicables du droit des fiducies » (p. 643 (je souligne)). Il est donc nécessaire de déterminer quels principes du droit des fiducies *sont applicables* avant d’examiner la façon dont ils s’appliquent.

17 Before termination of a plan, a surplus is only an actuarial concept. While the plan is in operation, individuals entitled to the surplus assets do not have a specific interest in them. A pension surplus can be used to justify a contribution holiday if this is permitted by the plan, but the surplus can also disappear if investment earnings are lower than anticipated. Since pension plans are usually established for indefinite terms, issues relating to surpluses are not usually relevant to plan members while the plan is in operation. As the Court said in *Schmidt*, “[t]he right to any surplus is crystallized only when the surplus becomes ascertainable upon termination of the plan” (p. 654). Entitlement is determined by consulting the Plan, the Trust agreement (*Schmidt*, at p. 639) and the relevant legislation (*Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 S.C.R. 152, 2004 SCC 54, at para. 39).

Avant la cessation d’un régime, un surplus n’est qu’un concept actuariel. Pendant que le régime est en vigueur, les personnes ayant éventuellement droit au surplus ne peuvent se réclamer d’un droit précis sur celui-ci. Le surplus d’une caisse de retraite peut servir à justifier une période d’exonération de cotisations si le régime le permet, mais il peut aussi disparaître si les revenus de placement se révèlent moins élevés que prévu. Étant donné que les régimes de retraite sont normalement établis pour une période indéterminée, les questions de surplus sont habituellement dénuées d’intérêt pour les participants pendant que le régime est en vigueur. Comme la Cour l’a affirmé dans l’arrêt *Schmidt*, « [I]e droit à tout surplus n’est cristallisé que lorsque celui-ci devient vérifiable à la cessation du régime » (p. 654). Pour déterminer la teneur de ce droit, il faut consulter le régime, la convention de fiducie (*Schmidt*, p. 639) et la loi applicable (*Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, [2004] 3 R.C.S. 152, 2004 CSC 54, par. 39).

18 Pension plans are heavily regulated. At this juncture, it is worth looking at the legislative scheme applicable to the issue.

Les régimes de retraite sont fortement réglementés. À ce stade, il convient d’examiner le régime législatif applicable à la question en litige.

III. The Pension Benefits Standards Act, 1985

III. La Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension

19 The complex statutory and regulatory framework to which pension plans are subject cannot be overlooked. Recognizing the economic and social

On ne saurait passer sous silence le cadre législatif et réglementaire complexe qui régit les régimes de retraite. Reconnaisant l’importance

importance of pension plans, Parliament and the vast majority of provincial and territorial legislatures have adopted legislation regulating them. The first federal pension benefits standards legislation came into force on March 23, 1967 (S.C. 1966-67, c. 92). The current statute, the *PBSA*, was initially enacted in 1986 (S.C. 1986, c. 40). Under it, an important role of control and supervision is assigned to the Superintendent (see A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), for analysis on the analogous role of the Superintendent under the Ontario legislation). The Superintendent administers the *PBSA*, collects information and conducts studies concerning pension plans and their operation (s. 5). Strict investment and solvency standards are imposed on plan administrators (s. 9(1) and *Pension Benefits Standards Regulations, 1985, SOR/87-19*, rr. 6 to 10), who must also file documents and information required by the *PBSA* (ss. 7.4 and 12). A plan administrator also acts as a trustee for the employer, the members of the plan, and any persons entitled to pension benefits. The Superintendent can issue a direction of compliance if he is of the view that an administrator or an employer is pursuing a course of conduct that is contrary to sound financial practices, or that a pension plan is not being administered in accordance with the *PBSA* (s. 11(1) and (2)). If the Superintendent's direction is not complied with, the pension plan's registration may be revoked (s. 11.1). The Superintendent also plays a key role at the termination and distribution stage (ss. 9.2 and 29, and rr. 16 and 24). For example, his consent must be obtained before a surplus can be distributed (r. 16(2)(d)). Guidelines and instruction guides are published by the Superintendent to assist in the administration and termination of plans and trusts. Specific attention is paid to the rights of beneficiaries upon a request for distribution of a surplus. The *Guidelines to Administrators for Plan Terminations* make it clear that a delay in winding up will not be accepted simply because the administrator prefers to manage the funds.

économique et sociale des régimes de retraite, le Parlement et la vaste majorité des législatures provinciales et territoriales les ont réglementés par voie législative. La première loi fédérale sur les normes de prestations de pension est entrée en vigueur le 23 mars 1967 (S.C. 1966-67, ch. 92). La loi actuelle, la *LNPP*, a été adoptée pour la première fois en 1986 (S.C. 1986, ch. 40). Elle attribue au surintendant une importante fonction de contrôle et de surveillance (voir A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), pour une analyse de la fonction analogue du surintendant nommé en vertu de la loi ontarienne). Le surintendant assure l'application de la *LNPP*, recueille des renseignements et procède à des études relatives aux régimes de pension et à leur fonctionnement (art. 5). L'administrateur d'un régime est tenu de respecter des normes rigoureuses en matière de placement et de solvabilité (par. 9(1) *LNPP*, et art. 6 à 10 du *Règlement de 1985 sur les normes de prestation de pension, DORS/87-19* (« Règlement »)). Il doit également déposer les documents et renseignements requis par la *LNPP* (art. 7.4 et 12). L'administrateur d'un régime joue également le rôle de fiduciaire de l'employeur, des participants au régime et de toute personne ayant droit à des prestations de retraite. Le surintendant peut donner une directive s'il estime qu'un administrateur ou un employeur adopte une attitude contraire aux bonnes pratiques du commerce, ou que la gestion d'un régime de retraite n'est pas conforme à la *LNPP* (par. 11(1) et (2) *LNPP*). L'agrément du régime de retraite peut être révoqué en cas de non-conformité à la directive du surintendant (art. 11.1 *LNPP*). Le surintendant joue aussi un rôle essentiel à l'étape de la cessation et de la répartition (art. 9.2 et 29 *LNPP*, et art. 16 et 24 du *Règlement*). Il faut notamment obtenir son consentement avant de répartir un surplus (al. 16(2)d) du *Règlement*). Le surintendant publie des lignes directrices et des guides d'instruction utiles pour gérer les régimes et les fiducies et y mettre fin. Une attention particulière est accordée aux droits des bénéficiaires en cas de demande de répartition d'un surplus. Les *Lignes directrices à l'intention des administrateurs sur la cessation des régimes de pension* prévoient clairement que l'administrateur ne peut pas retarder la liquidation uniquement parce qu'il préfère gérer la caisse de retraite.

20

In essence, the Superintendent plays a crucial role in the protection of beneficiaries. Although most of his interventions relate to supervision of the solvency requirements, he also acts as a gatekeeper for the distribution of a pension fund. The Superintendent has unique duties and responsibilities *vis-à-vis* beneficiaries that may make it possible to avoid resorting to a common law rule that was designed for an environment totally different from that of pension law.

IV. The Rule in *Saunders v. Vautier*

21

The common law rule in *Saunders v. Vautier* can be concisely stated as allowing beneficiaries of a trust to depart from the settlor's original intentions provided that they are of full legal capacity and are together entitled to all the rights of beneficial ownership in the trust property. More formally, the rule is stated as follows in *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees* (14th ed. 1987), at p. 628:

If there is only one beneficiary, or if there are several (whether entitled concurrently or successively) and they are all of one mind, and he or they are not under any disability, the specific performance of the trust may be arrested, and the trust modified or extinguished by him or them without reference to the wishes of the settlor or the trustees.

According to D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at p. 1175, the rule was developed in the 19th century and originated as an implicit understanding of Chancery judges that the significance of property lay in the right of enjoyment. The idea was that, since the beneficiaries of a trust would eventually receive the property, they should decide how they intended to enjoy it.

22

The members argue that this rule allows them to terminate the Trust fund even though the employer, upon agreeing to the Trust, stated that only he could terminate it. The terms of the Plan and its

Essentiellement, le surintendant joue un rôle crucial dans la protection des bénéficiaires. Bien que la plupart de ses interventions visent à assurer le respect des normes de solvabilité, il joue également un rôle de gardien en ce qui a trait à la répartition de l'actif d'une caisse de retraite. Il a envers les bénéficiaires des obligations et des responsabilités exceptionnelles qui peuvent permettre d'éviter le recours à une règle de common law qui a été conçue pour s'appliquer dans un contexte totalement différent de celui du droit régissant les régimes de retraite.

IV. La règle de *Saunders c. Vautier*

On peut dire succinctement que la règle de common law de *Saunders c. Vautier* permet aux bénéficiaires d'une fiducie de déroger aux intentions initiales du disposant pourvu qu'ils aient la pleine capacité juridique et qu'ils possèdent ensemble tous les droits de propriété bénéficiaire sur les biens en fiducie. Plus formellement, la règle est définie ainsi dans *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees* (14^e éd. 1987), p. 628 :

[TRADUCTION] S'il n'y a qu'un seul bénéficiaire, ou s'il y en a plusieurs (peu importe qu'ils puissent exercer leurs droits concurremment ou successivement) qui sont unanimes, et qu'aucun n'est frappé d'incapacité juridique, l'exécution des obligations de la fiducie peut être interrompue et il peut y avoir modification ou extinction de la fiducie par le(s) bénéficiaire(s) sans égard à la volonté du disposant ou des fiduciaires.

Selon D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3^e éd. 2005), p. 1175, la règle a été établie au XIX^e siècle et découle d'une conception implicite des juges de la Cour de la Chancellerie selon laquelle la propriété trouve son sens dans le droit de jouissance. On considèrerait que, puisque la propriété serait attribuée en fin de compte aux bénéficiaires de la fiducie, il appartenait à ces derniers de décider de quelle façon ils voulaient en jouir.

Les participants allèguent que cette règle leur permet de mettre fin à la caisse en fiducie même si, en concluant la convention de fiducie, l'employeur a dit être le seul à pouvoir y mettre fin. Les

Trust fund are the key to the analysis. I will now turn to them.

V. The Plan and Its Trust Fund

The Plan, as stated in 1974, provided for the assets to be held in accordance with the terms of a Trust agreement. A committee known as the Retirement Committee was appointed by the company to administer the Plan. All employees hired after January 1, 1974 were required to become members of the Plan, while the other employees were eligible to join it under certain conditions (General Rule Two). The benefits were not to exceed the maximum permitted under the prevailing legislation and were payable upon retirement (the normal retirement age was 65 years). Although entitled to make additional contributions, employees were not required to contribute to the regular funding of the Plan (Special Rule Four (1)). The employer's contribution was calculated by the actuary appointed under the Plan (General Rule Four (2)). Benefits were to be paid to the member for the remainder of his or her life and then to the member's beneficiary for any remaining portion of a "guaranteed period". A lump sum could be paid, but only to a member, if the benefit was less than \$10 per month, and even so this was at the Retirement Committee's discretion. The committee could decide all matters in respect to the operation, administration and interpretation of the provisions of the Plan (General Rule Six (12)). The company had the right to amend the Plan provided that the amendment did not affect rights acquired or benefits earned as at the date of the amendment. Upon termination, benefits were to be paid as provided for in the Plan, and the balance of assets remaining in the trust fund, after all liabilities had been satisfied, were to be distributed by the Committee among the remaining members on the basis of s. 12 of the former *Pension Benefits Standards Act* (General Rule Seven).

The Trust agreement was entered into for the specific purpose of creating a Trust fund for the Plan. The fund was to be held and administered for

modalités du Régime et de sa caisse en fiducie jouent un rôle essentiel dans l'analyse. Je vais maintenant les examiner.

V. Le Régime et sa caisse en fiducie

Le Régime défini en 1974 prévoyait que l'actif serait détenu conformément à une convention de fiducie. La compagnie a créé un comité, appelé le comité de retraite, qui était chargé de gérer le Régime. Tous les employés embauchés après le 1^{er} janvier 1974 devaient adhérer au Régime, alors que les autres employés pouvaient le faire à certaines conditions (Deuxième règle générale). Les prestations ne devaient pas excéder le maximum autorisé par la loi en vigueur et étaient payables lors de la retraite (l'âge normal de la retraite étant fixé à 65 ans). Même s'ils avaient le droit de verser des cotisations supplémentaires, les employés n'étaient pas tenus de contribuer à la capitalisation régulière du Régime (Quatrième règle spéciale, section 1). Les cotisations de l'employeur étaient calculées par l'actuaire nommé conformément au Régime (Quatrième règle générale, section 2). Les prestations devaient être payées au participant jusqu'à la fin de ses jours, puis au bénéficiaire du participant pendant le reste d'une [TRADUCTION] « période garantie ». Une somme forfaitaire pouvait être versée, mais seulement à un participant, si la prestation était inférieure à 10 \$ par mois, et même là, au gré du comité de retraite. Le comité pouvait trancher toute question relative à l'application et à l'interprétation des dispositions du Régime (Sixième règle générale, section 12). La compagnie avait le droit de modifier le Régime dans la mesure où cela ne portait pas atteinte aux droits acquis ou aux prestations accumulées à la date de la modification. À la cessation, les prestations devaient être payées conformément aux dispositions du Régime, et, après que toutes les dettes aient été acquittées, le comité devait répartir entre les autres participants l'actif restant de la caisse en fiducie, conformément à l'art. 12 de l'ancienne *Loi sur les normes des prestations de pension* (Septième règle générale).

La convention de fiducie a été conclue dans le but précis de doter le Régime d'une caisse de retraite en fiducie. La caisse devait être détenue et gérée

the benefit of employees and of beneficiaries under the Plan. The trustee was to follow directions given by the company. The company also had the right to terminate the Trust agreement (art. V(2)).

25 Rogers purported to amend the Plan to give itself the right to the surplus in 1992, but the Court of Appeal found (*Buschau No. 1*, at para. 59) that the amendments had not affected the members' rights; its judgment in that case is now binding on the parties.

26 Thus, neither the Trust agreement nor the Plan provides for termination of the Trust by employees. The members consequently rely on the rule in *Saunders v. Vautier*. Does it apply? Like my colleague Bastarache J., I conclude that it does not. My reasons are slightly different, however.

VI. Non-Application of the Rule in *Saunders v. Vautier*

27 There are many reasons why the rule is not easily incorporated into the context of employment pension plans.

28 First, pension plans are heavily regulated. The *PBSA* regulates the termination of a plan and the distribution of the fund and the trust assets. I accept the following comment of the Court of Appeal (*Buschau No. 2*, at para. 47):

It must be acknowledged that the application of the rule in *Saunders v. Vautier* to pension trusts does involve different and more complicated factors, financial and legal, than an ordinary legacy or gift in trust. As already noted, pension trusts are part of the complex of rights and obligations (not only equitable, but also contractual and statutory) between employers and employees, and obviously serve broad societal and economic purposes.

However, the Court of Appeal's order (*Buschau No. 3*) defies the application of the *PBSA* because it allows for the operation of the rule in *Saunders v.*

pour le compte des employés et des bénéficiaires assujettis au Régime. Le fiduciaire devait suivre les directives de la compagnie. Cette dernière avait aussi le droit de mettre fin à la convention de fiducie (art. V(2)).

En 1992, Rogers a voulu modifier le Régime pour s'accorder le droit au surplus, mais la Cour d'appel a décidé (*Buschau n^o 1*, par. 59) que les modifications ne portaient pas atteinte aux droits des participants; cette décision lie maintenant les parties.

Ainsi, ni la convention de fiducie ni le Régime ne prévoient que les employés peuvent mettre fin à la fiducie. En conséquence, les participants invoquent la règle de *Saunders c. Vautier*. S'applique-t-elle? À l'instar de mon collègue le juge Bastarache, je conclus que non, mais pour des raisons légèrement différentes.

VI. L'inapplication de la règle de *Saunders c. Vautier*

La règle ne s'intègre pas facilement au contexte des régimes de retraite d'employeurs pour de nombreuses raisons.

Premièrement, les régimes de retraite sont fortement réglementés. La *LNPP* régit la cessation d'un régime et la répartition de l'actif de la caisse et de la fiducie. Je souscris à l'observation suivante de la Cour d'appel (*Buschau n^o 2*, par. 47) :

[TRADUCTION] Il faut reconnaître que l'application de la règle de *Saunders c. Vautier* aux fiducies de retraite met effectivement en cause des facteurs différents et plus complexes, tant financiers que juridiques, que lorsqu'il s'agit d'un legs ou d'une donation ordinaire en fiducie. Comme nous l'avons vu, les fiducies de retraite font partie de l'ensemble complexe des droits et obligations (non seulement reconnus en *equity*, mais également prévus par le droit des contrats et la loi écrite) entre employeurs et employés et répondent, de toute évidence, à des besoins sociaux et économiques généraux.

L'ordonnance de la Cour d'appel (*Buschau n^o 3*) va cependant à l'encontre de la *LNPP* parce qu'elle permet l'application de la règle de *Saunders c.*

Vautier without regard to the obligations to report to the Superintendent and to provide for the payment of pension benefits before distribution of the trust fund. The *PBSA* deals extensively with the termination of plans and the distribution of assets. It is clear from this explicit legislation that Parliament intended its provisions to displace the common law rule. To the extent that it provides a means to reach the distribution stage, the *PBSA* prevails over the traditional rule in *Saunders v. Vautier*.

Second, a family or testamentary trust is generally a stand-alone instrument. It does not usually depend on any other instrument for its operation. No indirect effect results from the application of the rule in *Saunders v. Vautier* in such cases. In contrast, a pension trust serves only as a vehicle for holding and managing the funds required by the pension plan. In the instant case, the Trust agreement is expressly “made a part of the Plan” (art. I(1)) and the Plan is attached to that agreement (preamble to the Trust agreement). The Trust agreement is therefore dependent on the Plan for which it was created. The Premier Trust cannot be collapsed without regard to the Plan itself. The two instruments are therefore indissociable. This particular situation was not dealt with in *Schmidt*, which focussed on the distribution of trust assets, not the termination of a trust agreement that had been expressly made part of a plan. In the case at bar, despite the link between the Plan and the Trust agreement, the judgment of the Court of Appeal purports to authorize the members to resort to the rule in *Saunders v. Vautier*, but does not provide for termination of the Plan. And yet, termination of the Plan in accordance with the prevailing *PBSA* is a condition precedent to distribution. This awkward juridical status illustrates why the common law rule is not an easy fit in the pension law context.

Third, employers establish plans because it is in their interest to do so. Under normal circumstances, they have the right not to have their management decisions disturbed. In contrast, the common

Vautier sans égard aux obligations de rendre compte au surintendant et de prévoir le versement de prestations de retraite avant la répartition de l’actif de la caisse en fiducie. La *LNPP* traite abondamment de la cessation des régimes et de la répartition de l’actif. Il ressort clairement de ce texte législatif explicite que le législateur a voulu que ses dispositions supplantent la règle de common law. Dans la mesure où elle prévoit un moyen de parvenir à l’étape de la répartition, la *LNPP* prime la règle traditionnelle de *Saunders c. Vautier*.

Deuxièmement, une fiducie familiale ou testamentaire est généralement un instrument distinct. Son fonctionnement ne dépend généralement d’aucun autre instrument. L’application de la règle de *Saunders c. Vautier* n’a aucun effet indirect dans ces cas. Par contre, une fiducie de retraite ne sert que de moyen de détenir et de gérer les fonds requis par le régime de retraite. En l’espèce, il est prévu expressément que la convention de fiducie [TRADUCTION] « fait partie du régime » (art. I(1)) et le Régime est joint à cette convention (préambule de la convention de fiducie). La convention de fiducie est donc subordonnée au régime pour lequel elle a été conclue. On ne peut pas mettre fin à la fiducie de Premier sans tenir compte du Régime lui-même. Par conséquent, les deux instruments sont indissociables. Cette situation particulière n’a pas été examinée dans l’arrêt *Schmidt*, qui portait sur la répartition d’un actif en fiducie et non sur la cessation d’une convention de fiducie faisant expressément partie d’un régime de retraite. En l’espèce, malgré le lien qui existe entre le Régime et la convention de fiducie, l’arrêt de la Cour d’appel est censé autoriser les participants à recourir à la règle de *Saunders c. Vautier*, mais il ne prévoit pas la cessation du Régime. Pourtant, la cessation du Régime conformément à la *LNPP* en vigueur est une condition préalable de la répartition. Cette situation juridique incongrue montre pourquoi la règle de common law ne s’inscrit pas facilement dans le contexte du droit régissant les régimes de retraite.

Troisièmement, les employeurs établissent des régimes parce qu’ils ont intérêt à le faire. Dans des circonstances normales, ils ont droit à ce que leurs décisions administratives soient respectées. Par

law trust allows no room for the settlor's interest. Although the particular circumstances of this case may lead to the conclusion that the employer no longer has a legitimate interest in the continuation of the Plan, a blanket statement that the employer has no interest conflicts with the usual expectations of parties to a pension plan.

31 Fourth, gift or legacy trusts are gratuitous, and accelerating the date of the beneficiaries' entitlement has no broad social consequences. Pension trusts funds, however, are no longer generally viewed as being gratuitous: either employees contribute directly or their entitlement is regarded as remuneration deferred until the date of their retirement. The capital of the pension trust fund cannot be distributed without defeating the social purpose of preserving the financial security of employees in their retirement by allowing them to receive periodic payments until they die.

32 Thus, this case amply demonstrates the difficulties associated with applying the rule in *Saunders v. Vautier* to a pension trust. The Court of Appeal issued an order stating that the members were at liberty to invoke the rule in *Saunders v. Vautier*. All the reporting and approval mechanisms that must precede termination by virtue of the *PBSA* were disregarded. They were treated as issues relating merely to "mechanics" (*Buschau No. 3*, at para. 17). According to the Court of Appeal, the Premier Trust may be collapsed without regard to its purpose of providing a means to defer income. No order was made to provide for annuities as required by the *PBSA*. Moreover, while the Court of Appeal held that the Premier Trust may be terminated pursuant to the rule in *Saunders v. Vautier*, no corresponding provision was made for terminating the trustee's obligations to the members under the merged RCI Plan.

33 I therefore conclude that the impediments to applying the rule in *Saunders v. Vautier* are

contre, la fiducie de common law ne fait aucune place à l'intérêt du disposant. Bien que les circonstances particulières de la présente affaire puissent mener à la conclusion que l'employeur n'a plus d'intérêt légitime dans le maintien du Régime, une déclaration générale selon laquelle l'employeur n'a aucun intérêt va à l'encontre des attentes normales des parties à un régime de retraite.

Quatrièmement, les donations ou legs en fiducie sont des libéralités, et le fait de rapprocher la date à laquelle les bénéficiaires peuvent exercer leur droit n'a aucune conséquence sociale générale. Toutefois, les droits dans les fiducies de retraite ne sont plus généralement considérés comme des libéralités : les employés peuvent cotiser directement ou encore leur droit est considéré comme une rémunération différée jusqu'à la date de leur départ à la retraite. Le capital de la caisse de retraite en fiducie ne peut pas être réparti sans contrecarrer l'objectif social consistant à assurer la sécurité financière des employés retraités en leur permettant de recevoir des versements périodiques jusqu'à la fin de leurs jours.

La présente affaire démontre donc amplement les difficultés que présente l'application de la règle de *Saunders c. Vautier* à une fiducie de retraite. La Cour d'appel a rendu une ordonnance déclarant que les participants étaient libres d'invoquer la règle de *Saunders c. Vautier*. Tous les mécanismes d'établissement de rapports et d'obtention d'approbations qui doivent précéder la cessation en vertu de la *LNPP* ont été passés sous silence. Ils ont été considérés comme de simples questions de « processus » (*Buschau n° 3*, par. 17). Selon la Cour d'appel, il peut être mis fin à la fiducie de Premier sans égard à son objectif consistant à donner un moyen de différer un revenu. Contrairement à ce qu'exige la *LNPP*, aucune ordonnance prévoyant le versement d'une rente n'a été rendue. De plus, bien que la Cour d'appel ait conclu qu'il peut être mis fin à la fiducie de Premier en application de la règle de *Saunders c. Vautier*, elle n'a pas prévu comment prendraient fin les obligations de la fiduciaire envers les participants aux termes du régime fusionné de RCI.

Je conclus donc que les obstacles à l'application de la règle de *Saunders c. Vautier* sont nombreux.

numerous. The rule is not easily applicable to pension trusts and not even the length of time elapsed since the beginning of the proceedings can allow the members to bend the rule to fit it to their case. I do not exclude the possibility that the common law rule might apply to very small pension plans, the kind offered to a few officers of a corporation, but in general the fit is wrong. The conclusion that the common law rule does not generally apply to traditional pension funds is reinforced by the fact that the *PBSA* provides mechanisms that protect members from inappropriate conduct by plan administrators. Since my colleague Bastarache J. does not share my opinion on this point, I feel that I should elaborate on it.

VII. Members' Recourse

I have already noted that neither the Plan nor the Trust agreement grants members a direct right to terminate the Plan. There is a reason for this. Historically, employers created plans for their own purposes, without much input from employees. Of course, plans benefited employees, but they were essentially human resources management tools. Where possible, employers stated terms that allowed them to control the operation of the plans, thereby protecting their interests. Employer control is tempered, in a unionized context, by undertakings resulting from collective agreements and, outside of the collective bargaining context, by individual contracts of employment. However, wording reserving the employers' right to terminate is still common. A plan is also seen as being, if not a permanent instrument, at least a long-term one. However, the participation of any individual member is ephemeral: members come and go, while plans are expected to survive the flow of employees and corporate reorganizations. In an ongoing plan, a single group of employees should not be able to deprive future employees of the benefit of a pension plan. Thus, members often have only a passive and limited right with regard to employer decisions concerning the future of their plan and trust fund. However, they are not left without recourse should the employer infringe the *PBSA* or their plan. They

Il n'est pas facile d'appliquer cette règle aux fiducies de retraite et même le temps écoulé depuis le début des procédures ne saurait permettre aux participants de la dénaturer pour qu'elle s'applique à leur cas. Je n'écarte pas la possibilité que la règle de common law s'applique à de petits régimes de retraite, comme ceux offerts à quelques dirigeants d'une société mais, en général, elle ne s'y prête pas. La conclusion que la règle de common law ne s'applique pas généralement aux caisses de retraite traditionnelles est renforcée par le fait que la *LNPP* établit des mécanismes de protection des participants contre la conduite répréhensible des administrateurs du régime. Étant donné que mon collègue le juge Bastarache ne partage pas mon opinion sur ce point, je me dois de préciser ma pensée.

VII. Le recours des participants

J'ai déjà fait remarquer que ni le Régime ni la convention de fiducie ne confère aux participants un droit direct de mettre fin au Régime. Cela s'explique. Historiquement, les employeurs établissaient des régimes pour répondre à leurs propres besoins, sans que les employés aient beaucoup à dire. Certes, ces régimes étaient avantageux pour les employés, mais ils constituaient essentiellement des outils de gestion des ressources humaines. Lorsque cela était possible, les employeurs énonçaient des modalités qui leur permettaient de contrôler le fonctionnement des régimes et de protéger ainsi leurs intérêts. Dans un milieu de travail syndiqué, le contrôle exercé par l'employeur est tempéré par des engagements résultant de conventions collectives, et en dehors du contexte de la négociation collective, par des contrats de travail individuels. Toutefois, la formulation qui réserve à l'employeur le droit de cessation est encore courante. Un régime est aussi considéré comme un instrument, sinon permanent, tout au moins à long terme. Par ailleurs, la participation individuelle d'un employé est éphémère : des participants arrivent et d'autres partent; on s'attend néanmoins à ce que les régimes survivent aux roulements de personnel et aux réorganisations d'entreprise. Dans un régime en vigueur, un seul groupe d'employés ne devrait pas pouvoir priver d'un régime de retraite

can alert the Superintendent and trigger action if and when required.

les futurs employés. Par conséquent, les participants n'ont souvent qu'un droit passif et limité relativement aux décisions que l'employeur prend au sujet de l'avenir de leur régime et de leur caisse en fiducie. Cependant, ils ne sont pas dépourvus de recours si jamais l'employeur enfreint la *LNPP* ou leur régime. Au besoin, ils peuvent demander au surintendant d'intervenir.

35 The *PBSA* is not a complete code. However, when recourse is available to plan members, they should use it. Termination is dealt with explicitly in the *PBSA*. When asked to submit representations on the remedies afforded by the *PBSA*, the members took the position that the remedy afforded by the statute could not cover all their claims. They also stated that the Superintendent could have intervened on his own.

La *LNPP* n'est pas un code exhaustif. Toutefois, lorsque les participants au régime disposent d'un recours, ils devraient l'exercer. La *LNPP* traite expressément de la cessation. Lorsqu'on leur a demandé de présenter des observations sur les recours offerts par la *LNPP*, les participants ont prétendu que le recours prévu par la Loi ne pouvait pas s'appliquer à toutes leurs demandes. Ils ont ajouté que le surintendant aurait pu intervenir de son propre chef.

36 This answer is not satisfactory. The members wanted the Trust fund to be collapsed and distributed directly to them. A trust can in fact be automatically terminated and distributed in this way pursuant to the rule in *Saunders v. Vautier*. As mentioned above, however, such a distribution does not accord with the terms of the Plan and with the spirit of the social scheme, the purpose of which is to provide periodic payments during members' lifetimes, not to distribute the capital in a lump sum. Moreover, the members' position is not compatible with the *PBSA* and it puts them at risk of attracting undesirable tax consequences (*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 56(1), 146(8), 147.1(11) and (13); *Income Tax Regulations*, C.R.C. 1978, c. 945, ss. 8501(1) and 8502). Also, the Superintendent can hardly be expected to be familiar with details of the management of a particular pension plan. The members could have asked him to step in.

Cette réponse n'est pas satisfaisante. Les participants voulaient mettre fin à la caisse en fiducie et souhaitaient que l'actif de la caisse soit réparti entre eux directement. En fait, il est possible de mettre fin automatiquement à une fiducie et d'en répartir l'actif de cette manière conformément à la règle de *Saunders c. Vautier*. Toutefois, comme je l'ai déjà mentionné, une telle répartition n'est pas conforme aux modalités du Régime et à l'esprit du projet social qui vise à assurer des versements périodiques aux participants au cours de leur vie, et non à répartir le capital sous la forme d'une somme forfaitaire. De plus, le point de vue des participants n'est pas compatible avec la *LNPP* et il les expose à des conséquences fiscales non souhaitables (*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), par. 56(1), 146(8), 147.1(11) et (13); *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C. 1978, ch. 945, par. 8501(1) et art. 8502). En outre, on ne peut guère s'attendre à ce que le surintendant ait une connaissance détaillée de la gestion d'un régime de retraite particulier. Les participants auraient pu lui demander d'intervenir.

37 A clear illustration of the Superintendent's potential role can be found in the facts that gave rise to the members' original action. In 1985, the trustee, at Rogers' request, transferred close to \$1 million

Les faits à l'origine de la première action des participants illustrent bien le rôle que le surintendant peut jouer. En 1985, la fiduciaire a transféré à Rogers, à la demande de cette dernière, près de un

to Rogers out of the Plan's Trust fund. Rogers eventually acknowledged that the transfer was improper and reimbursed the amount in the course of that initial proceeding. However, the members could have asked the Superintendent to exercise his powers under the *PBSA*.

Under s. 8(3) of the *PBSA*, plan members can object to an administrator's conduct if it is in breach of its fiduciary duty to them. Also, under s. 8(10), an employer who is an administrator is forbidden to put itself in a material conflict of interest. The Superintendent could have directed Rogers to return the money to the Trust (s. 29(11) and s. 11(1) of the *PBSA*).

Here, the members claim to be entitled to distribution of the surplus. For them to be entitled to distribution, the Plan must first be terminated. Since the Plan does not provide for them to terminate it, the Superintendent could order a distribution if he were faced with circumstances falling within the parameters of the *PBSA*.

Is that the case? I mentioned earlier that clauses allowing employers to control terminations are common. However, the traditional pension plan analysis does not apply in the instant case. Rogers conceded that the 1992 amendments entitling it to any surplus on termination were "invalid as against the [members]" (*Buschau No. 1*, at para. 38). The Court of Appeal found (*Buschau No. 1*, at paras. 63 and 66) that the merger was incomplete as regards the Plan and that the members retained rights that were distinct from those of members of the other plans that were merged in the RCI Plan. *Buschau No. 1* is now binding on Rogers. Although the members do not have a specific interest in the surplus before termination, the findings in *Buschau No. 1* limit Rogers' rights to use it.

One circumstance that could justify delaying the termination of the Plan (as incompletely merged with the RCI Plan) and the incidental distribution of the Premier Trust fund would be if Rogers had a

million de dollars provenant de la caisse en fiducie du Régime. Rogers a fini par reconnaître l'illicéité de ce transfert et a remboursé la somme au cours de cette première action. Cependant, les participants auraient pu demander au surintendant d'exercer les pouvoirs que lui confère la *LNPP*.

Aux termes du par. 8(3) *LNPP*, les participants au régime peuvent s'opposer à la conduite d'un administrateur si elle constitue un manquement à l'obligation fiduciaire qu'il a envers eux. De même, le par. 8(10) interdit à l'employeur qui est l'administrateur de se trouver dans un conflit d'intérêts sérieux. Le surintendant aurait pu enjoindre à Rogers de remettre l'argent dans la fiducie (par. 29(11) et 11(1) *LNPP*).

En l'espèce, les participants soutiennent qu'ils ont droit à la répartition du surplus. Pour qu'ils aient droit à la répartition, il doit d'abord y avoir cessation du Régime. Étant donné que le Régime ne prévoit pas qu'ils peuvent y mettre fin, le surintendant pourrait ordonner une répartition s'il était en présence d'une situation qui s'inscrit à l'intérieur des paramètres de la *LNPP*.

Est-ce le cas? J'ai déjà mentionné que les clauses qui permettent aux employeurs de contrôler les cessations sont courantes. Cependant, l'analyse traditionnelle des régimes de retraite ne s'applique pas en l'espèce. Rogers a concédé que les modifications de 1992 lui donnant droit à tout surplus en cas de cessation étaient [TRADUCTION] « inopposables aux [participants] » (*Buschau n° 1*, par. 38). La Cour d'appel a conclu (*Buschau n° 1*, par. 63 et 66) que la fusion était incomplète quant au Régime et que les participants conservaient des droits distincts de ceux des participants aux autres régimes qui avaient été fusionnés dans le régime de RCI. L'arrêt *Buschau n° 1* lie désormais Rogers. Bien que les participants ne possèdent pas de droit précis sur le surplus avant la cessation, les conclusions de l'arrêt *Buschau n° 1* limitent le droit de Rogers de l'utiliser.

La cessation du Régime (fusionné de manière incomplète avec le régime de RCI) et la répartition consécutive de l'actif de la caisse en fiducie de Premier pourraient être retardées si Rogers avait le

right to amend the Plan to open it to new members. However, the possibility of reopening the Plan is problematic and has been commented on by the courts below.

42

In the second action, the chambers judge interpreted the Court of Appeal's conclusion in *Buschau No. 1* concerning the distinct right of the Plan members to the surplus as preventing Rogers from using its power to amend the Plan to reopen it to new members. Dealing with Rogers' argument that the rule in *Saunders v. Vautier* could not apply because it had the right to amend, the chambers judge found, in her 2002 reasons, that Rogers could not use its amending power to do what it could not do through a merger (at para. 29):

The Court of Appeal could only have granted liberty to the Members to terminate the trust on the basis that the trust was closed and that no further beneficiaries would be added. In my view, based on the evidence before me, the first time RCI gave any thought to reopening the Plan to allow new members was in response to efforts by the Members to terminate the Plan and have the surplus paid to them. For these reasons, RCI's argument that the rule cannot apply because it may amend the Plan to allow new members, must fail.

43

The Court of Appeal left this finding undisturbed (*Buschau No. 2*, at para. 61):

The particular circumstances of this case make it impossible in my view that RCI could now exercise its right to "re-open" the Plan to new Members, entitling them to share with the existing Members in the benefits of the Trust, including the surplus. The Plan was declared closed in 1984 and as the Chambers judge found, "the first time RCI gave any thought to re-opening . . . was in response to efforts by the Members to terminate the Plan and have the surplus paid to them." Any move now to re-open the Plan to other RCI employees would, given what has gone on before, rightly be regarded as no different from the stratagem adopted by RCI some years ago to avail itself of the benefit of the actuarial surplus in the Premier Trust — the purported "merger" of the Plan with other plans that were not in surplus positions. A similar result would ensue: because of its breach of trust or obligation of good faith, the

droit de modifier le Régime de manière à l'ouvrir à de nouveaux participants. Toutefois, la possibilité de rouvrir le Régime pose un problème et a fait l'objet d'observations de la part des tribunaux d'instance inférieure.

Dans la seconde action, la juge en chambre a considéré que la conclusion de la Cour d'appel, dans l'arrêt *Buschau n^o 1*, selon laquelle les participants au Régime possèdent un droit distinct au surplus, empêchait Rogers d'exercer son droit de modifier le Régime de manière à le rouvrir à de nouveaux participants. Quant à l'argument de Rogers selon lequel la règle de *Saunders c. Vautier* était inapplicable en raison de son droit de modifier, la juge en chambre a conclu, dans ses motifs de 2002, que Rogers ne pouvait pas exercer son droit de modification pour faire ce qu'elle ne pouvait pas faire au moyen d'une fusion (par. 29) :

[TRADUCTION] La Cour d'appel ne pouvait permettre aux participants de mettre fin à la fiducie que si la fiducie était fermée et qu'aucun autre bénéficiaire n'était ajouté. Selon moi, d'après la preuve qui m'a été présentée, c'est en réaction aux démarches des participants visant à mettre fin au régime et à obtenir le surplus que RCI a songé pour la première fois à rouvrir le régime à de nouveaux participants. C'est pourquoi il faut rejeter l'argument de RCI selon lequel la règle est inapplicable parce qu'elle peut modifier le régime de manière à l'ouvrir à de nouveaux participants.

La Cour d'appel n'a rien changé à cette conclusion (*Buschau n^o 2*, par. 61) :

[TRADUCTION] J'estime que les circonstances particulières de la présente affaire empêchent RCI d'exercer maintenant son droit de « rouvrir » le régime à de nouveaux participants et de leur permettre de partager avec les participants existants les prestations accumulées dans la fiducie, y compris le surplus. Le régime a été déclaré fermé en 1984 et, comme l'a dit la juge en chambre : « c'est en réaction aux démarches des participants visant à mettre fin au régime et à obtenir le surplus que RCI a songé pour la première fois à rouvrir ». Toute initiative qui viserait maintenant à rouvrir le régime à d'autres employés de RCI serait, compte tenu de ce qui s'est passé antérieurement, considérée à bon droit comme un autre stratagème de RCI semblable à celui qu'elle a employé, il y a quelques années, pour bénéficier du surplus actuariel de la fiducie de Premier — la prétendue « fusion » du régime avec d'autres régimes qui n'affichaient pas un

employer would be required to account to the existing Members as if the Plan had not been re-opened.

If Rogers could amend the merged RCI Plan to open it to new members, it is questionable whether the Premier Trust fund could be used to fund benefits owed to new members without infringing the judgment that is binding on Rogers. Using the Premier Trust fund to fund benefits for new members or to fund benefits owed to members of a merged plan have been considered analogous by the courts below. I do not need to give a definite answer on the possibility of amending the Plan because, except to the extent that Rogers is bound by *Buschau No. 1*, the matter is best left to the Superintendent.

The members can ask the Superintendent to partially terminate the RCI Plan insofar as it relates to the Plan. The Superintendent can assess the facts and deal with any new arguments Rogers or the members may raise. He is in the best position to monitor the orderly termination of the part of the RCI Plan that relates to the members.

If the Superintendent decides that Rogers cannot amend the Plan to open it to new members, there may be no point in continuing the Plan if pension benefits can be provided by a third party such as an insurance company through annuities of the kind provided for upon termination of any plan under the *PBSA*.

The Superintendent could consider the Plan terminated because all contributions ceased in 1984. He could find that this cessation is, in the circumstances, a *termination* as that word is defined in the *PBSA*:

2. (1) In this Act,

surplus. On arriverait à un résultat similaire : parce qu'il a manqué à son obligation de fiduciaire ou à son obligation d'agir de bonne foi, l'employeur serait tenu de rendre compte aux participants existants comme si le régime n'avait pas été rouvert.

Si Rogers pouvait modifier le régime fusionné de RCI de manière à l'ouvrir à de nouveaux participants, il n'est pas certain que la caisse en fiducie de Premier pourrait servir à capitaliser les prestations dues aux nouveaux participants sans enfreindre le jugement qui lie Rogers. Les tribunaux d'instance inférieure ont considéré que l'utilisation de la caisse en fiducie de Premier pour capitaliser des prestations destinées à de nouveaux participants ou pour capitaliser des prestations dues aux participants d'un régime fusionné revenait au même. Je n'ai pas à me prononcer de manière définitive sur la possibilité de modifier le Régime car, sauf dans la mesure où Rogers est liée par l'arrêt *Buschau n^o 1*, cela est du ressort du surintendant.

Les participants peuvent demander au surintendant de mettre fin en partie au régime de RCI dans la mesure où il a trait au Régime. Le surintendant peut apprécier les faits et examiner tout nouvel argument que Rogers ou les participants peuvent avancer. Il est le mieux placé pour assurer la cessation ordonnée de la partie du régime de RCI qui concerne les participants.

Si le surintendant décide que Rogers ne peut pas modifier le Régime de manière à l'ouvrir à de nouveaux participants, il ne servira peut-être à rien de maintenir le Régime si un tiers, telle une compagnie d'assurances, peut verser les prestations de retraite sous forme de rentes comme celles versées à la cessation d'un régime fondée sur la *LNPP*.

Le surintendant pourrait considérer qu'il a été mis fin au Régime, parce qu'on a arrêté complètement de payer des cotisations en 1984. Il pourrait conclure que cet arrêt de paiement constitue, dans les circonstances, une *cessation* au sens de la définition énoncée dans la *LNPP* :

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

44

45

46

47

“termination”, in relation to a pension plan, means the cessation of crediting of benefits to plan members generally, and includes the situations described in subsections 29(1) and (2);

According to the guidelines issued by the Office of the Superintendent, winding up must not be delayed without the Superintendent’s consent, and the administrator wanting to manage the fund is not an acceptable reason for delay. Moreover, the trust Fund, according to its terms, must be administered for the benefit of the employees and the beneficiaries, not the employer.

48 It is up to the Superintendent to decide whether the circumstances surrounding the cessation of the contribution make the definition of “termination” mentioned above applicable and whether the delay in winding up is justified (s. 11.1).

49 If the cessation is a termination and if the delay is not justified, the Superintendent can direct that the plan be wound up in part in accordance with s. 29(11), which reads as follows:

29. . . .

(11) Where the whole of a pension plan has been terminated and the Superintendent is of the opinion that no action or insufficient action has been taken to wind up the plan, the Superintendent may direct the administrator to distribute the assets of the plan in accordance with the regulations made under paragraph 39(j), and may direct that any expenses incurred in connection with that distribution be paid out of the pension fund of the plan, and the administrator shall forthwith comply with any such direction.

50 It is also possible that the Superintendent could exercise his power of termination. Section 29(2)(a) provides as follows:

29. . . .

(2) The Superintendent may declare the whole or part of a pension plan terminated where

(a) there is any suspension or cessation of employer contributions in respect of all or part of the plan members;

51 Obviously, not every cessation of contributions will result in a direction by the Superintendent.

« cessation » Cessation d’un régime de pension dans le cas où il n’est plus porté de droits à prestation en faveur des participants et dans les cas visés par les paragraphes 29(1) et (2).

Selon les lignes directrices du Bureau du surintendant, la liquidation ne doit pas être retardée sans le consentement du surintendant, et la volonté de l’administrateur de gérer la caisse n’est pas une raison acceptable de la retarder. De plus, la caisse en fiducie doit, selon ses propres modalités, être gérée pour le compte des employés et des bénéficiaires, et non pour le compte de l’employeur.

Il appartient au surintendant de décider si les circonstances entourant l’arrêt de paiement des cotisations rendent applicable la définition de la notion de « cessation » mentionnée ci-dessus et si le retard mis à procéder à la liquidation est justifié (art. 11.1).

Si l’arrêt de paiement constitue une cessation et si le retard n’est pas justifié, le surintendant peut enjoindre de liquider en partie le Régime conformément au par. 29(11), dont voici le texte :

29. . . .

(11) Le surintendant peut, après la cessation totale d’un régime de pension, s’il est d’avis qu’aucune mesure n’a été prise en vue de sa liquidation ou que celles qui l’ont été sont insuffisantes à cette fin, enjoindre à l’administrateur de répartir les actifs du régime conformément aux règlements pris au titre de l’alinéa 39j) et ordonner que toutes dépenses afférentes à cette distribution soient payées sur le fonds de pension; l’administrateur doit se conformer sans délai à ces directives.

Le surintendant pourrait également exercer son pouvoir de cessation. L’alinéa 29(2)a) prévoit ceci :

29. . . .

(2) Le surintendant peut, dans les cas suivants, déclarer la cessation totale ou partielle d’un régime de pension :

a) la suspension ou l’arrêt de paiement des cotisations patronales relativement à plusieurs ou à l’ensemble des participants;

Il est évident que tout arrêt de paiement des cotisations ne donnera pas nécessairement lieu à des

Such a direction is not, however, restricted to cases in which the trust fund no longer meets the solvency requirements. The Superintendent's power in relation to solvency issues is governed by s. 29(2)(c), which reads as follows:

(c) the Superintendent is of the opinion that the pension plan has failed to meet the prescribed tests and standards for solvency in respect of funding referred to in subsection 9(1) [proper funding].

Since s. 29(2)(c) deals with solvency requirements, s. 29(2)(a) must cover circumstances in which the cessation of contributions does not put the funding of a plan at risk.

Just as mergers of plans and trust funds can properly be approved when the circumstances demonstrate their legitimacy, they can be objected to if they violate statutory, trust or plan provisions. Contribution holidays, although legitimate for funding purposes, can nevertheless be considered illegitimate if they hide an improper refusal to terminate a plan. Determining the validity of a reason given for not terminating a plan lies with the Superintendent and properly falls within his s. 29(2)(a) power.

Most of the facts that the members presented to the courts in their quest to have the rule in *Saunders v. Vautier* applied could have been submitted to the Superintendent. I do not need to deal with the members' allegations that Rogers acted in bad faith, which the lower court judges stopped short of finding. Rogers did indeed attempt to appropriate the surplus. Its resistance to the actuary's recommendation to improve employee benefits, its replacement of the less malleable actuary and trustee, the internal notes, and the improper amendments to the Plan amply demonstrate that Rogers did what it could to get at the surplus. However, past conduct is relevant only if it helps to answer the forward-looking question: is there any legitimate purpose in keeping the Plan or should it be terminated and wound up? The Superintendent can rule on questions of both fact and law, and all parties can make

directives du surintendant. Cependant, des directives ne sont pas seulement données dans les cas où la caisse en fiducie n'est plus conforme aux normes de solvabilité. Le pouvoir du surintendant quant aux questions de solvabilité est régi par l'al. 29(2)(c), qui se lit ainsi :

c) le surintendant est d'avis que le régime n'est pas conforme aux critères et normes de solvabilité réglementaires, relativement à la capitalisation prévue au paragraphe 9(1) [capitalisation suffisante].

Puisque l'al. 29(2)(c) traite des normes de solvabilité, il s'ensuit que l'al. 29(2)(a) doit viser des circonstances où l'arrêt de paiement des cotisations ne compromet pas la capitalisation d'un régime.

Tout comme elles peuvent être approuvées à juste titre lorsque les circonstances en démontrent la légitimité, les fusions de régimes et de caisses en fiducie peuvent être contestées si elles contreviennent aux dispositions d'une loi, d'une fiducie ou d'un régime. Bien qu'elles soient légitimes aux fins de capitalisation, les périodes d'exonération de cotisations peuvent néanmoins être jugées illégitimes si elles cachent un refus injustifié de mettre fin à un régime. Il appartient au surintendant, conformément au pouvoir que lui confère l'al. 29(2)(a), de déterminer la validité d'une raison donnée pour ne pas mettre fin à un régime.

La plupart des faits que les participants ont présentés aux tribunaux en tentant de faire appliquer la règle de *Saunders c. Vautier* auraient pu être soumis au surintendant. Je n'ai pas à examiner les allégations des participants voulant que Rogers ait agi de mauvaise foi, lesquelles n'ont pas été retenues par les juges des tribunaux d'instance inférieure. Rogers a effectivement tenté de s'approprier le surplus. Sa résistance à la recommandation de l'actuaire de bonifier les prestations des employés, son remplacement de l'actuaire et de la fiduciaire moins influençables, les notes de service internes et les modifications illicites du Régime montrent amplement que Rogers a fait ce qu'elle pouvait pour avoir accès au surplus. Toutefois, la conduite antérieure n'est pertinente que si elle aide à répondre à la question qui se pose pour l'avenir : Y a-t-il un intérêt légitime à conserver le Régime

appropriate recommendations to him. The provisions of the *PBSA* and the regulations concerning the duties of the employer are well within the Superintendent's interpretative jurisdiction.

54 Rogers argues that the Superintendent's role is limited to solvency issues. This position disregards his supervisory role with respect to the protection of members and beneficiaries. It also overlooks s. 29(2)(a), which does not mention solvency and which must cover a more diverse set of circumstances than s. 29(2)(c), a provision that deals solely with solvency issues.

55 The Superintendent's broad power under s. 29(2) is clear. It was given judicial consideration in *Huus v. Ontario (Superintendent of Pensions)* (2002), 58 O.R. (3d) 380 (C.A.). In that case, the employer intended to consolidate a number of plans in Canada and the United States. It asked the Superintendent for permission to transfer the assets of a plan which had a surplus of \$4.2 million. The employees asked, based on a provision of the Ontario *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (s. 69(1)(a)), similar to s. 29(2)(a) of the *PBSA*, that their pension plan be wound up on the basis that the employer had ceased contributing to the pension plan about 20 years before the consolidation application. The facts are strikingly similar to those in the instant case. The Ontario Court of Appeal affirmed the Divisional Court's decision, stating that due to the failure to consider the employees' request for a partial wind up prior to, or in conjunction with, the decision on the transfer application, the Superintendent's consent to the transfer was unreasonable. The following note from the reasons is worth mentioning (at para. 31, note 5):

I note in passing that none of the appellants takes the position that a wind-up order can flow only from an application by the employer. Although s. 68 of the [*Pension Benefits Act*] envisions a wind-up process

ou faudrait-il y mettre fin et le liquider? Le surintendant peut trancher à la fois des questions de fait et des questions de droit, et les parties peuvent lui faire des recommandations appropriées. Le surintendant a toute la compétence voulue pour interpréter les dispositions de la *LNPP* et du Règlement qui portent sur les obligations de l'employeur.

Rogers affirme que le rôle du surintendant se limite aux questions de solvabilité. Ce point de vue ne tient pas compte de son rôle surveillance en matière de protection des participants et des bénéficiaires. Il passe également sous silence l'al. 29(2)a), qui ne parle pas de solvabilité et qui doit viser un ensemble plus diversifié de circonstances que l'al. 29(2)c), lequel porte uniquement sur des questions de solvabilité.

Le pouvoir général que le par. 29(2) confère au surintendant est clair. Il a fait l'objet d'un examen judiciaire dans l'arrêt *Huus c. Ontario (Superintendent of Pensions)* (2002), 58 O.R. (3d) 380 (C.A.). Dans cette affaire, l'employeur voulait fusionner un certain nombre de régimes au Canada et aux États-Unis. Il a demandé au surintendant l'autorisation de transférer l'actif d'un régime qui affichait un surplus de 4,2 millions de dollars. Se fondant sur une disposition de la *Loi sur les régimes de retraite* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.8 (l'al. 69(1)a)), semblable à l'al. 29(2)a) *LNPP*, les employés demandaient que leur régime de retraite soit liquidé parce que l'employeur avait cessé d'y cotiser environ 20 ans avant la demande de fusion. Les faits ont une ressemblance frappante avec ceux de la présente affaire. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision de la Cour divisionnaire, en affirmant qu'en raison de l'omission d'examiner la demande de liquidation partielle présentée par les employés avant la décision sur la demande de transfert ou en même temps que celle-ci, le consentement du surintendant au transfert était déraisonnable. Il vaut la peine de reproduire la remarque suivante tirée des motifs de jugement (par. 31, note 5) :

[TRADUCTION] Je remarque, en passant, qu'aucun des appelants ne prétend qu'un ordre de liquidation peut seulement découler d'une demande de l'employeur. Bien que l'art. 68 de la [*Loi sur les régimes de retraite*]

initiated by the employer, s. 69 is not limited in this fashion. Indeed, the steps the Superintendent took in this case, to be discussed below, indicate that the Superintendent regarded it as his duty to deal with a wind-up request from the respondent retirees.

I agree with the Ontario Court of Appeal, and it is my view that the Superintendent's power under s. 29(2)(a) of the *PBSA* becomes almost a duty when employees ask him to act. His power must be exercised in conformity with the remedial purpose of the provisions of the *PBSA*.

In the case at bar, the contributions ceased in 1984 and the Plan has since been closed. The Superintendent can review all the circumstances and decide whether the facts warrant winding up the part of the RCI Plan that relates to the Plan, which would have the effect of terminating the Trust. He can take into account the findings of fact made in the judgment that are binding on the parties.

Although the appeal is allowed, Rogers' arguments have not prevailed. As a result, the members should not be required to pay Rogers' costs. In addition, Rogers should bear the trustee's costs. The Court of Appeal's order as to costs should however be left undisturbed.

For these reasons, I would allow the appeal, order Rogers to pay National Trust's costs in this Court and set aside the order of the Court of Appeal with the exception of the order as to costs, which I would affirm.

The reasons of McLachlin C.J. and Bastarache and Charron JJ. were delivered by

BASTARACHE J. —

1. Introduction

This appeal concerns a decision of the British Columbia Court of Appeal holding that the respondents Sandra Buschau et al. ("respondents") are

envisage un processus de liquidation enclenché par l'employeur, l'art. 69 n'est pas ainsi limité. En effet, les démarches du surintendant en l'espèce, qui seront analysées plus loin, montrent qu'il s'estimait tenu d'examiner une demande de liquidation présentée par les retraités intimés.

Je partage l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario et j'estime que le pouvoir que l'al. 29(2)a) *LNPP* confère au surintendant devient presque une obligation lorsque des employés lui demandent d'agir. Il doit exercer son pouvoir conformément à l'objet réparateur des dispositions de la *LNPP*.

En l'espèce, les cotisations ont cessé en 1984 et le Régime est depuis fermé. Le surintendant peut examiner l'ensemble des circonstances et décider si les faits justifient la liquidation de la partie du régime de RCI qui concerne le Régime, ce qui aurait pour effet de mettre fin à la fiducie. Il peut tenir compte des conclusions de fait du jugement qui lie les parties.

Bien que le pourvoi soit accueilli, les arguments de Rogers n'ont pas été retenus. Par conséquent, les participants ne devraient pas être tenus de payer les dépens de Rogers. De plus, Rogers devrait payer les dépens de la fiduciaire. Par ailleurs, il n'y a pas lieu de modifier l'ordonnance de la Cour d'appel quant aux dépens.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'ordonner à Rogers de payer les dépens de Trust National devant notre Cour et d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel, sauf l'ordonnance relative aux dépens, qui est confirmée.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache et Charron rendus par

LE JUGE BASTARACHE —

1. Introduction

Le présent pourvoi porte sur une décision dans laquelle la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que les intimés Sandra Buschau et autres

56

57

58

59

60

entitled to terminate an ongoing employee pension trust by invoking the rule in *Saunders v. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482 (Ch. D.), a 19th century doctrine that arose in connection with the postponement of gifts in private trusts. The rule was considered by this Court in *Halifax School for the Blind v. Chipman*, [1937] S.C.R. 196, where, at p. 215, in concurring reasons (for himself and Rinfret J.), Crocket J. addressed the origins and rationale of the rule in these terms:

It is true that in *Saunders v. Vautier*; *Gosling v. Gosling*; *Wharton v. Masterman*, and other cases, to which we were referred by the appellant's counsel, where there were absolute vested gifts of real estate and capital funds, entitling the donees to complete ownership and possession at a future event, the courts disregarded express directions of the testators to accumulate the rents and income in the meantime. . . .

Various reasons have been ascribed for its [the rule's] establishment. Lindley, L.J., in *Harbin v. Masterman*, which went to the House of Lords on appeal under the name of *Wharton v. Masterman*, above cited, described it as "a remarkable exception" to "the general principle that a donee or legatee can only take what is given him on the terms on which it is given." He explained it as follows:

Conditions which are repugnant to the estate to which they are annexed are absolutely void, and may consequently be disregarded. . . .

Herschell, L.C. said:

The point seems, in the first instance, to have been rather assumed than decided. It was apparently regarded as a necessary consequence of the conclusion that a gift had vested, that the enjoyment of it must be immediate on the beneficiary becoming *sui juris*, and could not be postponed until a later date unless the testator had made some other destination of the income during the intervening period.

Lord Davey said:

The reason for the rule has been variously stated. It may be observed, however, that the Court of

(« intimés ») ont le droit de mettre fin à une fiducie de régime de retraite d'employés en invoquant la règle établie dans *Saunders c. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482 (Ch. D.), une règle du XIX^e siècle liée au report de donations dans des fiducies d'intérêt privé. Notre Cour a examiné cette règle dans l'arrêt *Halifax School for the Blind c. Chipman*, [1937] R.C.S. 196, où, à la p. 215, dans des motifs concordants rédigés en son propre nom et en celui du juge Rinfret, le juge Crocket en a expliqué les origines et la raison d'être en ces termes :

[TRADUCTION] Il est vrai que dans les affaires *Saunders c. Vautier*, *Gosling c. Gosling* et *Wharton c. Masterman*, ainsi que dans d'autres affaires qui nous ont été mentionnées par l'avocat de l'appelante, où il était question de donations sans réserve et dévolues de biens immeubles et de fonds d'immobilisations qui conféraient aux donataires le droit à la pleine propriété et à la pleine possession à la survenance d'un événement futur, les tribunaux n'ont pas tenu compte des directives expresses des testateurs prescrivant l'accumulation des loyers et des revenus dans l'intervalle. . .

Diverses raisons ont été énoncées pour expliquer [l']établissement [de la règle]. Dans l'affaire *Harbin c. Masterman*, portée en appel devant la Chambre des lords sous l'intitulé *Wharton c. Masterman*, précité, le lord juge Lindley a qualifié cette règle d'« exception remarquable » au « principe général voulant qu'un donataire ou un légataire ne puisse accepter ce qui lui est donné ou légué qu'aux conditions auxquelles on lui fait la donation ou le legs en question ». Il s'est ainsi expliqué :

Les conditions qui sont incompatibles avec la succession à laquelle elles se rattachent sont frappées de nullité absolue et peuvent donc être écartées. . .

Le lord chancelier Herschell a dit ceci :

Au départ, on semble avoir supposé plutôt que décidé qu'il en était ainsi. On a apparemment considéré que c'était une conséquence nécessaire de la conclusion qu'une donation avait été dévolue, que la bénéficiaire de cette donation devait en jouir aussitôt qu'il devenait juridiquement autonome et que la jouissance de la donation ne pouvait pas être reportée à une date ultérieure, sauf si le testateur avait affecté les revenus à d'autres fins dans l'intervalle.

Lord Davey a affirmé ce qui suit :

La raison d'être de la règle a été énoncée de différentes façons. Cependant, on peut constater que la

Chancery always leant against the postponement of vesting or possession, or the imposition of restrictions on the enjoyment of an absolute vested interest. [Footnotes omitted.]

The Court of Appeal relied on the judgment of this Court in *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611, as holding that the rule in *Saunders v. Vautier* was applicable to pension trusts, based on the finding in *Schmidt* that pension trusts are “classic” trusts which are subject to “all applicable trust law principles” ((2004), 24 B.C.L.R. (4th) 85, 2004 BCCA 80 (“*Buschau No. 2*”), at para. 52). The appellant employer, Rogers Communications Inc. (“RCI”), now appeals that decision of the Court of Appeal, arguing that the respondents cannot invoke the rule in *Saunders v. Vautier* to terminate the pension trust. The respondents’ purpose in seeking to terminate the pension trust was to crystallize and obtain the actuarial surplus, to which they would not otherwise be entitled unless the pension plan was terminated in some other way, such as by the employer pursuant to the terms of the Plan. A previous decision of the Court of Appeal had determined that despite the amendments to the trust made by RCI, the respondents retained the right to any actual surplus upon termination ((2001), 83 B.C.L.R. (3d) 261, 2001 BCCA 16 (“*Buschau No. 1*”). It should also be noted that the pension plan itself provided that any surplus remaining upon termination after payment of the defined benefits would be distributed among the plan members.

The decision of the Court of Appeal also raises questions regarding the nature and content of an employer’s obligation of good faith in a pension plan setting. In particular, it asks to what extent an employer is entitled to act in its own interests in the administration of a pension plan, consistent with its obligation to act in good faith. In *Buschau No. 2*, the Court of Appeal held that RCI’s good faith obligation would preclude an amendment to re-open the Rogers Communications Inc. pension plan (“RCI Plan”), which was closed to new members in 1984.

Cour de la Chancellerie a toujours été défavorable au report de la dévolution ou de la possession à plus tard, ou à l’imposition de restrictions à la jouissance d’un droit absolu et dévolu. [Renvois omis.]

La Cour d’appel a considéré que la règle de *Saunders c. Vautier* s’appliquait aux fiducies de retraite en raison de la conclusion tirée par notre Cour dans l’arrêt *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611, selon laquelle les fiducies de retraite sont des fiducies « classiques » assujetties « à tous les principes applicables du droit des fiducies » ((2004), 24 B.C.L.R. (4th) 85, 2004 BCCA 80 (« *Buschau n° 2* »), par. 52). L’employeur appelant, Rogers Communications Inc. (« RCI »), se pourvoit maintenant contre cette décision de la Cour d’appel en soutenant que les intimés ne peuvent invoquer la règle de *Saunders c. Vautier* pour mettre fin à la fiducie de retraite. En cherchant à mettre fin à la fiducie de retraite, les intimés entendaient cristalliser et toucher le surplus actuariel auquel ils n’auraient pas droit par ailleurs, sauf s’il était mis fin à la fiducie d’une autre façon, comme, par exemple, sur l’initiative de l’employeur conformément aux modalités du régime. Dans une décision antérieure, la Cour d’appel avait décidé que, malgré les modifications apportées à la fiducie par RCI, les intimés avaient conservé le droit à tout surplus réel en cas de cessation ((2001), 83 B.C.L.R. (3d) 261, 2001 BCCA 16 (« *Buschau n° 1* »)). Il importe également de souligner que le régime de retraite lui-même prévoyait que tout surplus qui resterait au moment de la cessation, après le versement des prestations déterminées, serait réparti entre les participants au régime.

La décision de la Cour d’appel soulève également des questions concernant la nature et le contenu de l’obligation d’un employeur d’agir de bonne foi dans le contexte d’un régime de retraite. Plus particulièrement, elle soulève la question de savoir jusqu’à quel point un employeur peut agir dans son propre intérêt en gérant un régime de retraite, en conformité avec son obligation d’agir de bonne foi? Dans l’arrêt *Buschau n° 2*, la Cour d’appel a conclu que l’obligation de bonne foi de RCI empêcherait de rouvrir, par voie de modification, le régime de retraite de Rogers Communications Inc. (« régime de RCI »), qui a été fermé à de nouveaux participants en 1984.

61

2006 SCC 28 (CanLII)

62

63

National Trust Co., trustee of the pension trust under consideration in the main case (the “Trust”), also appeals the Court of Appeal’s decision. It asks this Court to overturn the order made in the supplementary reasons of the Court of Appeal issued on May 18, 2004, wherein that court ordered National Trust to “tur[n] over the Trust assets, after the payment of all necessary debts and expenses, to the petitioners” ((2004), 27 B.C.L.R. (4th) 17, 2004 BCCA 282 (“*Buschau No. 3*”), at para. 16). National Trust argues that the effect of the decision of the Court of Appeal is to devolve upon it the authority and legal responsibility to give effect to and administer the termination of the Trust, an authority it says it does not possess under the terms of the RCI Plan or any applicable statute. National Trust argues that it is in no position to reconcile the decision of the court with the various legislative standards and requirements applicable to the termination of the Plan and Trust. It asks this Court to reverse the decision to impose on it duties and responsibilities it is not authorized to undertake pursuant to the Trust agreement, such duties and responsibilities belonging to the employer RCI or the Superintendent of Financial Institutions (“Superintendent”), pursuant to the applicable legislation and/or the terms of the Plan.

2. Background

64

RCI and respondents both provided a description of the events leading to the present appeal to establish the factual background for dealing with this case. I reproduce here the essence of their descriptions. It must be noted however that there is some disagreement concerning, in particular, the actual number of members in the Plan and the role played by the trustee National Trust, also an appellant.

65

The corporate predecessor of RCI established the Premier Pension Plan as a non-contributory defined benefit plan in January 1974 by means of two documents, a trust agreement and a plan document. Eventually, as a result of corporate acquisitions and mergers, the Premier Plan was one of

La Compagnie Trust National (« Trust National »), fiduciaire de la fiducie de retraite (« fiducie ») examinée dans le dossier principal, interjetée également appel contre la décision de la Cour d’appel. Elle demande à notre Cour d’infirmier l’ordonnance dans laquelle la Cour d’appel lui a enjoint, dans des motifs supplémentaires déposés le 18 mai 2004, de [TRADUCTION] « remet[tre] l’actif de la fiducie aux requérants une fois acquittées toutes les dettes et dépenses nécessaires » ((2004), 27 B.C.L.R. (4th) 17, 2004 BCCA 282 (« *Buschau n^o 3* »), par. 16). Trust National fait valoir que la décision de la Cour d’appel a pour effet de lui transférer le pouvoir et la responsabilité juridique de mettre en œuvre et de gérer la cessation de la fiducie, pouvoir qu’elle affirme ne pas avoir en vertu des modalités du régime de RCI ou de toute loi applicable. Elle soutient qu’elle n’est pas en mesure de concilier la décision de la cour avec les différentes normes et exigences législatives qui s’appliquent à la cessation du régime et de la fiducie. Trust National demande à notre Cour d’infirmier la décision de lui imposer des obligations et des responsabilités qu’elle ne peut pas assumer selon la convention de fiducie et qui incombent à l’employeur RCI ou au surintendant des institutions financières (« surintendant »), selon les dispositions législatives applicables ou les modalités du régime, ou les deux à la fois.

2. Contexte

En vue d’établir le contexte factuel de la présente affaire, RCI et les intimés ont respectivement fourni une description des événements à l’origine du présent pourvoi. Je reproduis ici l’essentiel de leurs descriptions. Il faut cependant souligner l’existence d’un certain désaccord au sujet notamment du nombre réel de participants au régime et du rôle joué par la fiduciaire Trust National, une autre partie appelante.

En janvier 1974, la société remplacée par RCI a mis sur pied le régime de retraite de Premier, un régime non contributif à prestations déterminées, au moyen de deux documents, soit une convention de fiducie et un document relatif au régime. À la suite d’acquisitions et de fusions de sociétés, le

several pension plans administered by RCI for the benefit of employees of RCI and its corporate affiliates.

Membership in the Premier Plan was compulsory for all full-time employees over the age of 25 having completed one year of service. In 1984, RCI amended the Premier Plan to close it to employees hired after July 1, 1984. The following year, RCI withdrew \$968,285 from the Plan surplus and began taking contribution holidays on the recommendation of their actuary, T.I. Benefits. In 1992, RCI merged the Premier Plan with four other RCI plans by amending the plan documents to create a common plan text. No steps were taken to amend the separate Premier Trust agreement or formally merge the Premier Trust with the trusts established for the other RCI plans, but the amendments provided that any surplus funds remaining on termination would revert to RCI instead of the members. The respondents say that the merger was a device to use the Premier Plan surplus to compensate for deficits in some of the other merged plans.

Pursuant to the provisions of the *Pension Benefits Standards Act, 1985*, R.S.C. 1985, c. 32 (2nd Supp.) (“*PBSA*”), and the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), the merged pensions plan (the RCI Plan) was registered with the Superintendent and the Canada Customs and Revenue Agency.

The respondents sued RCI in 1995 seeking various forms of relief, including a declaration that the merger of the Premier Plan with other plans forming the RCI Plan was unlawful and the return of the money taken out of the Trust. This action came to trial in 1998 and the merger was held to be lawful. The trial judge found that the members were entitled to the benefits they were promised under the original Plan, including the right to any surplus existing on termination of the merged plan: (1998), 54

régime de Premier a fini par devenir l’un des nombreux régimes de retraite que RCI gérait pour le compte de ses employés et de ceux de ses filiales.

L’adhésion au régime de Premier était obligatoire pour tous les employés à temps plein âgés de plus de 25 ans et comptant une année de service. En 1984, RCI a modifié le régime de Premier de manière à le fermer aux employés embauchés après le 1^{er} juillet 1984. L’année suivante, sur recommandation de son cabinet d’actuaire, T.I. Benefits, RCI a retiré la somme de 968 285 \$ du surplus du régime et a commencé à s’accorder des périodes d’exonération de cotisations. En 1992, RCI a fusionné le régime de Premier avec quatre autres de ses régimes en modifiant les documents relatifs à ces régimes de manière à créer un texte de régime commun. Aucune mesure n’a été prise en vue de modifier la convention de fiducie distincte relative au régime de Premier ou de fusionner officiellement la fiducie de Premier avec celles établies pour les autres régimes de RCI. Cependant, les modifications prévoient que tout surplus qui resterait au moment de la cessation reviendrait à RCI plutôt qu’aux participants. Les intimés affirment que la fusion était un moyen d’utiliser le surplus du régime de Premier pour compenser les déficits de certains autres régimes fusionnés.

Conformément aux dispositions de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. 1985, ch. 32 (2^e suppl.) (« *LNPP* »), et de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), le régime de retraite issu de la fusion (le régime de RCI) a été agréé auprès du surintendant et de l’Agence des douanes et du revenu du Canada.

En 1995, les intimés ont intenté contre RCI une action dans laquelle ils sollicitaient diverses formes de réparation, dont un jugement déclarant illégale la fusion du régime de Premier avec d’autres régimes qui était à l’origine du régime de RCI, ainsi que la restitution de la somme retirée de la fiducie. Le procès a eu lieu en 1998, et la fusion a été jugée légale. Le juge de première instance a conclu que les participants avaient droit aux avantages qui leur avaient été promis dans le cadre du régime initial et

66

2006 SCC 28 (CanLII)

67

68

B.C.L.R. (3d) 125. On January 11, 2001, the Court of Appeal upheld the finding that the merger was valid but held that the merger of the pension plans did not affect the existence of the Premier Trust as a separate trust. The court ordered that “the members of the Premier Plan shall be at liberty to undertake proceedings in the Supreme Court of British Columbia to terminate the Premier Trust, based either on the rule in *Saunders v. Vautier* or on the *Trust and Settlement Variation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 463 to the extent either may be applicable”. The Court of Appeal held that RCI had no “interest” in the Trust and that its consent was therefore not necessary under the rule in *Saunders v. Vautier* (see *Buschau No. 1*). RCI paid back the surplus that it had removed before judgment was delivered. While the decision of the Court of Appeal on this issue is not under appeal, I would note at the outset that the court’s finding in *Buschau No. 1* that the Plan (and fund) and Trust can be severed and dealt with independently is no doubt responsible in large part for the difficulties posed in this appeal.

notamment à tout surplus qui existerait au moment de la cessation du régime fusionné : (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 125. Le 11 janvier 2001, la Cour d’appel a confirmé la conclusion selon laquelle la fusion était valide, mais elle a jugé que la fusion des régimes de retraite n’avait aucun effet sur la fiducie de Premier qui continuait d’exister comme une entité distincte. La cour a ordonné que [TRADUCTION] « les participants au régime de Premier soient libres d’engager devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique des procédures destinées à mettre fin à la fiducie de Premier en se fondant soit sur la règle de *Saunders c. Vautier* soit sur la *Trust and Settlement Variation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 463, dans la mesure où l’une ou l’autre pourra s’appliquer ». La Cour d’appel a décidé que RCI n’avait aucun « intérêt » dans la fiducie et qu’il n’était donc pas nécessaire d’obtenir son consentement selon la règle de *Saunders c. Vautier* (voir *Buschau n^o 1*). Avant le prononcé du jugement, RCI a remboursé la partie du surplus qu’elle avait retirée. Bien que la décision de la Cour d’appel sur cette question ne soit pas portée en appel, je tiens à souligner au départ qu’il ne fait aucun doute que la conclusion tirée par cette cour dans l’arrêt *Buschau n^o 1*, selon laquelle le régime (et la caisse) et la fiducie peuvent être dissociés et traités séparément, est en grande partie à l’origine des difficultés qui se posent dans le présent pourvoi.

69 On May 24, 2001, the respondents petitioned the Supreme Court of British Columbia for an order terminating the Premier Trust. This was the commencement of the present proceeding. The respondents sought, *inter alia*, an order “that the Premier Pension Plan be terminated or, alternatively, that the surplus portion of the Premier Pension Plan be terminated”.

Le 24 mai 2001, les intimés ont demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre une ordonnance mettant fin à la fiducie de Premier. Cette requête a marqué le début de la présente instance. Les intimés sollicitaient notamment une ordonnance enjoignant [TRADUCTION] « de mettre fin au régime de retraite de Premier ou, subsidiairement, au surplus du régime de retraite de Premier ».

70 Loo J. heard the petition in two stages. Following the first hearing in November 2001, she held that the applicability of the rule in *Saunders v. Vautier* was decided by the previous decision of the Court of Appeal, and that the rule was applicable. She ordered RCI to provide to the respondents information pertaining to the Plan “so they can obtain the necessary consents to terminate the Plan” ((2002),

La juge Loo a entendu la requête en deux étapes. En novembre 2001, au terme de la première audition, elle a conclu que la question de l’applicabilité de la règle de *Saunders c. Vautier* avait été tranchée dans la décision antérieure de la Cour d’appel, et que la règle s’appliquait. Elle a ordonné à RCI de fournir aux intimés les renseignements sur le régime [TRADUCTION] « qui leur permettront

100 B.C.L.R. (3d) 327, 2002 BCSC 624, at paras. 12 and 33).

On January 7, 2003, the respondents came to court with consents executed by the 144 members of the Plan. The respondents lacked, however, the consent of approximately 25 of the beneficiaries designated by the members pursuant to the plan provisions. The respondents could not rely on the rule in *Saunders v. Vautier* to terminate the Premier Trust because it requires the consent of all possible beneficiaries. They therefore sought to have the court consent to the termination, on behalf of the designated beneficiaries, pursuant to s. 1 of the *Trust and Settlement Variation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 463.

In reasons issued on May 1, 2003 ((2003), 13 B.C.L.R. (4th) 385, 2003 BCSC 683), Loo J. held that the respondents were entitled to terminate the Premier Trust and gave the court's consent on behalf of the designated beneficiaries to such termination.

Newbury J.A. issued reasons for judgment on behalf of the Court of Appeal on February 20, 2004. She held, at paras. 11 and 22 of *Buschau No. 2*, that:

- (a) Loo J. erred in holding that the applicability of the rule in *Saunders v. Vautier* was decided by the previous judgment of the Court of Appeal. The conclusion that *Saunders v. Vautier* applied was, however, correct;
- (b) The respondents were not entitled to terminate the Premier Trust under the rule in *Saunders v. Vautier* because they lacked the consent of all designated beneficiaries;
- (c) Loo J. erred in holding that the court had jurisdiction, under the *Trust and Settlement Variation Act*, to consent to a termination of the Premier Trust on behalf of capacitated designated beneficiaries;

d'obtenir les consentements requis pour mettre fin au régime » ((2002), 100 B.C.L.R. (3d) 327, 2002 BCSC 624, par. 12 et 33).

Le 7 janvier 2003, les intimés se sont présentés à la cour munis des consentements signés par les 144 participants au régime. Toutefois, ils n'avaient pas obtenu le consentement d'environ 25 des bénéficiaires que les participants avaient désignés conformément aux dispositions du régime. Les intimés ne pouvaient pas invoquer la règle de *Saunders c. Vautier* pour mettre fin à la fiducie de Premier parce qu'elle exige le consentement de tous les bénéficiaires éventuels. Ils ont donc demandé à la cour de consentir à la cessation au nom des bénéficiaires désignés, conformément à l'art. 1 de la *Trust and Settlement Variation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 463.

Dans des motifs déposés le 1^{er} mai 2003 ((2003), 13 B.C.L.R. (4th) 385, 2003 BCSC 683), la juge Loo a décidé que les intimés avaient le droit de mettre fin à la fiducie de Premier, et a donné, au nom des bénéficiaires désignés, le consentement de la cour à cette cessation.

Le 20 février 2004, la juge Newbury a déposé des motifs de jugement au nom de la Cour d'appel. Elle a conclu ceci, aux par. 11 et 22 de l'arrêt *Buschau n^o 2* :

- a) la juge Loo a commis une erreur en décidant que la question de l'applicabilité de la règle de *Saunders c. Vautier* avait été tranchée dans le jugement antérieur de la Cour d'appel. Elle a cependant eu raison de conclure que cette règle s'appliquait;
- b) les intimés n'avaient pas le droit de mettre fin à la fiducie de Premier en application de la règle de *Saunders c. Vautier* parce qu'ils n'avaient pas obtenu le consentement de tous les bénéficiaires désignés;
- c) la juge Loo a commis une erreur en décidant que, aux termes de la *Trust and Settlement Variation Act*, la cour avait compétence pour consentir à la cessation de la fiducie de Premier au nom de bénéficiaires désignés ayant la capacité juridique;

71

2006 SCC 28 (CanLII)

72

73

(d) It was not possible that RCI could reopen the Premier Plan to new members “since such a step could not, in the particular circumstances of this case, be taken in good faith by this employer *vis-à-vis* the existing beneficiaries”.

d) RCI ne pouvait pas rouvrir le régime de Premier à de nouveaux participants [TRADUCTION] « étant donné que, dans les circonstances particulières de la présente affaire, ce n’était pas une mesure que cet employeur pouvait prendre de bonne foi eu égard aux bénéficiaires existants ».

74 The court held that “normally” the appeal would be allowed but, in this case, the court would withhold entering judgment for three months to give the respondents an opportunity, as suggested by the court, to revoke the designations of existing beneficiaries (who were not before the court), gather further consents and make further submissions (paras. 11 and 103).

La cour a conclu que « normalement » l’appel serait accueilli, mais qu’en l’espèce elle attendrait pendant trois mois avant de rendre jugement afin que les intimés puissent, comme elle le proposait, révoquer les désignations de bénéficiaires existants (qui n’étaient pas devant elle), obtenir d’autres consentements et présenter d’autres arguments (par. 11 et 103).

75 Subsequently, the Court of Appeal received motions for judgment from RCI and the respondents. In an order issued by the Court of Appeal on May 18, 2004 in *Buschau No. 3*, the court held that the appeal should be allowed but made, *inter alia*, the following orders:

La Cour d’appel a, par la suite, reçu des requêtes en jugement déposées par RCI et les intimés. Dans une ordonnance rendue le 18 mai 2004 dans l’arrêt *Buschau n^o 3*, elle a conclu que l’appel devait être accueilli, mais elle a notamment ajouté ceci par voie d’ordonnance :

THIS COURT ORDERS that the appeal is allowed, that the order of Loo, J. be set aside, and that the petition brought pursuant to the *Trust and Settlement Variation Act* be dismissed;

[TRADUCTION]

LA COUR ORDONNE que l’appel soit accueilli, que l’ordonnance de la juge Loo soit annulée et que la requête fondée sur la *Trust and Settlement Variation Act* soit rejetée;

THIS COURT FURTHER ORDERS that the appellant, Rogers Communications Inc. (“RCI”), does not have an “interest” in the Trust that would make its consent to the termination under *Saunders v. Vautier* necessary;

LA COUR DÉCLARE EN OUTRE que l’appelante, Rogers Communications Inc. (« RCI »), n’a dans la fiducie aucun « intérêt » qui, selon *Saunders c. Vautier*, rendrait nécessaire son consentement à la cessation;

THIS COURT ORDERS that, provided the consents of all Members and those persons who are now designated beneficiaries have been obtained for the termination of the Trust, the petitioners shall be at liberty to proceed to invoke the rule in *Saunders v. Vautier*;

LA COUR DÉCLARE que, pourvu que tous les participants et toutes les personnes actuellement désignées comme bénéficiaires aient donné leur consentement à la cessation de la fiducie, les requérants seront libres d’invoquer la règle de *Saunders c. Vautier*;

. . . .

. . . .

THIS COURT FURTHER ORDERS that RCI cannot amend the Premier Pension Plan to permit the addition of new members.

LA COUR DÉCLARE EN OUTRE que RCI ne peut modifier le régime de retraite de Premier pour permettre l’adhésion de nouveaux participants.

76 As of March 31, 2002, the portion of assets in the master trust allocated to the Premier Trust was approximately \$11 million greater than the actuarial liabilities for the Premier Plan members (RCI’s factum, at para. 24).

Dès le 31 mars 2002, la part de l’actif de la fiducie principale attribuée à la fiducie de Premier représentait environ 11 millions de dollars de plus que la provision actuarielle au titre des participants au régime de Premier (mémoire de RCI, par. 24).

The Court of Appeal further decided that the Trustee would have to satisfy itself that the conditions under the rule in *Saunders v. Vautier* had been met and that all statutory requirements had been complied with before distribution. If necessary, the Trustee could seek direction under s. 86 of the *Trustee Act*, R.S.B.C. 1996, c. 464. The court also rejected the submission that proceedings under the *Trust and Settlement Variation Act* would be required, given that the Trust could be terminated under the rule in *Saunders v. Vautier* itself (*Buschau No. 3*).

At the hearing of this appeal on November 15, 2005, this Court requested that the parties provide further written submissions regarding the interface between the rule in *Saunders v. Vautier* and the *PBSA*. This decision followed a discussion between various members of the Court and counsel concerning possible conflicts between the rule in *Saunders v. Vautier* and the *PBSA*. I might also add that the same concerns had been raised by National Trust in its factum.

3. Analysis

The *PBSA* is a comprehensive statutory scheme structured to further the public policy objective of enhanced financial security for workers upon their withdrawal from the active workforce. The *PBSA*, together with the *Pension Benefits Standards Regulations, 1985*, SOR/87-19, facilitates pension contributions from workers and employers, and protects and preserves pension funds and maximizes pension benefits, all in the interest of providing income security for workers in retirement.

Within this comprehensive scheme, s. 29 and the regulations enacted in relation thereto contain detailed provisions for the termination of pension plans and the distribution of plan assets.

Given the voluntary nature of the private pension plan system, employers are generally entitled to terminate a pension plan, as expressed in most plan documents, including the Plan at issue here. This

La Cour d'appel a en outre décidé que la fiduciaire devrait s'assurer que les conditions de la règle de *Saunders c. Vautier* avaient été remplies et que toutes les exigences légales avaient été respectées avant de procéder à la répartition. La fiduciaire pouvait, au besoin, présenter une demande de directives fondée sur l'art. 86 de la *Trustee Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 464. Étant donné qu'il pouvait être mis fin à la fiducie en vertu de la règle de *Saunders c. Vautier* même, la cour a également rejeté l'argument selon lequel une instance fondée sur la *Trust and Settlement Variation Act* serait nécessaire (*Buschau n^o 3*).

Lors de l'audition du présent pourvoi le 15 novembre 2005, notre Cour a demandé aux parties de présenter d'autres observations écrites concernant l'interaction de la règle de *Saunders c. Vautier* avec la *LNPP*. Cette décision a été prise à la suite d'une discussion entre différents membres de la Cour et avocats au sujet des conflits possibles entre cette règle et la *LNPP*. J'ajouterais également que Trust National avait exprimé les mêmes préoccupations dans son mémoire.

3. Analyse

La *LNPP* est un régime législatif complet conçu pour favoriser la réalisation de l'objectif de politique générale d'amélioration de la sécurité financière des travailleurs au moment où ils quittent les rangs de la population active. Conjuguée au *Règlement de 1985 sur les normes de prestation de pension*, DORS/87-19, elle facilite les cotisations de retraite des travailleurs et des employeurs, protège et préserve les caisses de retraite et maximise les prestations de retraite, tout cela dans le but d'assurer une sécurité du revenu aux travailleurs retraités.

Dans le cadre de ce régime complet, l'art. 29 et le règlement qui s'y rapporte contiennent des dispositions détaillées qui régissent la cessation des régimes de retraite et la répartition de leur actif.

Étant donné que le système de régimes de retraite privés est de nature facultative, les employeurs ont généralement le droit de mettre fin à un régime de retraite, y compris celui en cause dans la présente

77

78

79

80

81

right is recognized in s. 29(5) of the *PBSA*, which refers to the intention of a plan administrator (who in most cases will be the employer) to terminate a pension plan. But the Superintendent is also given power to terminate pension plans in other certain specified situations. He has the power to revoke a pension plan's registration for failure to comply with directions (s. 11.1). Directions of compliance can be issued where the Superintendent is of the opinion that an administrator or employer is acting in a manner "contrary to safe and sound financial or business practices" (s. 11(1)), or that a pension plan, or the administration of a pension plan, is not compliant with the *PBSA* or regulations (s. 11(2)). If registration is revoked, a plan is deemed to have been terminated (s. 29(1)).

affaire; c'est ce que prévoient la plupart des documents relatifs à ces régimes. Ce droit est reconnu par le par. 29(5) *LNPP*, qui renvoie à l'intention de l'administrateur d'un régime de pension (qui, dans la plupart des cas, est l'employeur) de mettre fin à un régime de retraite. Toutefois, le surintendant est également habilité à mettre fin à des régimes de pension dans certaines autres situations précises. Il a le pouvoir de révoquer l'agrément d'un régime de pension pour défaut de se conformer à des directives (art. 11.1). Le surintendant peut donner des directives s'il est d'avis qu'un administrateur ou un employeur agit d'une manière « contraire[e] aux bonnes pratiques du commerce » (par. 11(1)), ou s'il estime qu'un régime de pension ou la gestion de celui-ci n'est pas conforme à la *LNPP* ou aux règlements (par. 11(2)). Si l'agrément est révoqué, le régime est réputé avoir pris fin (par. 29(1)).

82

In addition to deemed termination in consequence of the revocation of a plan's registration, s. 29(2) stipulates three other situations in which the Superintendent has power to directly order the termination of a plan. The Superintendent may exercise this power when there has been: (a) cessation or suspension of employer contributions; (b) discontinuance of the employer's business operations; or (c) the employer's failure to fund the plan in accordance with prescribed standards of solvency. In each case, the power is directed to circumstances in which the security of the promised pension benefits is threatened.

Outre la présomption de cessation qui résulte de la révocation de l'agrément d'un régime, le par. 29(2) mentionne trois autres cas où le surintendant a le pouvoir d'ordonner directement la cessation d'un régime. Le surintendant peut exercer ce pouvoir lorsqu'il y a eu a) suspension ou arrêt de paiement des cotisations patronales, b) abandon des secteurs d'activité de l'employeur ou c) omission de l'employeur de cotiser au régime conformément aux normes de solvabilité réglementaires. Dans chaque cas, le pouvoir vise des cas où la sécurité des prestations de retraite promises est menacée.

83

This is consistent with the statute governing the Office of the Superintendent which states that the objects of the Office, in respect of pension plans, are: (a) to supervise pension plans in order to determine if they meet minimum funding requirements or are complying with the other requirements of the legislation; (b) if not, to advise the administrator and take, or advise the administrator to take, necessary corrective measures; and (c) to promote the adoption by administrators of policies and procedures designed to control and manage risk (see the *Office of the Superintendent of Financial Institutions Act*, R.S.C. 1985, c. 18 (3rd Supp.), Part I). It is apparent from the statutory objects of the Office that the supervisory

Cela est compatible avec le texte législatif régissant le Bureau du surintendant, qui précise que le Bureau poursuit, à l'égard des régimes de pension, les objectifs suivants : a) superviser les régimes de pension pour s'assurer du respect des exigences minimales de capitalisation et des autres exigences de la mesure législative; b) en cas de non-respect de ces exigences, aviser l'administrateur et prendre les mesures nécessaires pour corriger la situation, ou forcer l'administrateur à les prendre; c) inciter les administrateurs à se doter de politiques et de procédures pour contrôler et gérer le risque (voir la *Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières*, L.R.C. 1985, ch. 18 (3^e suppl.), partie I). Il ressort des objectifs légaux du Bureau que la

focus of the Superintendent is primarily on matters affecting the solvency or financial condition of pension plans. It is worth noting here that National Trust invokes the *PBSA* in its appeal, arguing at para. 70 of its factum that “[t]he judgment of the British Columbia Court of Appeal turns this statutory scheme on its head and places the Trustee in the role that by statute has been assigned to the administrator and to the Superintendent.”

There is no provision in the *PBSA* for plan beneficiaries to terminate a pension plan. Furthermore, there is no provision in the *PBSA* for any party (employer, administrator, trustee, Superintendent, plan members or other beneficiaries) to terminate the Trust under which the pension fund contributions are held as security for the payment of plan benefits, prior to, and independent of, the termination of the Plan. Beneficiaries may request that the Superintendent exercise his discretionary power under s. 29(2), but the Superintendent’s power to terminate a plan is available only where the stipulated pre-conditions are met. The Superintendent does not have a general discretion to terminate pension plans.

“[T]ermination” in relation to a pension plan is defined in the *PBSA* as the cessation of the crediting of benefits to plan members generally (s. 2(1)). Termination of a pension plan is distinguished from “winding-up” which refers to the distribution of the assets of a terminated pension plan. The *PBSA* provides that the pension fund assets are only to be distributed after the Superintendent approves a report filed by the plan administrator on the termination of a plan. The report must set out the nature of the benefits to be provided under the plan and describe the methods of allocating and distributing those benefits (s. 29(9) and (10)).

A major issue in this appeal is whether termination of the Plan must logically precede the termination of the Trust. According to RCI, the judgment

supervision assurée par le surintendant porte principalement sur les questions touchant la solvabilité ou la situation financière des régimes de pension. Il convient de noter ici que Trust National invoque la *LNPP* dans son pourvoi, en faisant valoir au par. 70 de son mémoire, que [TRADUCTION] « [I]e jugement de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique va à l’encontre du régime législatif et confie au fiduciaire le rôle que la loi assigne à l’administrateur et au surintendant. »

Aucune disposition de la *LNPP* ne permet aux bénéficiaires d’un régime de retraite de mettre fin à ce régime. De plus, aucune disposition de la *LNPP* ne permet à quiconque (employeur, administrateur, fiduciaire, surintendant, participants au régime ou autres bénéficiaires) de mettre fin à la fiducie en vertu de laquelle les cotisations à la caisse de retraite sont détenues à titre de garantie du versement des prestations du régime, avant la cessation du régime et indépendamment de celle-ci. Les bénéficiaires peuvent demander au surintendant d’exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 29(2), mais le pouvoir du surintendant de mettre fin à un régime ne peut être exercé que si les conditions préalables énoncées sont remplies. Le surintendant n’a aucun pouvoir discrétionnaire général de mettre fin à des régimes de retraite.

La *LNPP* définit le terme « cessation » comme étant la cessation d’un régime de pension dans le cas où il n’est plus porté de droits à prestation en faveur des participants (par. 2(1)). Une distinction est établie entre la cessation d’un régime de pension et sa « liquidation », qui désigne la répartition de l’actif d’un régime de pension à la suite de sa cessation. La *LNPP* prévoit que l’actif de la caisse de retraite ne peut être réparti qu’une fois que le surintendant a approuvé le rapport déposé par l’administrateur lors de la cessation du régime. Ce rapport doit exposer la nature des prestations à verser au titre du régime et décrire les méthodes d’affectation et de répartition de celles-ci (par. 29(9) et (10)).

Une question importante dans le présent pourvoi est de savoir si la cessation du régime doit logiquement précéder la cessation de la fiducie. Selon RCI,

of the British Columbia Court of Appeal reverses the legislative scheme by permitting the beneficiaries of the Premier Plan to terminate the Trust and distribute the Trust assets, which were being held as security for the pension benefits accruing under the Plan, outside the legislative scheme and prior to the termination of the pension plan itself. It argues at para. 18 of its supplemental factum that

[i]n enacting the *PBSA, 1985*, Parliament intended to devise a comprehensive scheme for dealing with issues of pension plan regulation, including the circumstances of their termination and the winding up and distribution of assets held in pension funds. If it had contemplated granting additional rights to plan members to act on their own initiative to terminate pension trusts and distribute plan assets, it would have done so.

87 It would appear that none of the statutory grounds for termination of a pension plan are present in this case. The Premier Plan is fully funded and there is no threat to the solvency of the Plan or the security of the pension benefits. There is no issue that the RCI Plan is being administered in a manner contrary to safe and sound financial or business practices, nor of non-compliance with the requirements of the legislation.

88 RCI has suspended contributions to the Plan. However, these contribution holidays are authorized by the terms of the Plan and have been approved by the courts. The reference to “suspension or cessation of employer contributions” in s. 29(2)(a) of the *PBSA* must be construed as referring to situations where an employer does not make required contributions. It does not extend to contribution holidays where the employer is relieved from making contributions by reason of a surplus in the Plan.

3.1 *The Applicability of the Rule in Saunders v. Vautier*

89 RCI recognizes that there may be circumstances in which it is appropriate to apply common law trust principles to resolve issues regarding pension

le jugement de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique va à l’encontre du régime législatif en autorisant les bénéficiaires du régime de Premier à mettre fin à la fiducie et à en répartir l’actif, qui était détenu à titre de garantie du versement des prestations de retraite accumulées en vertu du régime, en dehors du régime législatif et avant la cessation du régime de retraite lui-même. Elle fait valoir ceci au par. 18 de son mémoire supplémentaire :

[TRADUCTION] Lorsqu’il a édicté la *LNPP de 1985*, le législateur a voulu établir un régime complet à l’égard des questions de réglementation des régimes de retraite, y compris les circonstances de leur cessation ainsi que la liquidation et la répartition de l’actif détenu dans les caisses de retraite. S’il avait songé à accorder aux participants à ces régimes des droits additionnels de procéder, de leur propre initiative, à la cessation des fiducies de retraite et à la répartition de l’actif des régimes, il l’aurait fait.

Aucune des raisons, prévues par la Loi, de mettre fin à un régime de retraite ne semblerait exister en l’espèce. Le régime de Premier est entièrement capitalisé, et la solvabilité du régime et la sécurité des prestations de retraite ne sont pas compromises. Personne ne conteste que le régime de RCI est géré d’une manière contraire aux bonnes pratiques du commerce ou non conforme aux exigences de la mesure législative.

RCI a suspendu ses cotisations au régime. Toutefois, ces périodes d’exonération de cotisations sont autorisées par les modalités du régime et ont été approuvées par les tribunaux. La mention de « la suspension ou l’arrêt de paiement des cotisations patronales », à l’al. 29(2)a) *LNPP*, doit être interprétée comme visant les cas où l’employeur n’effectue pas les cotisations requises. Elle ne vise pas les périodes d’exonération de cotisations pendant lesquelles l’employeur est dispensé d’effectuer des cotisations en raison de l’existence d’un surplus dans le régime.

3.1 *L’applicabilité de la règle de Saunders c. Vautier*

RCI reconnaît qu’il peut y avoir des cas où il convient d’appliquer les principes de common law en matière de fiducie pour résoudre les questions

plans which have not been directly addressed in the legislation. I agree. This was the approach taken in *Schmidt* with respect to the question of ownership of surplus on termination of a pension plan. In that case, it was acknowledged that there was a gap in the legislation and the provisions of the statute did not provide guidance on this issue. However, RCI argues that, in the present case, s. 29 contains detailed provisions regarding the circumstances and manner in which pension plans may be terminated. RCI concludes that the legislation has “occupied the field” on this issue and there is no room for the operation of a common law rule.

Pension trusts are not the same as traditional trusts, as stated by the Court of Appeal at paras. 1-2 in *Buschau No. 1*. In employment pension trusts, there is a legal relationship between the parties apart from the trust and continuing obligations on the part of the administrator. In the present case, in view of its very terms (see General Rule Seven (2)), there is no entitlement to an actuarial surplus while the Plan is ongoing. As stated by the Court of Appeal, the Trust Agreement and the Plan form an “integrated whole” (*Buschau No. 2*, at para. 13). Moreover, this is a defined benefit plan, i.e., a plan that is entirely funded by the employer, where members have an equitable interest in the trust assets, a right *in personam* against the trustee to require proper administration of the trust assets, and a contingent interest to the trust assets existing on plan termination if they are alive and members at the date of termination. The employer assumes the risk in such a plan; when interest rates and investment returns are high, a surplus will be realized, and when the economy changes, unfunded liabilities will often result. The goal is to require contributions by the employer that are sufficient to provide the defined benefits over long periods of time in spite of market fluctuations. To permit termination of the Plan when a surplus has been realized independently of the terms of the Plan is not consistent with its object or the applicable statutory regime. The contract

relatives aux régimes de retraite qui n’ont pas été directement abordées dans la mesure législative. Je partage cet avis. Tel est le point de vue qui a été adopté dans l’affaire *Schmidt* au sujet de la propriété d’un surplus à la cessation d’un régime de retraite. Dans cette affaire, on a reconnu qu’il existait une question non résolue par la loi et que les dispositions de la loi en cause ne fournissaient aucun indice de l’intention législative à cet égard. RCI fait cependant valoir qu’en l’espèce l’art. 29 contient des dispositions détaillées qui régissent les circonstances dans lesquelles il peut être mis fin à des régimes de retraite, et la manière dont cela peut être fait. Elle conclut que cette question est [TRADUCTION] « entièrement régie » par la mesure législative et il n’y a pas lieu d’appliquer une règle de common law.

Contrairement à ce qu’affirme la Cour d’appel aux par. 1 et 2 de l’arrêt *Buschau n^o 1*, les fiducies de retraite ne sont pas des fiducies classiques. Dans les fiducies de régime de retraite d’employés, il existe un rapport juridique entre les parties indépendamment de la fiducie et des obligations permanentes de l’administrateur. En l’espèce, compte tenu des modalités mêmes du régime (voir la Septième règle générale, section 2), il n’y a aucun droit à un surplus actuariel pendant que le régime est en vigueur. Comme l’a affirmé la Cour d’appel, la convention de fiducie et le régime forment un [TRADUCTION] « tout » (*Buschau n^o 2*, par. 13). Il s’agit en outre d’un régime à prestations déterminées, c’est-à-dire d’un régime entièrement capitalisé par l’employeur, où les participants ont un intérêt en equity dans l’actif de la fiducie, un droit personnel d’exiger du fiduciaire qu’il gère correctement l’actif de la fiducie et un intérêt éventuel dans l’actif de la fiducie qui subsiste à la cessation du régime s’ils sont vivants et participants à la date de la cessation. L’employeur assume le risque lié à un tel régime; lorsque les taux d’intérêt et le rendement des investissements sont élevés, un surplus est réalisé, et lorsque l’économie fluctue, il en résulte souvent un passif non capitalisé. L’objectif est d’exiger de l’employeur des cotisations suffisantes pour assurer le versement des prestations déterminées durant de longues périodes en dépit des fluctuations du marché. Permettre la cessation du

clearly contemplated a continuing plan supported by a permanent Fund; segregation of the Fund by “closing” the Premier Plan was not possible. It is therefore an error to infer that the rule in *Saunders v. Vautier* can in effect create a manner of realizing on the actuarial surplus (the Fund) in violation of the terms of the Plan; in the case of this pension Plan, absolute entitlement to the surplus would only occur once the surplus became real, that is, once the Plan and Trust had been terminated. This is because the members only have a contingent interest in the Trust surplus, which does not vest until the Plan is terminated. This is reinforced by the statement in *Schmidt*, at p. 655: “When the plan is terminated, the actuarial surplus becomes an actual surplus and vests in the employee beneficiaries” (emphasis added) (see also p. 654). As a result, the rule in *Saunders v. Vautier* cannot be invoked here, since the rule requires that the beneficiaries seeking early termination possess the sum total of vested, not contingent, interests in the trust corpus: see D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters’ Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at p. 1178. The question then is whether termination of this Plan can occur outside the boundaries of the *PBSA*. The Court of Appeal reasoned that *Schmidt* had implicitly accepted that the rule in *Saunders v. Vautier* could apply independently of the *PBSA* and of any contract. The real question is whether trust law can in effect prevail over the contract and governing legislation in the present case (*Buschau No. 2*).

régime lorsqu’un surplus a été réalisé, sans égard aux modalités du régime, n’est pas compatible avec son objet ou avec le régime législatif applicable. Le contrat prévoyait clairement l’existence continue d’un régime doté d’une caisse permanente; il n’était pas possible de gérer séparément la caisse en « fermant » le régime de Premier. Il est donc erroné d’inférer que la règle de *Saunders c. Vautier* peut avoir pour effet de créer une façon de réaliser le surplus actuariel (la caisse) contrairement aux modalités du régime. Dans le cas du présent régime de retraite, il ne pouvait y avoir de droit absolu au surplus qu’une fois le surplus devenu réel, c’est-à-dire une fois qu’il aurait été mis fin au régime et à la fiducie. Cela s’explique par le fait que les participants ont seulement un intérêt éventuel dans le surplus de la fiducie, qui n’est dévolu qu’à la cessation du régime. Cela est renforcé par l’énoncé figurant à la p. 655 de l’arrêt *Schmidt*, selon lequel « [à] la cessation du régime, le surplus actuariel devient un surplus réel et est dévolu aux employés bénéficiaires » (je souligne) (voir aussi p. 654). Par conséquent, la règle de *Saunders c. Vautier* ne peut pas être invoquée en l’espèce étant donné qu’elle exige que les bénéficiaires qui sollicitent la cessation anticipée possèdent tous les intérêts dévolus et non éventuels dans le capital de la fiducie : voir D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters’ Law of Trusts in Canada* (3^e éd. 2005), p. 1178. Il s’agit donc de savoir si la cessation du présent régime peut se produire en dehors du cadre établi par la *LNPP*. La Cour d’appel a estimé que l’arrêt *Schmidt* avait reconnu implicitement que la règle de *Saunders c. Vautier* pouvait s’appliquer indépendamment de la *LNPP* et de tout contrat. La véritable question est de savoir si, en l’espèce, le droit des fiducies peut effectivement l’emporter sur le contrat et la loi applicable (*Buschau n^o 2*).

91

It is important to take note of the terms of the Plan and Trust documents. As I have previously stated, these are not distinct. The terms of the Plan are very specific and somewhat atypical of plans adopted in later years. In particular, art. V(1) of the Trust Agreement reserves to the employer

Il importe de tenir compte des modalités établies dans les documents relatifs au régime et à la fiducie. Comme je l’ai déjà dit, elles ne sont pas distinctes. Les modalités du régime sont très particulières et quelque peu différentes de celles des régimes adoptés au cours d’années subséquentes. En particulier, l’art. V(1) de la convention de fiducie réserve à l’employeur

the right at any time and from time to time to amend, in whole or in part, any or all of the provisions of the Plan (including [the Trust] Agreement) provided that no such amendment which affects the rights, duties, compensation, or responsibilities of the Trustee shall be made without its consent and provided further that without the approval of the Minister of National Revenue no such amendment shall authorize or permit any part of the [Trust] to be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of such persons and their estates as from time to time may be designated in or pursuant to the Plan

General Rule Five permitted, but did not oblige, the employer to allocate additional pensions or pension entitlements to plan members, retired or otherwise, if the Plan had an actuarial surplus. General Rule Six permitted members to designate a beneficiary, and to alter or revoke that designation within the bounds of the law. General Rule Seven gave the employer the right to amend, modify or change the Plan, provided that the changes did not affect certain of the members' rights or benefits. It also gave the employer the right to terminate the Plan if necessary. It went on to say:

In the event of the termination of the Plan, the benefits being paid to Retired Members will be continued as provided for under the terms and provisions of the Plan. The balance of the assets remaining in the Trust Fund, after all liabilities to Retired Members have been satisfied, will be distributed by the Committee among the remaining Members on the basis required under the provisions of Section 12 of the Pension Benefits Standards Act.

The Plan clearly states then that it is the employer who may amend and terminate the Plan and that it is the employer's expectation that the Plan and Trust will continue indefinitely. In such circumstances, there could be no reasonable expectation on the part of RCI or the members that the Trust could be terminated by the members, over RCI's objections, in order that the members might obtain the surplus. The application of the rule in *Saunders v. Vautier* would contradict the reasonable contractual expectations of the parties because beneficiaries who can collapse a trust under *Saunders v. Vautier* can, with the consent of the trustees,

[TRADUCTION] le droit de modifier, à tout moment, en totalité ou en partie, les dispositions du régime (dont la [. . .] convention [de fiducie]) pourvu qu'aucune modification touchant les droits, les obligations, la rémunération ou les responsabilités du fiduciaire ne soit effectuée sans son consentement et pourvu également que, sauf avec l'approbation du ministre du Revenu national, aucune modification n'autorise ou ne permette qu'une partie de la [fiducie] soit utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes et de leur succession, qui peuvent à l'occasion être désignées dans le régime ou conformément à celui-ci. . .

La Cinquième règle générale permettait à l'employeur, sans l'y obliger, d'accorder d'autres prestations de retraite ou droits à des prestations de retraite aux participants au régime, retraités ou non, si le régime affichait un surplus actuariel. La Sixième règle générale permettait aux participants de désigner un bénéficiaire et de modifier ou de révoquer légalement cette désignation. La Septième règle générale conférait à l'employeur le droit d'amender, de modifier ou de changer le régime, pourvu que les changements ne portent pas atteinte à certains droits ou avantages des participants. Elle accordait également à l'employeur le droit de mettre fin au régime, si nécessaire. Elle précisait en outre ceci :

[TRADUCTION] En cas de cessation du régime, les prestations versées aux participants retraités seront maintenues conformément aux modalités et aux dispositions du régime. Après que toutes les dettes envers les participants retraités auront été acquittées, le comité répartira entre les autres participants l'actif restant de la caisse en fiducie, conformément aux dispositions de l'article 12 de la Loi sur les normes de prestation de pension.

Le régime prévoit donc clairement que c'est l'employeur qui peut modifier le régime et y mettre fin, et que l'employeur s'attend à ce que le régime et la fiducie subsistent indéfiniment. Dans ces circonstances, ni RCI ni les participants au régime ne pouvaient raisonnablement s'attendre à ce qu'en dépit des objections de RCI les participants puissent mettre fin à la fiducie afin de pouvoir toucher le surplus. L'application de la règle de *Saunders v. Vautier* irait à l'encontre des attentes contractuelles raisonnables des parties du fait que les bénéficiaires qui peuvent mettre fin à une fiducie en application de cette règle peuvent, avec le consentement

collectively agree to vary its terms. The rule would permit members of a pension plan to unilaterally vary its terms without the employer's consent.

93

It is also very important to consider the legislative context in which modern pension plans operate. It would appear that, in her 2003 decision, Loo J. disregarded the provisions of the *PBSA* regarding termination, but applied the *Trust and Settlement Variation Act* where it was necessary to circumvent the difficulty in obtaining all consents necessary under the rule in *Saunders v. Vautier*. In *Buschau No. 3*, the Court of Appeal noted that the rule in *Saunders v. Vautier* could result in the termination of the Plan if all of the preconditions of the rule were met, without regard for the legislative scheme and in particular s. 29(9) which provides that on termination of a plan, the administrator must file a report with the Superintendent

setting out the nature of the pension benefits and other benefits to be provided under the plan and a description of the methods of allocating and distributing those benefits and deciding the priorities in respect of the payment of full or partial benefits to the members.

94

This means that the rule in *Saunders v. Vautier* would permit the termination of the pension plan and Trust without the involvement of the employer as plan administrator and without the approval of the Superintendent. The only logical explanation for this conclusion is that the Court of Appeal had accepted that the Trust was independent of the Plan and could be dealt with solely by reference to the Trust itself, notwithstanding, in particular, that the *PBSA* (and the terms of the Plan, at art. IX(3)) provided special protections for spouses and common law partners. The terms of the Plan could be totally disregarded. At para. 54 of its reasons in *Buschau No. 2*, the Court of Appeal seems to accept that the Trust and the Plan constitute an “integrated whole”, but nevertheless concludes that this whole is subject to trust law principles and to the resulting “disappearance” of the employer's rights and powers on the sole initiative of the plan members. This is very different from the decision to apply the

des fiduciaires, convenir collectivement d'en modifier les modalités. La règle permettrait aux participants à un régime de retraite d'en modifier unilatéralement les modalités sans le consentement de l'employeur.

Il est également très important de tenir compte du contexte législatif des régimes de retraite modernes. Il semblerait que, dans la décision qu'elle a rendue en 2003, la juge Loo n'a pas tenu compte des dispositions de la *LNPP* relatives à la cessation, mais a appliqué la *Trust and Settlement Variation Act* alors qu'il fallait contourner la difficulté d'obtenir tous les consentements requis selon la règle de *Saunders c. Vautier*. Dans l'arrêt *Buschau n° 3*, la Cour d'appel a souligné que l'application de cette règle pouvait entraîner la cessation du régime si toutes ses conditions préalables étaient remplies, indépendamment du régime législatif et, en particulier, du par. 29(9) qui prévoit que, lors de la cessation d'un régime, l'administrateur doit déposer auprès du surintendant un rapport

exposant la nature des prestations de pension ou autres à servir au titre du régime, les méthodes d'affectation et de répartition de celles-ci et établissant les priorités de paiement des prestations intégrales ou partielles aux participants.

Cela signifie que la règle de *Saunders c. Vautier* permettrait de mettre fin au régime et à la fiducie de retraite sans la participation de l'employeur en tant qu'administrateur du régime et sans l'approbation du surintendant. La seule explication logique de cette conclusion est que la Cour d'appel avait reconnu que la fiducie était indépendante du régime et pouvait être examinée uniquement en fonction de ses propres modalités, en dépit du fait notamment que la *LNPP* (et les modalités du régime énoncées à l'art. IX(3)) accordait des protections spéciales aux époux et aux conjoints de fait. Il n'était pas possible de faire totalement abstraction des modalités du régime. Au paragraphe 54 de l'arrêt *Buschau n° 2*, la Cour d'appel semble reconnaître que la fiducie et le régime forment un [TRADUCTION] « tout », mais elle conclut néanmoins que ce tout est assujéti aux principes du droit des fiducies et à la [TRADUCTION] « disparition » des droits et pouvoirs de l'employeur qui résulterait de la seule initiative des participants

rule only where there is no conflict with the legislative scheme as in *Schmidt*. In my view, the unique role of the employer in respect of the pension plan and pension Trust cannot be ignored; and the terms of the contract at the root of the Trust cannot be circumvented; as well, the legislative framework cannot be made irrelevant by applying the rule in *Saunders v. Vautier*.

In the context of the appeal brought by National Trust, particular regard must be given to s. 8(3) of the *PBSA*, which states:

8. . . .

(3) The administrator shall administer the pension plan and pension fund as a trustee for the employer, the members of the pension plan, former members, and any other persons entitled to pension benefits or refunds under the plan.

It is clear that a court has no authority to assign to National Trust the responsibilities of the administrator and of the Superintendent contrary to the legislative scheme which has determined a process to terminate a pension plan. But here I believe the Court of Appeal was defining a role for National Trust in light of the distinction it had made between the termination of the Plan and the termination of the Trust, only the former being subject to the terms of the Plan and provisions of the *PBSA*.

The underlying social policy objective of the legislation is to promote the establishment and maintenance of private pension plans in order to provide income security for employees and their families in retirement. As this Court recognized in *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 S.C.R. 152, 2004 SCC 54, at para. 38, modern pension statutes are public policy legislation that recognize the “vital importance of long-term income security”. The “locking-in” provisions, portability provisions, as well as the termination and winding-up provisions are all part of the objective of ensuring retirement income security. This is not consistent with

au régime. Cela est très différent de la décision d’appliquer la règle uniquement en l’absence de conflit avec le régime législatif, comme ce fut le cas dans l’affaire *Schmidt*. À mon avis, on ne peut faire abstraction du rôle unique que l’employeur joue à l’égard du régime et de la fiducie de retraite, et on ne peut se soustraire aux clauses du contrat à l’origine de la fiducie. On ne peut pas non plus faire perdre toute pertinence au cadre législatif en appliquant la règle de *Saunders c. Vautier*.

Dans le cadre de l’appel interjeté par Trust National, il faut prêter une attention particulière au par. 8(3) *LNPP*, dont voici le texte :

8. . . .

(3) L’administrateur d’un régime de pension gère le régime et le fonds de pension en qualité de fiduciaire de l’employeur, des participants actuels ou anciens et de toutes autres personnes qui ont droit à des prestations de pension ou à des remboursements au titre du régime.

Il est clair qu’un tribunal n’a pas le pouvoir d’assigner à Trust National les responsabilités de l’administrateur et du surintendant contrairement au régime législatif qui a établi un processus de cessation de régime de retraite. Mais en l’espèce, je crois que la Cour d’appel s’est trouvée à définir un rôle pour Trust National à la lumière de la distinction qu’elle avait établie entre la cessation du régime et celle de la fiducie, selon laquelle seule la cessation du régime était assujettie aux modalités du régime et aux dispositions de la *LNPP*.

L’objectif de politique sociale qui sous-tend la mesure législative est de favoriser l’établissement et le maintien de régimes de retraite privés afin d’assurer une sécurité du revenu aux employés retraités et à leurs familles. Comme notre Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, [2004] 3 R.C.S. 152, 2004 CSC 54, par. 38, les lois modernes en matière de retraite sont des lois d’intérêt public qui reconnaissent « l’importance cruciale de la sécurité du revenu à long terme ». Les dispositions en matière de « blocage » et de transférabilité de même que celles relatives à la cessation et à la liquidation ont toutes pour objectif d’assurer la

the operation of the rule in *Saunders v. Vautier*, as applied by the Court of Appeal in this case, which is based on an entirely different policy objective.

97

The introduction of the *Saunders v. Vautier* principle without qualification or restriction into the private pension system would constitute a very significant derogation from an employer's right to voluntarily choose to offer or continue a pension plan. An employer motivated by labour market factors to create and maintain a pension plan for its employees for the business benefits it may derive may not be so motivated when a plan instituted for such reasons can be terminated by the unilateral action of members and other beneficiaries, without consideration of the employer's business interests. In these circumstances, the "fair and delicate balance between employer and employee interests" (*Monsanto Canada*, at para. 24) will be disrupted in a manner which is contrary to the legislative objective of encouraging the establishment and maintenance of private pension plans.

98

The rule in *Saunders v. Vautier* requires the consent of all parties who have an interest, or who own rights of enjoyment, in the trust property. The Court of Appeal held that the rule could be applied with the consent of all members (by which they surely meant to include former members) of the Premier Plan and those persons who are now designated beneficiaries (*Buschau No. 2*). But s. 22 of the *PBSA* requires that, absent a written waiver in prescribed form, any pension benefit paid after January 1, 1987 to a member or former member who has a spouse or common law partner on the date that the first payment is made shall be a joint and survivor pension benefit, entitling the surviving spouse to a benefit of at least 60 percent of the joint benefit. This requirement is reflected in the terms of the Premier Plan (art. IX(3)). The inclusion of survivor benefits was a policy choice of the Legislature that must be honoured. These statutory rights cannot be overridden by the consent of present plan members and other beneficiaries or by the courts. Nor can s. 1(b) of the *Trust and Settlement Variation*

sécurité du revenu de retraite. Cela n'est pas compatible avec la façon dont la Cour d'appel applique la règle de *Saunders c. Vautier* en l'espèce, laquelle repose sur un objectif de politique générale complètement différent.

L'introduction, sans aucune réserve ni restriction, de la règle de *Saunders c. Vautier* dans le système des régimes de retraite privés constituerait une atteinte très importante au droit de l'employeur de choisir de son propre gré d'offrir ou de maintenir un régime de retraite. L'employeur qui, pour des raisons liées au marché du travail, songe à établir et à maintenir un régime de retraite pour ses employés à cause des avantages commerciaux qu'il comporte sera peut-être moins porté à le faire si les participants et autres bénéficiaires d'un régime établi pour ces raisons peuvent y mettre fin unilatéralement sans tenir compte de ses propres intérêts commerciaux. Dans ces circonstances, le « juste et délicat équilibre entre les intérêts de l'employeur et ceux de l'employé » (*Monsanto Canada*, par. 24) sera rompu d'une manière contraire à l'objectif législatif consistant à encourager l'établissement et le maintien de régimes de retraite privés.

La règle de *Saunders c. Vautier* exige le consentement de toutes les parties qui ont un intérêt dans les biens en fiducie ou qui possèdent des droits de jouissance sur ceux-ci. La Cour d'appel a conclu que la règle pouvait s'appliquer avec le consentement de tous les participants (qui, selon elle, étaient sûrement censés inclure les participants anciens) au régime de Premier et des personnes qui sont maintenant des bénéficiaires désignés (*Buschau n^o 2*). Cependant, l'art. 22 *LNPP* prévoit qu'en l'absence de renonciation écrite, en la forme réglementaire, toute prestation de pension versée après le 1^{er} janvier 1987 à un participant actuel ou ancien qui a, à la date du premier versement, un époux ou un conjoint de fait doit être une prestation réversible, ce qui permet à l'époux ou au conjoint survivant de recevoir une prestation équivalant à au moins 60 pour 100 de la prestation réversible. Cette exigence se reflète dans les modalités du régime de Premier (art. IX(3)). L'ajout de prestations de survivant constituait un choix de politique générale du législateur qu'il faut respecter. Ces droits conférés

Act assist. The current spouses and common law partners who have a present contingent interest are *sui juris*. As such, they could give their consent to termination of the Plan, and the court does not have the power to consent on their behalf unless they are legally incapacitated.

As for the interests of future possible spouses and common law partners, whose consent would also be required for termination pursuant to *Saunders v. Vautier*, those interests are more problematic in that their direct consent cannot be obtained, and asking a court to consent on their behalf would raise serious questions. RCI notes at para. 37 of its supplementary factum that, “the court may only consent on behalf of a beneficiary if the proposed trust variation is in the interests of that party. It is difficult to conceive of a circumstance in which termination of a pension trust would be in the interests of future spouses or common law partners.” Consenting to the termination of the Plan on behalf of future unascertainable spouses and common law partners would presumably not be in their best interests. If plan members who are not currently married or in a common law relationship were allowed to terminate the Plan and obtain the surplus, but were then to enter into a marriage or common law relationship in the future, their future spouses or common law partners would not enjoy their statutory right to the joint and survivor benefit to which they would have been entitled had the Plan been ongoing and not terminated. Thus, even if this was sufficient, valid consents to termination of the Plan in order to satisfy the pre-conditions of the *Saunders v. Vautier* rule have not been and cannot be obtained from all possible beneficiaries here; more importantly, while the current spouses and common law partners of plan members are able to consent to termination, future spouses and common law partners who are currently unascertainable cannot give such consent, and a court would likely be reluctant to give its consent on their behalf.

par la loi ne peuvent être écartés ni par le consentement des participants au régime et autres bénéficiaires actuels, ni par les tribunaux. L’alinéa lb) de la *Trust and Settlement Variation Act* n’est pas plus utile. Les époux et conjoints de fait actuels qui ont présentement un intérêt éventuel sont juridiquement autonomes. Par conséquent, ils pourraient donner leur consentement à la cessation du régime et la cour n’a pas le pouvoir de consentir en leur nom, sauf s’ils sont frappés d’incapacité juridique.

Le cas des intérêts des futurs époux et conjoints de fait, dont le consentement à la cessation serait également nécessaire selon la règle de *Saunders c. Vautier*, est plus problématique parce qu’il est impossible d’obtenir directement leur consentement et que demander à la Cour de consentir en leur nom soulèverait de graves questions. RCI fait remarquer, au par. 37 de son mémoire supplémentaire, que [TRADUCTION] « la cour ne peut consentir au nom d’un bénéficiaire que si la modification que l’on propose d’apporter à la fiducie est dans l’intérêt de cette partie. Il est difficile d’imaginer une situation où la cessation d’une fiducie de retraite serait dans l’intérêt des futurs époux ou conjoints de fait. » Consentir à la cessation du régime au nom de futurs époux et conjoints de fait non identifiables ne serait probablement pas dans leur intérêt. Si on permettait aux participants au régime qui ne sont pas actuellement mariés ou en union de fait de mettre fin au régime et de toucher le surplus, mais que ceux-ci venaient ensuite à se marier ou à vivre en union de fait, leurs futurs époux ou conjoints de fait ne jouiraient pas du droit conféré par la loi à la prestation réversible qu’ils posséderaient si le régime avait continué d’exister. Ainsi, même si cela était suffisant, le consentement valide à la cessation du régime que tous les bénéficiaires éventuels doivent donner pour que les conditions préalables de la règle de *Saunders c. Vautier* soient remplies n’a pas été et ne peut pas être obtenu en l’espèce; qui plus est, s’il est vrai que les époux et les conjoints de fait actuels des participants au régime sont en mesure de consentir à la cessation, les futurs époux et conjoints de fait actuellement non identifiables ne peuvent le faire, et un tribunal hésiterait probablement à consentir en leur nom.

100 For these reasons, I would conclude that the rule in *Saunders v. Vautier* does not apply in the circumstances of this case and that any application regarding the termination of the Plan and Trust must be dealt with in accordance with the terms of the Plan and the provisions of the *PBSA*. The respondents' suggestion that the absence of a procedure in the *PBSA* permitting a unilateral termination of the Plan by the members justifies the action under the rule of *Saunders v. Vautier* cannot be accepted. The rule simply does not apply. Members' rights are determined by the Plan itself and the *PBSA*; as indicated above, neither the terms of the Plan itself nor the provisions of the *PBSA* grant the members a right to terminate the Plan. The unilateral right of members to terminate the Plan simply does not exist in this case.

3.2 *The Issue of Good Faith*

101 The Court of Appeal decided, at para. 61 of its reasons in *Buschau No. 2*, that the obligation of good faith of the employer precluded RCI from adopting any amendments to the Plan and Trust opening it to new members following its closure in 1984; it related this to what it termed the "stratagem" adopted by RCI years earlier to benefit from the actuarial surplus by merging different pension plans. The Court of Appeal then continued with a discussion of the employer's "interest" in the Plan and Trust.

102 It is quite obvious that the whole discussion concerning good faith had to do with fair conduct as administrator of the Plan. RCI insists that there is nothing uncommon about closed pension plans or the decision to rationalize funding and the provision of benefits after mergers. In its view, the proposed creation of an integrated pension scheme was a rational business decision that should not raise any issue regarding good faith when done within the parameters of the Plan's terms. RCI says there is no stratagem, only the exercise of a power to amend in the context — and this is fundamental — of a defined benefit plan. RCI says that "the analysis of good faith in respect of the

Pour ces motifs, je suis d'avis de conclure que la règle de *Saunders c. Vautier* ne s'applique pas en l'espèce et que toute demande relative à la cessation du régime et de la fiducie doit être examinée conformément aux modalités du régime et aux dispositions de la *LNPP*. L'idée des intimés, selon laquelle l'action fondée sur la règle de *Saunders c. Vautier* est justifiée par l'absence dans la *LNPP* d'une procédure qui permettrait aux participants de mettre fin unilatéralement au régime, ne peut pas être retenue. Cette règle ne s'applique tout simplement pas. Les droits des participants sont déterminés par le régime lui-même et la *LNPP*; comme nous l'avons vu, ni les modalités du régime lui-même ni les dispositions de la *LNPP* n'accordent aux participants le droit de mettre fin au régime. En l'espèce, les participants n'ont tout simplement pas le droit de mettre fin unilatéralement au régime.

3.2 *La question de la bonne foi*

La Cour d'appel a statué, au par. 61 de l'arrêt *Buschau n° 2*, que l'obligation de bonne foi de l'employeur empêchait RCI de modifier le régime et la fiducie pour permettre l'adhésion de nouveaux participants, qui avait été interdite en 1984; elle a rattaché cela à ce qu'elle a qualifié de [TRADUCTION] « stratagème » que RCI avait employé quelques années auparavant pour bénéficier du surplus actuariel et qui avait consisté à fusionner différents régimes de retraite. La Cour d'appel s'est ensuite livrée à une analyse de l'« intérêt » de l'employeur dans le régime et la fiducie.

Il est tout à fait évident que toute l'analyse de la bonne foi avait trait au comportement équitable en tant qu'administrateur du régime. RCI maintient que les régimes de retraite fermés ou la décision de rationaliser la capitalisation et le versement de prestations à la suite de fusions n'ont rien d'inhabituel. À son avis, le projet de création d'un régime de retraite intégré constituait une décision d'affaires rationnelle qui ne devrait soulever aucune question de bonne foi si elle respecte les paramètres fixés par les modalités du régime. RCI plaide l'absence de stratagème et ajoute qu'il n'est question que de l'exercice d'un pouvoir de modification dans le contexte — ce qui est fondamental — d'un régime à

exercise of a discretionary power in a contractual context begins with careful consideration of the parties' reasonable contractual expectations" (factum, at para. 75). It is a prohibition against acting in a manner "calculated or likely to destroy or seriously damage the relationship of confidence and trust between employer and employee" unless the employer has "reasonable and proper cause" (para. 80, quoting *Imperial Group Pension Trust Ltd. v. Imperial Tobacco Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 597 (Ch. D.), at p. 606). The respondents reject the contractual perspective and say that nothing done by the employer should affect or dilute their entitlements under the Plan; equitable principles should apply. I do not consider it necessary to arbitrate this debate. Section 8(10) of the *PBSA* provides sufficient guidance. The special context of pension plans requires employers who administer pension plans on behalf of their employees to always act in accordance with the spirit, purpose and terms of the pension plan; employers must always act in such a way as to ensure the protection of employees' pension benefits, not in a way that would reduce, threaten or eliminate them (see *Imperial Group*).

It seems clear to me that the conclusion of the Court of Appeal on the issue of good faith is premised on its earlier decision that the amendment would deprive the beneficiaries of the Premier Trust of their right to terminate it under the rule in *Saunders v. Vautier*. I have found that the respondents cannot terminate the Trust pursuant to *Saunders v. Vautier*. But of course the parties could not ignore the Court of Appeal's decision in *Buschau No. 1*. As a result of that decision, a separate accounting was required for the Premier Trust. RCI then considered the possibility of making the Plan eligible to new membership so that similarly situated employees who were members of non-contributory defined benefit plans could be integrated into the Premier Plan. This is what the Court of Appeal rejected. Its reasoning is however driven by the idea that the Plan members were promised more than their pensions under the Plan, i.e., the

prestations déterminées. Selon RCI, [TRADUCTION] « l'analyse de la bonne foi concernant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans un contexte contractuel commence par un examen minutieux des attentes contractuelles raisonnables des parties » (mémoire, par. 75). L'obligation de bonne foi interdit d'agir d'une manière [TRADUCTION] « calculée ou susceptible de détruire ou de compromettre gravement le rapport de confiance entre l'employeur et l'employé », à moins que l'employeur n'ait un « motif raisonnable et valable » de le faire (par. 80, citant la décision *Imperial Group Pension Trust Ltd. c. Imperial Tobacco Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 597 (Ch. D.), p. 606). Les intimés rejettent le point de vue contractuel et affirment qu'aucun acte de l'employeur ne devrait compromettre ou affaiblir les droits que leur confère le régime; les principes d'équité devraient s'appliquer. Je ne crois pas nécessaire d'arbitrer ce débat. Le paragraphe 8(10) *LNPP* donne des indications suffisantes. En raison du contexte particulier des régimes de retraite, l'employeur qui gère un tel régime pour le compte de ses employés doit toujours en respecter l'esprit, l'objet et les modalités; l'employeur doit toujours se comporter de manière à préserver les prestations de retraite des employés et non de manière à les réduire, à les compromettre ou à les éliminer (voir la décision *Imperial Group*).

Il me semble clair que la conclusion de la Cour d'appel sur la question de la bonne foi était fondée sur sa décision antérieure selon laquelle la modification priverait les bénéficiaires de la fiducie de Premier de leur droit d'y mettre fin en application de la règle de *Saunders c. Vautier*. Je suis arrivé à la conclusion que les intimés ne peuvent se fonder sur cette règle pour mettre fin à la fiducie. Toutefois, il est évident que les parties ne pouvaient pas faire abstraction de l'arrêt *Buschau n° 1* de la Cour d'appel. À la suite de cette décision, une comptabilité distincte était requise pour la fiducie de Premier. RCI a alors envisagé la possibilité de rendre le régime accessible à de nouveaux participants de manière à pouvoir intégrer dans le régime de Premier les employés qui se trouvaient dans la même situation mais qui participaient à des régimes non contributifs à prestations déterminées. C'est ce que la Cour d'appel a rejeté. Son raisonnement repose toutefois

right to ask for distribution of the Trust surplus, providing they satisfied the conditions set out in *Saunders v. Vautier*. The decision regarding bad faith cannot stand where it is without a foundation. I am of the view that RCI's powers of amendment were not forfeited or estopped because of the closure of the Plan. Any termination of the Plan and amendments to it must be examined on the basis of its terms and conditions, in consideration of the applicable provisions of the *PBSA*. What would constitute an abuse of the employer's power or would otherwise offend community standards of reasonableness in the contemplated use of the Premier Plan assets for the benefit of present and future employees of RCI must be determined on that basis alone. In essence then, what is permitted and what is abusive will have to be determined in future proceedings according to the standard set in s. 8(10)(b) of the *PBSA* which states that "[w]here the employer is the administrator pursuant to paragraph 7(1)(c), if there is a material conflict of interest between the employer's role as administrator and the employer's role in any other capacity, the employer . . . (b) shall act in the best interests of the members of the pension plan."

4. Disposition

104 The appeal is allowed and the order of the Court of Appeal is set aside with costs in all courts to RCI and in this Court to National Trust.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant/respondent Rogers Communications Inc.: Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver.

Solicitors for the appellant/respondent National Trust Co.: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitors for the respondents Sandra Buschau et al.: Laxton & Company, Vancouver.

sur l'idée qu'on avait promis aux participants au régime, en plus de leurs prestations de retraite, le droit de demander la répartition du surplus de la fiducie s'ils satisfaisaient aux conditions de la règle de *Saunders c. Vautier*. La décision concernant la mauvaise foi ne peut être maintenue si elle est dénuée de fondement. Selon moi, RCI n'a pas été déchu de ses pouvoirs de modification ni empêchée de les exercer en raison de la fermeture du régime. La cessation et la modification du régime doivent être examinées en fonction de ses modalités et des dispositions applicables de la *LNPP*. Ce sont là les seuls critères qui doivent servir à déterminer ce qui, dans l'emploi que l'on entend faire de l'actif du régime de Premier au profit des employés actuels et futurs de RCI, constituerait un abus du pouvoir de l'employeur ou contreviendrait par ailleurs aux normes sociales de raisonabilité. Essentiellement, la question de savoir ce qui est permis et ce qui est abusif devra donc être tranchée, dans toute instance future, en fonction de la norme énoncée à l'al. 8(10)(b) *LNPP*, qui précise que « [l']employeur qui est l'administrateur, conformément à l'alinéa 7(1)(c), doit, s'il y a un conflit d'intérêts sérieux entre les fonctions qu'il exerce à ce double titre [. . .] b) agir de façon à servir les intérêts des participants. »

4. Dispositif

Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée, avec dépens devant toutes les cours pour RCI et devant notre Cour pour Trust National.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante/intimée Rogers Communications Inc.: Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver.

Procureurs de l'appelante/intimée la Compagnie Trust National: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureurs des intimés Sandra Buschau et autres: Laxton & Company, Vancouver.

Canadian Western Bank, Bank of Montreal, Canadian Imperial Bank of Commerce, HSBC Bank Canada, National Bank of Canada, Royal Bank of Canada, Bank of Nova Scotia and Toronto-Dominion Bank *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Alberta *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Alberta Insurance Council, Financial Advisors Association of Canada, AIG Life Insurance Company of Canada, Canada Life Assurance Company, La Capitale Civil Service Insurer Inc., La Capitale Insurance and Financial Services Inc., CUMIS Life Insurance Company, Desjardins Financial Security Life Assurance Company, Empire Life Insurance Company, Equitable Life Insurance Company of Canada, Great-West Life Assurance Company, Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc., Industrial-Alliance Pacific Life Insurance Company, London Life Insurance Company, Manufacturers Life Insurance Company, Standard Life Assurance Company of Canada, Sun Life Assurance Company of Canada and Transamerica Life Canada *Interveners*

INDEXED AS: CANADIAN WESTERN BANK v. ALBERTA

Banque canadienne de l'Ouest, Banque de Montréal, Banque Canadienne Impériale de Commerce, Banque HSBC Canada, Banque Nationale du Canada, Banque Royale du Canada, Banque de Nouvelle-Écosse et Banque Toronto-Dominion *Appelantes*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, Alberta Insurance Council, Association des conseillers en finance du Canada, Compagnie d'Assurance-Vie AIG du Canada, Compagnie d'Assurance du Canada sur la Vie, La Capitale assureur de l'administration publique Inc., La Capitale assurances et gestion du patrimoine Inc., Compagnie d'Assurance-Vie CUMIS, Desjardins Sécurité financière, Compagnie d'Assurance-Vie, Empire, Compagnie d'Assurance-Vie, Équitable, Compagnie d'Assurance-Vie du Canada, Great-West, Compagnie d'Assurance-Vie, Industrielle Alliance, Assurance et services financiers Inc., Industrielle Alliance Pacifique, Compagnie d'Assurance sur la Vie, London Life Compagnie d'Assurance-Vie, Compagnie d'Assurance-Vie Manufacturers, Compagnie d'Assurance Standard Life du Canada, Sun Life du Canada, Compagnie d'Assurance-Vie et Compagnie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BANQUE CANADIENNE DE L'OUEST c. ALBERTA

Neutral citation: 2007 SCC 22.

File No.: 30823.

2006: April 11; 2007: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Division of powers — Banking — Interjurisdictional immunity — Federal Bank Act authorizing banks to engage in promotion of certain types of insurance — Alberta's insurance legislation purporting to make federally chartered banks subject to provincial licensing scheme governing promotion of insurance products — Whether provincial legislation constitutionally inapplicable to banks' promotion of insurance by virtue of doctrine of interjurisdictional immunity — Constitution Act, 1867, ss. 91(15), 92(13).

Constitutional law — Division of powers — Banking — Federal paramountcy — Federal Bank Act authorizing banks to engage in promotion of certain types of insurance — Alberta's insurance legislation purporting to make federally chartered banks subject to provincial licensing scheme governing promotion of insurance products — Whether provincial legislation constitutionally inoperative in relation to banks' promotion of insurance by virtue of doctrine of federal paramountcy — Constitution Act, 1867, ss. 91(15), 92(13).

Constitutional law — Division of powers — Doctrine of interjurisdictional immunity — Scope.

In 2000, Alberta enacted changes to its *Insurance Act* purporting to make federally chartered banks subject to the provincial licensing scheme governing the promotion of insurance products. Upon the coming into force of that Act, the appellant banks brought an application for a declaration that their promotion of certain insurance products authorized by the *Bank Act* was banking within the meaning of s. 91(15) of the *Constitution Act, 1867* and that the *Insurance Act* and its associated regulations were constitutionally inapplicable to the banks' promotion of insurance by virtue of the doctrine of interjurisdictional immunity or, alternatively, inoperative by virtue of the doctrine of federal paramountcy. The trial judge dismissed the application. He

Référence neutre : 2007 CSC 22.

N° du greffe : 30823.

2006 : 11 avril; 2007 : 31 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Banques — Exclusivité des compétences — Loi sur les banques fédérale autorisant les banques à faire la promotion de certains types d'assurance — Législation de l'Alberta relative à l'assurance visant à assujettir les banques à charte fédérale au régime provincial de délivrance de permis régissant la promotion de produits d'assurance — La législation provinciale est-elle constitutionnellement inapplicable à la promotion d'assurance par les banques en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15), 92(13).

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Banques — Prépondérance fédérale — Loi sur les banques fédérale autorisant les banques à faire la promotion de certains types d'assurance — Législation de l'Alberta relative à l'assurance visant à assujettir les banques à charte fédérale au régime provincial de délivrance de permis régissant la promotion de produits d'assurance — La législation provinciale est-elle constitutionnellement inopérante à l'égard de la promotion d'assurance par les banques en raison de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15), 92(13).

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Portée.

En l'an 2000, l'Alberta a apporté à son *Insurance Act* des modifications visant à assujettir les banques à charte fédérale au régime provincial de délivrance de permis régissant la promotion de produits d'assurance. Dès l'entrée en vigueur de cette loi, les banques appelantes ont sollicité un jugement déclarant que la promotion qu'elles font de certains produits d'assurance autorisée par la *Loi sur les banques* entre dans la catégorie des opérations des « banques » énoncée au par. 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et que l'*Insurance Act* et ses règlements d'application sont constitutionnellement inapplicables à la promotion d'assurance par les banques en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences, ou subsidiairement, qu'ils sont inopérants en raison

found that the challenged provisions of the *Insurance Act* were valid provincial legislation related to the province's property and civil rights power under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. He also found that the doctrine of interjurisdictional immunity was inapplicable because the promotion of authorized insurance was not at the core of banking, and that the doctrine of federal paramountcy was inapplicable because there was no operational conflict between the federal and provincial legislation. The Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: The *Insurance Act* and its associated regulations apply to the banks' promotion of insurance. The fact that Parliament allows a bank to enter into a provincially regulated line of business such as insurance cannot, by federal statute, unilaterally broaden the scope of an exclusive federal legislative power granted by the *Constitution Act, 1867*. When promoting insurance, the banks are participating in the business of insurance and only secondarily furthering the security of their loan portfolios. The banks' claim to interjurisdictional immunity must therefore be rejected, and they have to comply with both federal and provincial laws because the paramountcy doctrine is not engaged in this case. [4]

The resolution of a case involving the constitutionality of legislation in relation to the division of powers must begin with an analysis of the pith and substance of the impugned legislation. This analysis consists of an inquiry into the true nature of the law in question for the purpose of identifying the matter to which it essentially relates. If the pith and substance of the impugned legislation can be related to a matter that falls within the jurisdiction of the legislature that enacted it, the courts will declare it *intra vires*. If, however, the legislation can more properly be said to relate to a matter that is outside the jurisdiction of that legislature, it will be held to be invalid owing to this violation of the division of powers. The corollary to this analysis is that legislation whose pith and substance falls within the jurisdiction of the legislature that enacted it may, at least to a certain extent, affect matters beyond the legislature's jurisdiction without necessarily being unconstitutional. At this stage of the analysis, the dominant purpose of the legislation is still decisive. Merely incidental effects will not

de la doctrine de la prépondérance fédérale. Le juge de première instance a rejeté la demande. Il a jugé que les dispositions attaquées de l'*Insurance Act* constituaient une législation provinciale valide en vertu de la compétence relative à la propriété et aux droits civils que le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère à la province. Il a aussi conclu que la doctrine de l'exclusivité des compétences était inapplicable puisque la promotion d'assurance autorisée ne faisait pas partie du contenu essentiel des opérations des banques, et que la doctrine de la prépondérance fédérale était inapplicable en raison de l'absence de conflit d'application entre les législations fédérale et provinciale. La Cour d'appel a maintenu cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : L'*Insurance Act* et ses règlements d'application s'appliquent à la promotion d'assurance par les banques. Le fait que le Parlement permette aux banques d'avoir accès à un secteur d'activités régi par le droit provincial comme les assurances ne peut, par le jeu d'une loi fédérale, élargir unilatéralement la portée d'une compétence législative fédérale exclusive accordée par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Lorsqu'elles font de la promotion d'assurance, les banques se livrent au commerce de l'assurance et ce n'est qu'accessoirement qu'elles améliorent la sécurité de leurs portefeuilles de prêts. Il faut donc rejeter la demande des banques fondée sur l'exclusivité des compétences et celles-ci doivent se conformer tant aux lois fédérales qu'aux lois provinciales puisque la doctrine de la prépondérance ne joue pas en l'espèce. [4]

La résolution d'une affaire mettant en cause la validité constitutionnelle d'une législation eu égard au partage des compétences doit commencer par une analyse du caractère véritable de la législation contestée. Cette analyse consiste dans une recherche sur la nature véritable de la loi en question afin d'identifier la matière sur laquelle elle porte essentiellement. Si le caractère véritable de la législation contestée peut se rattacher à une matière relevant de la compétence de la législature qui l'a adoptée, les tribunaux la déclareront *intra vires*. Cependant, s'il est plus juste d'affirmer qu'elle porte sur une matière qui échappe à la compétence de cette législature, la constatation de cette atteinte au partage des pouvoirs entraînera l'invalidation de la loi. Cette analyse a pour corollaire qu'une législation dont le caractère véritable relève de la compétence du législateur qui l'a adoptée pourra, au moins dans une certaine mesure, toucher des matières qui ne sont pas de sa compétence sans nécessairement toucher sa validité constitutionnelle. À ce stade de l'analyse, l'objectif dominant de la législation

disturb the constitutionality of an otherwise *intra vires* law. The pith and substance doctrine is founded on the recognition that it is in practice impossible for a legislature to exercise its jurisdiction over a matter effectively without incidentally affecting matters within the jurisdiction of another level of government. Also, some matters are by their very nature impossible to categorize under a single head of power: they may have both provincial and federal aspects. The double aspect doctrine, which applies in the course of a pith and substance analysis, ensures that the policies of the elected legislators of both levels of government are respected. The double aspect doctrine recognizes that both Parliament and the provincial legislatures can adopt valid legislation on a single subject depending on the perspective from which the legislation is considered, that is, depending on the various aspects of the matter in question. In certain circumstances, however, the powers of one level of government must be protected against intrusions, even incidental ones, by the other level. For this purpose, the courts have developed the doctrines of interjurisdictional immunity and federal paramountcy. [25-32]

The doctrine of interjurisdictional immunity recognizes that our Constitution is based on an allocation of exclusive powers to both levels of government, not concurrent powers, although these powers are bound to interact in the realities of the life of our Constitution. It is a doctrine of limited application which should be restricted to its proper limit. A broad use of the doctrine would be inconsistent with the flexible federalism that the constitutional doctrines of pith and substance, double aspect and federal paramountcy are designed to promote. It is these doctrines that have proved to be most consistent with contemporary views of Canadian federalism, which recognize that overlapping powers are unavoidable. Interjurisdictional immunity should in general be reserved for situations already covered by precedent. This means, in practice, that it will be largely reserved for those heads of power that deal with federal things, persons or undertakings, or where in the past its application has been considered absolutely indispensable or necessary to enable Parliament or a provincial legislature to achieve the purpose for which exclusive legislative jurisdiction was conferred, as discerned from the constitutional division of powers as a whole, or what is absolutely indispensable or necessary to enable an undertaking to carry out its mandate in what makes it specifically of federal (or provincial) jurisdiction. While in theory a consideration of interjurisdictional immunity is apt for consideration after the pith and substance analysis, in practice the absence

demeure déterminant. De simples effets accessoires ne rendent pas inconstitutionnelle une loi par ailleurs *intra vires*. La doctrine du caractère véritable repose sur la reconnaissance de l'impossibilité pratique qu'une législature exerce efficacement sa compétence sur un sujet sans que son intervention ne touche incidemment à des matières relevant de la compétence de l'autre ordre de gouvernement. Par ailleurs, certaines matières sont, par leur nature même, impossibles à classer dans un seul titre de compétence : elles peuvent avoir à la fois une facette provinciale et une autre fédérale. La théorie du double aspect, qui trouve son application à l'occasion de l'analyse du caractère véritable de la législation, assure le respect des politiques mises en œuvre par les législateurs élus des deux ordres de gouvernement. La théorie du double aspect reconnaît que le Parlement et les législatures provinciales peuvent adopter des lois valables sur un même sujet, à partir des perspectives selon lesquelles on les considère, c'est-à-dire selon les aspects variés de la matière discutée. Dans certaines circonstances toutefois, les compétences d'un ordre de gouvernement doivent être protégées contre les empiètements, même accessoires, de l'autre ordre de gouvernement. À cette fin, les tribunaux ont développé les doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale. [25-32]

La doctrine de l'exclusivité des compétences reconnaît que notre Constitution repose sur les pouvoirs exclusifs, et non parallèles, répartis entre les deux ordres de gouvernement, encore que notre réalité constitutionnelle suscite inévitablement une interaction de ces pouvoirs. Cette doctrine n'a qu'une application restreinte dans des limites qui lui sont propres. Une application extensive de la doctrine serait contraire au fédéralisme souple que visent à promouvoir les doctrines constitutionnelles du caractère véritable, du double aspect et de la prépondérance fédérale. Ces doctrines se sont révélées les plus conformes aux conceptions modernes du fédéralisme canadien, qui reconnaissent les inévitables chevauchements de compétences. L'exclusivité des compétences devrait, en général, être limitée aux situations déjà traitées dans la jurisprudence. Concrètement, cela signifie qu'elle ne sera principalement destinée qu'aux chefs de compétence qui concernent les choses, personnes ou entreprises fédérales, ou encore qu'aux cas où son application a déjà été jugée absolument nécessaire pour permettre au Parlement ou à une législature provinciale de réaliser l'objectif pour lequel la compétence législative exclusive a été attribuée, selon ce qui ressort du partage constitutionnel des compétences dans son ensemble, ou qu'à ce qui est absolument nécessaire pour permettre à une entreprise d'accomplir son mandat dans ce qui constitue justement sa spécificité fédérale (ou provinciale). Si en théorie l'examen de l'exclusivité des compétences peut être entrepris une fois achevée l'analyse du caractère

of prior case law favouring its application to the subject matter at hand will generally justify a court proceeding directly to the consideration of federal paramountcy. [32-33] [42] [77-78]

Even in situations where the doctrine of interjurisdictional immunity is properly available, the level of the intrusion on the core of the power of the other level of government must be considered. To trigger the application of the immunity, it is not enough for the provincial legislation simply to affect that which makes a federal subject or object of rights specifically of federal jurisdiction. The difference between “affects” and “impairs” is that the former does not imply any adverse consequence whereas the latter does. In the absence of impairment, interjurisdictional immunity does not apply. It is when the adverse impact of a law adopted by one level of government increases in severity from affecting to impairing that the core competence of the other level of government or the vital or essential part of an undertaking it duly constitutes is placed in jeopardy, and not before. [48-49]

According to the doctrine of federal paramountcy, when the operational effects of provincial legislation are incompatible with federal legislation, the federal legislation must prevail and the provincial legislation is rendered inoperative to the extent of the incompatibility. The doctrine applies not only to cases in which the provincial legislature has legislated pursuant to its ancillary power to trench on an area of federal jurisdiction, but also to situations in which the provincial legislature acts within its primary powers, and Parliament pursuant to its ancillary powers. In order to trigger the application of the doctrine, the onus is on the party relying on the doctrine of federal paramountcy to demonstrate that the federal and provincial laws are in fact incompatible by establishing either that it is impossible to comply with both laws or that to apply the provincial law would frustrate the purpose of the federal law. [69-70] [75]

In the instant case, the pith and substance of the Alberta *Insurance Act* relates to property and civil rights in the province under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, and is a valid provincial law. The mere fact that the banks now participate in the promotion of insurance does not change the essential nature of the insurance activity, which remains a matter generally falling within provincial jurisdiction. [80-81]

The banks did not demonstrate that credit-related insurance is part of the basic, minimum and unassailable

véritable, en pratique, l'absence de décisions antérieures préconisant son application à l'objet du litige justifiera en général le tribunal de passer directement à l'examen de la prépondérance fédérale. [32-33] [42] [77-78]

Même dans les cas où la doctrine de l'exclusivité des compétences peut être utilisée, il faut examiner la mesure de l'empiètement sur le contenu essentiel de la compétence de l'autre ordre de gouvernement. Pour faire intervenir l'application de l'exclusivité, il ne suffit pas que la législation provinciale touche simplement la spécificité fédérale d'un sujet ou d'un objet fédéral. La différence entre la notion de « toucher » et celle d'« entraver » réside dans le fait que la première ne suppose pas de conséquences fâcheuses, contrairement à la seconde. En l'absence d'une entrave, la doctrine de l'exclusivité des compétences ne s'applique pas. C'est lorsque l'effet préjudiciable d'une loi adoptée par un ordre de gouvernement s'intensifie en passant de toucher à entraver que le contenu essentiel de la compétence de l'autre ordre de gouvernement, ou l'élément vital ou essentiel d'une entreprise établie par lui, est menacé, et pas avant. [48-49]

Selon la doctrine de la prépondérance fédérale, lorsque les effets d'une législation provinciale sont incompatibles avec une législation fédérale, la législation fédérale doit prévaloir et la législation provinciale être déclarée inopérante dans la mesure de l'incompatibilité. La doctrine s'applique non seulement dans les cas où la législature provinciale a légiféré en vertu de son pouvoir accessoire d'empiéter dans un domaine de compétence fédérale, mais aussi dans les situations où la législature provinciale agit dans le cadre de ses compétences principales, et le Parlement fédéral en vertu de ses pouvoirs accessoires. Pour déclencher l'application de cette doctrine, il revient à la partie qui invoque la doctrine de la prépondérance fédérale de démontrer une incompatibilité réelle entre les législations provinciale et fédérale, en établissant, soit qu'il est impossible de se conformer aux deux législations, soit que l'application de la loi provinciale empêcherait la réalisation du but de la législation fédérale. [69-70] [75]

En l'espèce, le caractère véritable de l'*Insurance Act* de l'Alberta a trait à la propriété et aux droits civils dans la province en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et cette loi est une loi provinciale valide. Le simple fait que les banques se livrent maintenant à la promotion d'assurance ne modifie en rien la nature essentielle de l'activité d'assurance, qui demeure une matière relevant généralement de la compétence provinciale. [80-81]

Les banques n'ont pas démontré que l'assurance crédit fait partie du contenu minimum élémentaire et

content of the banking power. While banking certainly includes the securing of loans by appropriate collateral, a bank in promoting optional insurance is not engaged in an activity vital or essential to banking. There is a difference between requiring collateral (a banking activity) and promoting the acquisition of a certain type of product that could then be used as collateral. The rigid demarcation sought by the banks between federal and provincial regulations would not only risk a legal vacuum, but also deny to lawmakers at both levels of government the flexibility to carry out their respective responsibilities. Furthermore, while s. 416(1) of the *Bank Act* allows bank corporations to engage in some insurance activities, it recognizes insurance as a business separate from banking. The banks themselves do not consider the insurance to be vital to their credit granting since apart from s. 418 mortgages, the loan agreement is not, in practice, made contingent on obtaining insurance. The bank cannot therefore be protected from operation of the *Insurance Act* by virtue of the doctrine of interjurisdictional immunity. [85-86] [89-92]

The doctrine of federal paramountcy is also inapplicable because neither operational incompatibility nor the frustration of a federal purpose have been made out. Since 2000, the banks have been promoting insurance in Alberta while complying with both the federal *Bank Act* and the provincial *Insurance Act*. This is not a case where the provincial law prohibits what the federal law permits. The federal legislation is permissive not exhaustive, and compliance by the banks with the provincial law complements, not frustrates, the federal purpose. [4] [98-100] [103]

Per Bastarache J.: All constitutional legal challenges to legislation should follow the same approach. First, the pith and substance of the provincial law and the federal law should be examined to ensure that they are both validly enacted laws and to determine the nature of the overlap, if any, between them. Second, the applicability of the provincial law to the federal undertaking or matter in question must be resolved with reference to the doctrine of interjurisdictional immunity. Third, only if both the provincial law and the federal law have been found to be valid pieces of legislation, and only if the provincial law is found to be applicable to the federal matter in question, then both statutes must be compared to determine whether the overlap between them constitutes a conflict sufficient to trigger

irréductible de la compétence sur les banques. Alors que les opérations bancaires comprennent certainement la protection des prêts par l'obtention d'une garantie suffisante, une banque ne se livre pas à une activité vitale ou essentielle à l'entreprise bancaire en faisant la promotion d'assurance facultative. Il existe une différence entre le fait d'exiger une garantie (une activité bancaire) et celui de promouvoir l'achat d'un certain type de produit qui pourrait ensuite être utilisé comme garantie. La démarcation tranchée que les banques cherchent à obtenir entre les règlements fédéraux et provinciaux risque non seulement de créer un vide juridique mais de priver les législateurs des deux ordres de gouvernement de la souplesse nécessaire pour qu'ils s'acquittent de leurs responsabilités respectives. De plus, si le par. 416(1) de la *Loi sur les banques* autorise les entreprises bancaires à mener certaines activités d'assurance, il reconnaît que l'assurance constitue un commerce distinct des opérations bancaires. Les banques elles-mêmes ne considèrent pas l'assurance comme un élément vital de leur activité d'octroi de crédit puisque, à l'exception des hypothèques visées par l'art. 418, la conclusion du prêt ne dépend pas, en pratique, de l'obtention d'une assurance. Les banques ne peuvent donc pas être soustraites à l'application de l'*Insurance Act* en vertu de la doctrine de l'exclusivité des compétences. [85-86] [89-92]

La doctrine de la prépondérance des lois fédérales est aussi inapplicable parce que ni l'incompatibilité d'application ni l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral n'ont été établies. Depuis l'an 2000, les banques font la promotion d'assurance en Alberta tout en respectant à la fois la *Loi sur les banques* fédérale et l'*Insurance Act* provinciale. Il ne s'agit pas d'un cas où la loi provinciale interdit ce que la loi fédérale permet. La disposition législative fédérale est permissive mais non exhaustive, et le respect de la loi provinciale par les banques n'entrave pas la réalisation de l'objectif fédéral mais la favorise. [4] [98-100] [103]

Le juge Bastarache : Les contestations judiciaires de nature constitutionnelle devraient toutes suivre le même modèle. Premièrement, il faut examiner le caractère véritable des dispositions législatives provinciales et fédérales pour s'assurer qu'elles ont toutes été valablement adoptées et pour déterminer la nature du chevauchement qui existe entre elles, le cas échéant. Deuxièmement, il faut trancher la question de l'applicabilité de la loi provinciale à l'entreprise ou la matière fédérale en cause en se fondant sur la doctrine de l'exclusivité des compétences. Troisièmement, ce n'est que si la loi provinciale et la loi fédérale ont toutes deux été déclarées valides, et que si la loi provinciale a été jugée applicable à la matière fédérale en question, que l'on doit comparer les deux lois afin de déterminer si le

the application of the doctrine of federal paramountcy. [112]

The *Insurance Act* is clearly a law in pith and substance about the regulation of the insurance industry within the province, and the particular provisions at issue are concerned with the licensing and regulation of insurance providers, promoters and agents. The provincial law applies to all persons providing or promoting insurance services, including banks. It is therefore valid legislation of general application enacted under the provincial legislative authority over property and civil rights in the province under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. As for the validity of the 1991 amendments to the *Bank Act*, they were not challenged by the parties. [116-117]

The federal head of power in issue here is “banking” under s. 91(15) of the *Constitution Act, 1867*. While deposit taking, credit granting in the form of loans and the taking of security for those loans are core elements of banking, clearly, the promotion of authorized insurance does not fall within that core because it is not essential to the function of banking. Insurance can never be security; it is rather the collateral created in relation to the granting of a bank loan. The insurance promoted is optional and can be cancelled at any time. In enacting the amendments to the *Bank Act*, Parliament intended banks to promote insurance, not as an expansion of the core of the banking power, but rather as a limited exception to the general prohibition against the promotion of certain lines of insurance. Parliament thereby drew a clear distinction between the business of banking and the business of insurance. Since the promotion of insurance does not come within the core of banking, the *Insurance Act* is not affecting that core in any important way. Therefore, no immunity arises in the circumstances. [118-123]

The doctrine of paramountcy does not apply in this case as there is no conflict between the provincial law and the federal law. The interaction between the two statutory schemes is one of harmony and complementarity, rather than frustration of Parliament’s legislative purpose. The aim of the amendments to the *Bank Act* and the associated regulations was to permit the banks to engage in the promotion of authorized insurance

chevauchement qui existe entre elles constitue un conflit suffisamment grave pour entraîner l’application de la doctrine de la prépondérance fédérale. [112]

L’*Insurance Act* est manifestement une loi dont le caractère véritable se rapporte à la réglementation du commerce de l’assurance dans la province, et les dispositions particulières en cause portent sur la délivrance de permis aux fournisseurs, promoteurs et agents d’assurance, et sur la réglementation de leurs activités. La loi provinciale s’applique à toutes les personnes qui fournissent des services d’assurance ou qui en font la promotion, y compris les banques. Il s’agit donc d’une disposition d’application générale valide édictée en vertu de la compétence législative provinciale sur la propriété et les droits civils dans la province conférée par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour ce qui est de la validité des modifications apportées en 1991 à la *Loi sur les banques*, les parties ne l’ont pas contestée. [116-117]

En l’espèce, le chef de compétence fédérale en cause est la compétence sur « les banques » conférée par le par. 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Si la réception de dépôts, l’octroi de crédit sous forme de prêts et la prise de sûretés à l’égard de ces prêts constituent les éléments essentiels des opérations bancaires, la promotion d’assurance autorisée ne fait manifestement pas partie de ces éléments parce qu’elle n’est pas essentielle au fonctionnement des banques. L’assurance ne peut jamais constituer une sûreté; elle constitue plutôt un élément accessoire à l’octroi d’un prêt bancaire. L’assurance dont on fait la promotion est facultative et peut être annulée en tout temps. En adoptant les modifications à la *Loi sur les banques*, le Parlement voulait que les banques se livrent à la promotion d’assurance non pas à la faveur d’un élargissement du contenu essentiel de la compétence sur les banques, mais plutôt à titre d’exception limitée à l’interdiction générale visant la promotion de certains types d’assurance. Le Parlement a ainsi établi une nette distinction entre le commerce des banques et celui de l’assurance. Puisque la promotion d’assurance ne fait pas partie du contenu essentiel des opérations bancaires, l’*Insurance Act* ne touche pas ce contenu essentiel d’une façon importante. Par conséquent, l’exclusivité ne joue pas dans les circonstances. [118-123]

La doctrine de la prépondérance fédérale ne s’applique pas en l’espèce puisqu’il n’y a pas de conflit entre la loi provinciale et la loi fédérale. L’interaction entre les deux régimes législatifs est une affaire d’harmonie et de complémentarité plutôt que d’entrave à l’objectif législatif du Parlement. Les modifications apportées à la *Loi sur les banques* et à ses règlements visaient à permettre aux banques de se livrer à la promotion de produits d’assurance

products and to spell out the types of products which could be validly promoted, not to set out the precise manner in which the promotion of insurance would be governed and regulated. Conversely, the aim of the provincial legislation was to provide a regulatory scheme for the promotion of insurance, but not to exercise any control over the kinds of insurance that banks may promote, or the extent to which they may do so, thereby maintaining the integrity of Parliament's legislative purpose. [124] [128]

Cases Cited

By Binnie and LeBel JJ.

Followed: *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 S.C.R. 86, 2007 SCC 23; **referred to:** *Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia*, [1977] 2 S.C.R. 504; *Canadian Pioneer Management Ltd. v. Labour Relations Board of Saskatchewan*, [1980] 1 S.C.R. 433; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, [2005] 2 S.C.R. 669, 2005 SCC 56; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Dominion Stores Ltd. v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 844; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*,

autorisée et à préciser les types de produits dont on pouvait valablement faire la promotion, et non à énoncer la manière précise dont la promotion d'assurance allait être régie et réglementée. À l'inverse, la loi provinciale visait à mettre en place un mécanisme de réglementation applicable à la promotion d'assurance, et non à exercer un contrôle sur les types d'assurance dont les banques peuvent faire la promotion, ou sur la mesure dans laquelle elles peuvent le faire, respectant ainsi l'intégrité de l'objectif poursuivi par le Parlement. [124] [128]

Jurisprudence

Citée par les juges Binnie et LeBel

Arrêt suivi: *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 86, 2007 CSC 23; **arrêts mentionnés:** *Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1977] 2 R.C.S. 504; *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan*, [1980] 1 R.C.S. 433; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Attorney-General for Ontario c. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Union Colliery Co. of British Columbia c. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Supermarchés Dominion Ltée c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 844; *Brasseries Labatt du Canada Ltée*

- [1987] 2 S.C.R. 2; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] 4 D.L.R. 657; *Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; *Derrickson v. Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 838; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868; *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897; *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1028, aff'g (1993), 13 O.R. (3d) 389; *Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641, leave to appeal refused, [2001] 1 S.C.R. ix; *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 66 D.L.R. (3d) 610; *Venchiarutti v. Longhurst* (1992), 8 O.R. (3d) 422; *Registrar of Motor Vehicles v. Canadian American Transfer Ltd.*, [1972] S.C.R. 811; *R. v. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.*, [1960] O.R. 497; *R. v. Greening* (1992), 43 M.V.R. (2d) 53; *R. v. TNT Canada Inc.* (1986), 37 D.L.R. (4th) 297; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581; *Re Public Utilities Commission and Victoria Cablevision Ltd.* (1965), 51 D.L.R. (2d) 716; *Attorney-General of Québec v. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 211; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55; *Paul v. Paul*, [1986] 1 S.C.R. 306; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248; *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178; *Attorney General of Québec v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Attorney General of Alberta v. Putnam*, [1981] 2 S.C.R. 267; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Rothmans, Benson & Hedges c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *SEFFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. c. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Ontario c. Winner*, [1954] 4 D.L.R. 657; *Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529; *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868; *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897; *Canadian Pacific Railway Co. c. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1028, conf. (1993), 13 O.R. (3d) 389; *Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641, autorisation de pourvoi refusée, [2001] 1 R.C.S. ix; *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 66 D.L.R. (3d) 610; *Venchiarutti c. Longhurst* (1992), 8 O.R. (3d) 422; *Registrar of Motor Vehicles c. Canadian American Transfer Ltd.*, [1972] R.C.S. 811; *R. c. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.*, [1960] O.R. 497; *R. c. Greening* (1992), 43 M.V.R. (2d) 53; *R. c. TNT Canada Inc.* (1986), 37 D.L.R. (4th) 297; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581; *Re Public Utilities Commission and Victoria Cablevision Ltd.* (1965), 51 D.L.R. (2d) 716; *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55; *Paul c. Paul*, [1986] 1 R.C.S. 306; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248; *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178; *Procureur général du Québec c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Procureur*

Inc. v. Saskatchewan, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13; *Gregory Co. v. Imperial Bank of Canada*, [1960] C.S. 204; *Commissioners of the State Savings Bank of Victoria v. Permewan, Wright & Co.* (1914), 19 C.L.R. 457; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Turgeon v. Dominion Bank*, [1930] S.C.R. 67; *Bank of Nova Scotia v. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)* (2003), 11 B.C.L.R. (4th) 206, leave to appeal refused, [2003] 3 S.C.R. viii; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297.

By Bastarache J.

Referred to: *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 S.C.R. 86, 2007 SCC 23; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Tenant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Bank of Nova Scotia v. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)* (2003), 11 B.C.L.R. (4th) 206; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40.

Statutes and Regulations Cited

Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 409, 416, 418.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 91(15), 92, 92(13), (16).
Insurance Act, R.S.A. 2000, c. I-3, ss. 1(n), (bb), 454, 468(1), 480, 482, 486, 500, 764.
Insurance Agents and Adjusters Regulation, A.R. 122/2001, ss. 12(1), 14, 15, 16, 17, 18.
Insurance Business (Banks and Bank Holding Companies) Regulations, SOR/92-330, ss. 2 “authorized type of insurance”, “personal accident insurance”, 7(2).
Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, c. P-7.

Authors Cited

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.

général de l'Alberta c. Putnam, [1981] 2 R.C.S. 267; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13; *Gregory Co. c. Imperial Bank of Canada*, [1960] C.S. 204; *Commissioners of the State Savings Bank of Victoria c. Permewan, Wright & Co.* (1914), 19 C.L.R. 457; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Turgeon c. Dominion Bank*, [1930] R.C.S. 67; *Bank of Nova Scotia c. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)* (2003), 11 B.C.L.R. (4th) 206, autorisation de pourvoi refusée, [2003] 3 R.C.S. viii; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297.

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 86, 2007 CSC 23; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Tenant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Bank of Nova Scotia c. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)* (2003), 11 B.C.L.R. (4th) 206; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40.

Lois et règlements cités

Insurance Act, R.S.A. 2000, ch. I-3, art. 1n), bb), 454, 468(1), 480, 482, 486, 500, 764.
Insurance Agents and Adjusters Regulation, A.R. 122/2001, art. 12(1), 14, 15, 16, 17, 18.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 91(15), 92, 92(13), (16).
Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 409, 416, 418.
Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, ch. P-7.
Règlement sur le commerce de l'assurance (banques et sociétés de portefeuille bancaires), DORS/92-330, art. 2 « assurance accidents corporels », « assurance autorisée », 7(2).

Doctrine citée

Association des banquiers canadiens. *Guide des services financiers canadiens : Votre guide des produits*

- Canada. Department of Finance. Report of the Task Force on the Future of the Canadian Financial Services Sector. *Change Challenge Opportunity*. Ottawa: Department of Finance, 1998.
- Canada. Department of Finance. Task Force on the Future of the Canadian Financial Services Sector. *Change Challenge Opportunity*. Background Paper #2. *Organizational Flexibility for Financial Institutions: A Framework to Enhance Competition*. Ottawa: Department of Finance, 1998.
- Canada. Department of Finance. *The Regulation of Canadian Financial Institutions: Proposals for Discussion*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Finance. *The Future Starts Now: A Study on the Financial Services Sector in Canada*. Ottawa: House of Commons, 1998.
- Canada. Senate. Sixteenth Report of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. *Towards a More Competitive Financial Environment*. Ottawa: The Senate, 1986.
- Canadian Bankers Association. *Your Guide to Financial Services: An overview of Canadian financial products and services*. Toronto: Canadian Bankers Association, 1999.
- Gélinas, Fabien. “La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences: éléments de systématisation”, dans *Mélanges Jean Beetz*. Montréal: Thémis, 1995, 471.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).
- Laskin, Bora. *Canadian Constitutional Law: Cases, Text and Notes on Distribution of Legislative Power*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1969.
- Leclair, Jean. “The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity” (2003), 28 *Queen’s L.J.* 411.
- Magnet, Joseph Eliot. *Constitutional Law of Canada: Cases, Notes and Materials*, vol. 1, 8th ed. Edmonton: Juriliber, 2001.
- McDonald, Patrick N. “The B.N.A. Act and the Near Banks: A Case Study in Federalism” (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 155.
- Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, “essential”, “vital”.
- Weiler, Paul C. “The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism” (1973), 23 *U.T.L.J.* 307.
- et services financiers*. Toronto : Association des banquiers canadiens, 1999.
- Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent des finances. *L’avenir commence maintenant : Une étude sur le secteur des services financiers au Canada*. Ottawa : Chambre des communes, 1998.
- Canada. Ministère des Finances. Groupe de travail sur l’avenir du secteur des services financiers canadien. *Changement, défis et possibilités*. Document d’information n^o 2. *Souplesse d’organisation des institutions financières : un cadre d’intensification de la concurrence*. Ottawa : Ministère des Finances, 1998.
- Canada. Ministère des Finances. *La réglementation des institutions financières du Canada : Propositions à considérer*. Ottawa : Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1985.
- Canada. Ministère des Finances. Rapport du Groupe de travail sur l’avenir du secteur des services financiers canadien. *Changement, défis et possibilités*. Ottawa : Ministère des Finances, 1998.
- Canada. Sénat. Seizième rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Vers une plus grande compétitivité dans le secteur financier*. Ottawa : Le Sénat, 1986.
- Gélinas, Fabien. « La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences : éléments de systématisation », dans *Mélanges Jean Beetz*. Montréal : Thémis, 1995, 471.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).
- Laskin, Bora. *Canadian Constitutional Law : Cases, Text and Notes on Distribution of Legislative Power*, 3rd ed. Toronto : Carswell, 1969.
- Leclair, Jean. « The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28 *Queen’s L.J.* 411.
- Magnet, Joseph Eliot. *Constitutional Law of Canada : Cases, Notes and Materials*, vol. 1, 8th ed. Edmonton : Juriliber, 2001.
- McDonald, Patrick N. « The B.N.A. Act and the Near Banks : A Case Study in Federalism » (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 155.
- Nouveau Petit Robert*. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2006, « essentiel », « vital ».
- Weiler, Paul C. « The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism » (1973), 23 *U.T.L.J.* 307.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (McFadyen, Hunt and Berger J.J.A.) (2005), 39 Alta. L.R. (4th) 1, 361 A.R. 112, 249

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges McFadyen, Hunt et Berger) (2005), 39 Alta. L.R. (4th) 1, 361 A.R. 112, 249

D.L.R. (4th) 523, [2005] 6 W.W.R. 226, 18 C.C.L.I. (4th) 161, [2005] A.J. No. 21 (QL), 2005 ABCA 12, affirming a decision of Slatter J. (2003), 21 Alta. L.R. (4th) 22, 343 A.R. 89, [2004] 5 W.W.R. 108, 4 C.C.L.I. (4th) 59, [2003] A.J. No. 1166 (QL), 2003 ABQB 795. Appeal dismissed.

Neil Finkelstein, Jeffrey W. Galway and Catherine Beagan Flood, for the appellants.

Robert J. Normey, L. Christine Enns and Nick Parker, for the respondent.

Peter M. Southey, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robin K. Basu and Bay Ryley, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Alain Gingras, for the intervener the Attorney General of Quebec.

John G. Furey, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Sarah Macdonald, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Thomson Irvine and James Hall, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Katharine L. Hurlburt and Dale Gibson, for the intervener the Alberta Insurance Council.

David Stratas and Sara Gelgor for the intervener the Financial Advisors Association of Canada.

Terrence J. O'Sullivan and M. Paul Michell, for the interveners AIG Life Insurance Company of Canada et al.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

BINNIE AND LEBEL JJ. —

I. Introduction

¹ The framers of the *Constitution Act, 1867* must have thought that the content of the federal power

D.L.R. (4th) 523, [2005] 6 W.W.R. 226, 18 C.C.L.I. (4th) 161, [2005] A.J. No. 21 (QL), 2005 ABCA 12, qui a confirmé une décision du juge Slatter (2003), 21 Alta. L.R. (4th) 22, 343 A.R. 89, [2004] 5 W.W.R. 108, 4 C.C.L.I. (4th) 59, [2003] A.J. No. 1166 (QL), 2003 ABQB 795. Pourvoi rejeté.

Neil Finkelstein, Jeffrey W. Galway et Catherine Beagan Flood, pour les appelantes.

Robert J. Normey, L. Christine Enns et Nick Parker, pour l'intimée.

Peter M. Southey, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robin K. Basu et Bay Ryley, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alain Gingras, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

John G. Furey, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Sarah Macdonald, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Thomson Irvine et James Hall, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Katharine L. Hurlburt et Dale Gibson, pour l'intervenante Alberta Insurance Council.

David Stratas et Sara Gelgor pour l'intervenante l'Association des conseillers en finance du Canada.

Terrence J. O'Sullivan et M. Paul Michell, pour les intervenantes Compagnie d'Assurance-Vie AIG du Canada et autres.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron rendu par

LES JUGES BINNIE ET LEBEL —

I. Introduction

Les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont dû penser que le contenu de la compétence

over “Banking, Incorporation of Banks, and the Issue of Paper Money” (s. 91(15)) was tolerably clear. Banking, according to one early authority, is more or less what “com[es] within the legitimate business of a banker” (*Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (P.C.), at p. 46). Bankers today are not limited in their activities to the activities their predecessors pursued in the nineteenth century. In recent years, they have persuaded Parliament to open the door to lines of business formerly closed to them, such as the promotion (though not underwriting) of certain lines of insurance. Indeed, more generally, there has been a blurring of the traditional “four pillars” of the Canadian financial services industry, which formerly were neatly divided into banks, trust companies, insurance companies, and security dealers, the first under federal regulation and the last three regulated by the provinces.

The question that arises on this appeal is the extent to which banks, as federally regulated financial institutions, must comply with provincial laws regulating the promotion and sale of insurance. Specifically, we are required to consider whether and to what extent the market conduct rules enacted for consumer protection in Alberta’s *Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. I-3, govern the promotion of credit-related insurance by banks as now permitted under the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, as amended.

The appellant banks say that the provincial insurance regulations strike at the core of what banking is all about, namely enhancing the security of loan portfolios. As the appellants’ counsel puts it, “the primary character of this insurance, tied as it is to the provision of loans by banks of their own loans, is security collateral for bank loans” (transcript, at p. 23) and such promotion therefore “lies at the core of what the bank does, lend money and take security” (transcript, at p. 11). Further, “the lending of money and the promotion of security are intimately

fédérale sur « [l]es banques, l’incorporation des banques et l’émission du papier-monnaie » (par. 91(15)) était suffisamment clair. Selon une jurisprudence ancienne, les opérations bancaires englobent plus ou moins ce qui [TRADUCTION] « entre dans l’entreprise légitime d’un banquier » (*Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (C.P.), p. 46). Les activités des banquiers, de nos jours, ne se limitent pas à celles auxquelles se livraient leurs prédécesseurs au dix-neuvième siècle. Au cours des dernières années, ils ont convaincu le Parlement de leur donner accès à des secteurs d’activités qui leur étaient autrefois fermés, comme la promotion (mais non la souscription) de certaines assurances. De façon plus générale, les distinctions entre les [TRADUCTION] « quatre piliers » traditionnels du secteur canadien des services financiers, qui se divisaient jadis nettement en banques, sociétés de fiducie, sociétés d’assurances et maisons de courtage de valeurs, les premières étant assujetties à la réglementation fédérale et les trois dernières à celle des provinces, se sont d’ailleurs estompées.

La question qui se pose dans le présent pourvoi concerne la mesure dans laquelle les banques, en tant qu’institutions financières régies par le droit fédéral, doivent respecter les lois provinciales réglementant la promotion et la vente d’assurance. Plus particulièrement, nous sommes appelés à décider si et dans quelle mesure les règles de surveillance des pratiques du marché visant la protection du consommateur contenues dans la loi de l’Alberta intitulée *Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. I-3, s’appliquent à la promotion par les banques d’assurance liée au crédit maintenant permise en vertu de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, modifiée.

Les banques appelantes affirment que la réglementation provinciale sur les assurances touche au cœur même de l’essence des banques, à savoir l’amélioration de la sécurité des portefeuilles de prêts. Comme l’a dit l’avocat des appelantes, [TRADUCTION] « la principale raison d’être de cette assurance, si liée à l’octroi de prêts par les banques, est la garantie accessoire des prêts consentis par celles-ci » (transcription, p. 23) et une telle promotion, par conséquent, [TRADUCTION] « constitue un aspect fondamental des activités

“tied together and together go to the core of banking” (transcript, at p. 13). The regulations cannot, the appellants say, be allowed to affect such a vital part of their banking undertaking. Alternatively, the appellants argue, the provincial regulations are in operational conflict with the *Bank Act* and its regulations, and the application of the provincial law would frustrate Parliament’s purpose.

des banques, qui consistent à prêter de l’argent et à prendre des garanties » (transcription, p. 11). En outre, [TRADUCTION] « le prêt d’argent et l’amélioration de la sécurité sont étroitement interreliés et sont tous deux des éléments du contenu essentiel des opérations bancaires » (transcription, p. 13). Selon les appelantes, on ne saurait permettre que cette réglementation agisse sur un élément aussi essentiel de leur entreprise bancaire. Subsidiativement, les appelantes plaident qu’il existe un conflit d’application entre la réglementation provinciale et la *Loi sur les banques* et ses règlements, et que l’application de la loi provinciale entraverait la réalisation de l’objectif du Parlement.

4 We agree with the conclusion of the courts in Alberta that the appellants’ claim to interjurisdictional immunity should be rejected. The fact that Parliament allows a bank to enter into a provincially regulated line of business such as insurance cannot, by federal statute, unilaterally broaden the scope of the exclusive legislative power granted by the *Constitution Act, 1867*. When promoting insurance, the banks are participating in the business of insurance and only secondarily furthering the security of their loan portfolios, as the evidentiary record clearly established. This means, it is true, that banks will have to comply with both federal and provincial laws, but when federally regulated entities take part in provincially regulated activities there will inevitably result a measure of jurisdictional overlap. Nevertheless, the paramountcy doctrine is not engaged. Absent conflict with a valid federal law, valid provincial legislation will apply. Here there is no operational conflict. Compliance by the banks with provincial insurance laws will complement, not frustrate, the federal purpose. On both branches of the appellants’ argument, the appeal should be dismissed.

Nous sommes d’accord avec les tribunaux de l’Alberta qui ont conclu qu’il faut rejeter la demande des appelantes fondée sur la doctrine de l’exclusivité des compétences. Le fait que le Parlement permette aux banques d’avoir accès à un secteur d’activités régi par le droit provincial comme les assurances ne peut, par le jeu d’une loi fédérale, élargir unilatéralement la portée de la compétence législative exclusive accordée par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Lorsqu’elles font de la promotion d’assurance, les banques se livrent au commerce de l’assurance, et comme la preuve l’a clairement établi, ce n’est qu’accessoirement qu’elles améliorent la sécurité de leurs portefeuilles de prêts. Certes, cela signifie que les banques doivent respecter à la fois les lois fédérales et provinciales, mais lorsque des entités régies par le droit fédéral participent à des activités réglementées par les lois provinciales, il en résulte forcément un certain chevauchement de compétences. Néanmoins, la règle de la prépondérance n’entre pas en jeu. En l’absence de conflit avec une loi fédérale valide, les textes législatifs provinciaux valides s’appliquent. Il n’existe en l’espèce aucun conflit d’application. Le respect des lois provinciales sur l’assurance par les banques n’entrave pas la réalisation de l’objectif du Parlement mais la favorise. À l’égard des deux volets de l’argumentation des appelantes, le pourvoi doit être rejeté.

II. Facts

II. Les faits

5 Revisions to the *Bank Act* in 1991 permitted banks to engage in the promotion of certain types

Les modifications apportées à la *Loi sur les banques* en 1991 ont permis aux banques de se lancer

of insurance, an activity from which, historically, they had been excluded. The Canadian Bankers Association chronicled this evolution in a consumer information booklet entitled *Your Guide to Financial Services: An overview of Canadian financial products and services* (1999), as follows:

Up until the mid-20th century, the bank's main function was to act as society's "financial intermediary," pooling the funds of savers through deposit-taking and making them available to borrowers. While their core services are still deposits and loans, banks have expanded to offer hundreds of different products and services to a diverse clientele. Offerings include basic savings and chequing accounts, RRSPs, money orders, foreign exchange, letters of credit, mortgages, financial planning, insurance products such as creditor life insurance and investment products. [Emphasis added; p. 5.]

Specifically, the *Bank Act* and its *Insurance Business (Banks and Bank Holding Companies) Regulations*, SOR/92-330 ("IBRs"), now authorize banks to promote at their branches eight kinds of insurance ("authorized insurance") as follows:

(a) *credit or charge card-related insurance*: this insurance covers damage to goods acquired with a credit card, including rented vehicles;

(b) *creditors' disability insurance*: the insurer will pay all or part of a bank loan if a borrower becomes disabled. The beneficiary of the policy is the bank. The amount of the insurance usually corresponds to the amount of the payments that fall due during the period of disability;

(c) *creditors' life insurance*: this is a group insurance policy which pays off the loan when the borrower dies. The beneficiary is the bank, and the amount of the insurance is the amount of the loan outstanding from time to time, subject to any limits in the policy;

(d) *creditors' loss of employment insurance*: the insurer pays all or part of the debt owed to the bank

dans la promotion de certains types d'assurances, une activité dont elles avaient depuis toujours été exclues. Dans une brochure d'information destinée aux consommateurs intitulée *Guide des services financiers canadiens : Votre guide des produits et services financiers* (1999), l'Association des banquiers canadiens a décrit ainsi cette évolution :

Jusqu'au milieu du 20^e siècle, les banques avaient pour premier mandat d'agir comme intermédiaire financier, en recueillant les dépôts des épargnants et en les mettant à la disposition des emprunteurs. Si leurs principales activités demeurent toujours les dépôts et les prêts, les banques les ont élargies pour offrir des centaines de produits et de services différents à une clientèle variée. Parmi cet éventail, on trouve les comptes d'épargne et de chèques de base, les REER, les mandats bancaires, les services de change, les lettres de crédit, les prêts hypothécaires, la planification financière, les produits d'assurance comme l'assurance-vie des créanciers et les placements. [Je souligne; p. 5.]

Plus particulièrement, la *Loi sur les banques* et son *Règlement sur le commerce de l'assurance (banques et sociétés de portefeuille bancaires)*, DORS/92-330 (« RCA »), autorisent maintenant les banques à faire la promotion, dans leurs succursales, des huit types d'assurances (« assurance autorisée ») suivants :

a) *assurance carte de crédit ou de paiement* : cette assurance couvre les dommages causés aux marchandises achetées par carte de crédit, y compris les véhicules loués;

b) *assurance-invalidité de crédit* : l'assureur s'engage à rembourser la totalité ou une partie du prêt en cas d'invalidité du débiteur. Le bénéficiaire de la police est la banque. Le montant de l'assurance correspond habituellement à celui des paiements exigibles durant la période d'invalidité;

c) *assurance-vie de crédit* : il s'agit d'une police d'assurance collective qui rembourse le prêt au décès du débiteur. Le bénéficiaire est la banque, et le montant de l'assurance correspond au solde courant du prêt, sous réserve des limites fixées par la police;

d) *assurance crédit en cas de perte d'emploi* : l'assureur rembourse la totalité ou une partie de la

if the borrower becomes unemployed. The beneficiary is the bank, and the amount of the insurance would generally be the amount of payments falling due while the borrower is unemployed;

(e) *creditors' vehicle inventory insurance*: the insurer covers damage to vehicles held as inventory by customers of the bank (usually dealerships) where the vehicles have been financed by the bank and pledged as collateral for repayment of the bank loan;

(f) *export credit insurance*: the insurer protects an exporter against non-payment by the purchaser of the goods. Where the bank has provided financing to the exporter's business, the insurance will generally be assigned to the bank as collateral for the loan;

(g) *mortgage insurance*: this insures the bank against default by one of its mortgagors. The beneficiary of the policy is the bank, the amount payable under the policy is the balance outstanding on the mortgage (usually the net after proceeds of foreclosure), and the insured risk is default by the mortgagor;

(h) *travel insurance*: the insurer will pay losses arising from the cancellation of trips, the loss of personal property while on a trip, the loss of baggage, as well as medical expenses incurred on a trip.

7

The evidence showed that a large percentage of the banks' customers purchase credit-related insurance. Therefore, even though the purchase is optional, the fact is that promotion of insurance as collateral may to some extent increase the security of the banks' overall loan portfolio. The trial judge considered this effect to be small. He found that banks generally insist on adequate collateral *before* the loan is made, and the decision to grant credit is not afterwards reconsidered if the borrower declines the offer of optional insurance. From the bank's perspective, its position is already fully protected. The availability of yet more collateral in

dette envers la banque en cas de perte d'emploi du débiteur. Le bénéficiaire est la banque, et le montant de l'assurance correspond généralement à celui des paiements exigibles pendant que le débiteur est sans emploi;

e) *assurance crédit pour stocks de véhicules* : l'assureur couvre les dommages causés aux véhicules que les clients de la banque (habituellement des concessionnaires) ont en stock lorsque ces véhicules ont été financés par la banque et cédés en garantie du remboursement du prêt consenti par celle-ci;

f) *assurance crédit des exportateurs* : l'assureur protège l'exportateur contre le défaut de paiement par l'acheteur des biens. Lorsque la banque finance l'entreprise de l'exportateur, l'assurance lui est généralement cédée en garantie du remboursement du prêt;

g) *assurance hypothèque* : cette assurance protège la banque contre la défaillance d'un débiteur hypothécaire. Le bénéficiaire est la banque, et la somme payable en vertu de la police correspond au solde courant de l'hypothèque (habituellement le produit net après forclusion), et le risque assuré est la défaillance du débiteur hypothécaire;

h) *assurance voyage* : l'assureur s'engage à compenser les pertes résultant de l'annulation de voyages, la perte de biens personnels pendant un voyage et la perte de bagages, ainsi qu'à rembourser les dépenses médicales engagées pendant un voyage.

La preuve démontre qu'une forte proportion des clients des banques achètent de l'assurance liée au crédit. Donc, même si l'achat est facultatif, il reste que la promotion d'assurance à titre de garantie peut, dans une certaine mesure, améliorer la sécurité de l'ensemble des portefeuilles de prêts des banques. Le juge de première instance a accordé peu d'importance à cette incidence. Il a conclu que les banques exigent généralement une garantie suffisante *avant* que le prêt soit consenti, et la décision d'accorder le crédit n'est pas modifiée par la suite si le débiteur décline l'offre d'assurance facultative. Du point de vue de la banque, sa position est

the form of after-acquired insurance may therefore simply pile Mount Pelion on Olympus.

The trial judge noted that of these eight types of insurance “products” only mortgage insurance and export credit insurance actually insure against the risk of default in the payment of a loan. In contrast, credit-card related insurance and travel insurance, including personal accident insurance, have no significant connection to the amount of a loan owed to a bank and are payable irrespective of any default. While he recognized that insurance against the risk of a customer’s disability or of loss of life or of employment enhances the safety of the bank’s loan portfolio, the risk insured against is not default on the payment of the loan but the insured’s disability or loss of life or of employment. The insurance, which is entirely optional for the borrower, is promoted on the basis of providing the borrower (not the bank) with peace of mind. The insurer will generally be required to pay the proceeds of the insurance directly to the bank in the event the risk materializes, even if the loan remains in good standing and there is no question about the insured’s ability to pay. As the trial judge noted, “[r]emoving the necessity for the bank to pursue widows and orphans can undoubtedly improve the bank-customer relationship, although it is difficult to determine how big a factor this would be” ((2003), 343 A.R. 89, 2003 ABQB 795, at para. 41).

The trial judge added that the way in which banks promote insurance varies somewhat from product to product. Credit card and travel insurance coverage are generally sold as a feature of credit cards. Mortgage insurance is promoted in concert with the granting of mortgages (although it is mandatory under s. 418 of the *Bank Act* in the case of a high-ratio mortgage worth more than 75 percent of the value of the mortgaged residence). The insurance relating to a calamity in the life of a debtor (disability, unemployment and death) is sometimes

déjà pleinement protégée. La possibilité d’obtenir encore plus de garantie sous la forme d’une assurance achetée après coup revient donc, pour ainsi dire, à coiffer l’Olympe de la montagne Pelée.

Le juge de première instance a fait observer que de ces huit types de « produits » d’assurance, seules l’assurance hypothèque et l’assurance des exportateurs couvrent véritablement le risque de défaillance à l’égard du remboursement d’un prêt. L’assurance carte de crédit et l’assurance voyage, dont l’assurance individuelle contre les accidents, par contre, ne possèdent aucun lien significatif avec le montant d’un prêt contracté auprès d’une banque, et sont payables indépendamment de toute défaillance. Tout en reconnaissant que l’assurance contre l’invalidité, le décès ou la perte d’emploi d’un client améliore la sécurité du portefeuille de prêts de la banque, il a rappelé que le risque assuré n’est pas la défaillance à l’égard du remboursement du prêt mais l’invalidité, le décès ou la perte d’emploi de l’assuré. La promotion de cette assurance, qui est entièrement facultative pour l’emprunteur, est assurée en misant sur la tranquillité d’esprit qu’elle apporte à l’emprunteur (et non à la banque). Lorsque le risque se concrétise, on demande généralement à l’assureur de verser le produit de l’assurance directement à la banque, et ce, même si le prêt reste en règle et que la capacité de payer de l’assuré n’est pas mise en doute. Comme le juge de première instance l’a souligné, [TRADUCTION] « [s]’il est vrai que la suppression de l’obligation des banques de poursuivre les veuves et les orphelins peut améliorer la relation banque-client, il est toutefois difficile d’apprécier l’importance de ce facteur » ((2003), 343 A.R. 89, 2003 ABQB 795, par. 41).

Le juge de première instance a ajouté que la façon dont les banques font la promotion de l’assurance varie quelque peu d’un produit à l’autre. Les polices d’assurances carte de crédit et voyage sont généralement vendues en tant que caractéristiques des cartes de crédit. La promotion de l’assurance hypothèque est faite au moment où les hypothèques sont consenties (bien qu’elle soit obligatoire, selon l’art. 418 de la *Loi sur les banques*, dans le cas d’un prêt hypothécaire à proportion élevée excédant 75 pour 100 de la valeur de la résidence

promoted at the time the loan is taken out but is also promoted quite independently by direct mail or through telemarketers. If the borrower answers certain health questions in the negative, the insurance is automatically approved through a group policy.

hypothéquée). La promotion de l'assurance relative à la survenance d'une catastrophe dans la vie du débiteur (invalidité, perte d'emploi et décès) se fait parfois au moment où le prêt est contracté, parfois d'une manière indépendante, par publipostage direct ou par l'intermédiaire de télévendeurs. Si l'emprunteur répond par la négative à certaines questions sur sa santé, l'assurance est automatiquement approuvée dans le cadre d'une police collective.

10 In 2000, Alberta enacted changes to its *Insurance Act* purporting to make federally chartered banks subject to the provincial licensing scheme governing the promotion of insurance products. Under s. 454, a bank wanting to promote insurance must obtain a "restricted insurance agent's certificate of authority". The banks thereby became subject to market standards regulation including, for example, s. 486 that requires training procedures to be in place, s. 500 that targets misrepresentations about the levels of premiums, and ss. 480 and 764 that provide sanctions for non-compliance and improper market conduct. In addition, the statute empowers the provincial Minister of Finance to make regulations respecting the ethical, operational and trade practices of agents. It is consumer protection legislation.

En l'an 2000, l'Alberta a apporté à son *Insurance Act* des modifications visant à assujettir les banques à charte fédérale au régime provincial de délivrance de permis régissant la promotion des produits d'assurance. Selon l'art. 454, une banque qui désire faire de la promotion d'assurance doit obtenir un [TRADUCTION] « certificat restreint d'agent d'assurance ». Les banques sont ainsi devenues assujetties à la réglementation sur les normes du marché comme, par exemple, l'art. 486 qui exige la mise en place d'une procédure de formation, l'art. 500 qui vise les fausses déclarations concernant les primes nivelées, et les art. 480 et 764 qui prévoient des sanctions en cas de non-respect de la loi et de mauvaise conduite. La loi habilite en outre le ministre provincial des Finances à prendre des règlements concernant la déontologie et les pratiques opérationnelles et commerciales des agents. Il s'agit de dispositions législatives visant la protection du consommateur.

11 Upon the coming into force of the *Insurance Act*, the appellant banks sought a declaration that their promotion of insurance is "banking" under s. 91(15) of the *Constitution Act, 1867* and that the *Insurance Act* and its associated regulations are constitutionally inapplicable and/or inoperative to the banks' promotion of insurance.

Dès l'entrée en vigueur de l'*Insurance Act*, les banques appelantes ont sollicité un jugement déclarant que la promotion d'assurance à laquelle elles se livrent entre dans la catégorie des opérations des « banques » énoncée au par. 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et que l'*Insurance Act* et ses règlements d'application sont constitutionnellement inapplicables ou inopérants à l'égard de la promotion d'assurance par les banques.

III. Judicial History

A. *Court of Queen's Bench of Alberta* (2003), 343 A.R. 89, 2003 ABQB 795

III. Historique judiciaire

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (2003), 343 A.R. 89, 2003 ABQB 795

12 Slatter J. noted that, except for mortgages for an amount in excess of 75 percent of the home value,

Le juge Slatter a fait observer que, sauf pour les hypothèques dont le montant excède 75 pour 100

the purchase of insurance by a bank customer is optional. Being optional, it is obviously not considered by the bank as vital and essential to its undertaking. The trial judge concluded, on the evidence, that in the majority of cases where the loan is paid by insurance, the borrower would in any event have been able to retire the loan without the insurance. The trial judge found as fact that “[t]he overall effect on portfolio strength is small, and is not the main reason why the banks promote insurance” (para. 48). Instead, he concluded:

On this record it is clear that the primary reason the banks want to promote authorized types of insurance is because they make a profit from it. The sale of insurance is simply another product line, no more and no less. [para. 53]

Slatter J. held that the *Insurance Act* was not rendered inapplicable to the banks under the doctrine of interjurisdictional immunity. He reviewed the evidence in detail. The insurance is not part of the credit-making decision and, on the evidence, has almost nothing at all to do with the granting of loans. He ruled:

On this record it is not possible to say that the promotion of insurance is an “unassailable part” of the credit [granting] process or banking. It is collateral or “subsidiary” to both; a new product and profit centre unrelated to core banking. The promotion of insurance is analogous to mortgage lending and the sale of registered retirement savings plans which, while carried on by banks, are not a part of “banking” for constitutional purposes. This conclusion is particularly compelling for those types of insurance that have no relation to loan balances, but it applies to all insurance. [para. 173]

As to the doctrine of federal paramountcy, Slatter J. held that “the provincial regulatory scheme does not frustrate Parliament’s intentions in empowering the banks to promote insurance; the provincial regulations complement the new powers

de la valeur de la résidence, l’achat d’assurance par un client de la banque est facultatif. Cet achat étant facultatif, il n’est sûrement pas considéré par la banque comme un élément vital et essentiel de son entreprise. Le juge de première instance a conclu, au regard de la preuve, que dans la majorité des cas où le prêt est remboursé par assurance, l’emprunteur aurait de toute façon été en mesure de procéder audit remboursement sans l’assurance. Le juge de première instance a tiré la conclusion de fait que [TRADUCTION] « l’incidence globale sur la valeur du portefeuille est de faible importance et ne constitue pas la principale raison pour laquelle les banques font la promotion d’assurance » (par. 48). Il a plutôt conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans le présent dossier, il est clair que la raison première qui pousse les banques à vouloir faire la promotion d’assurance autorisée tient au fait qu’elles en tirent un bénéfice. La vente d’assurance ne représente ni plus ni moins qu’une autre gamme de produits. [par. 53]

Le juge Slatter a jugé que l’*Insurance Act* n’était pas, de par la doctrine de l’exclusivité des compétences, inapplicable aux banques. Il a examiné la preuve en détail. L’assurance ne fait pas partie de la décision d’accorder du crédit et n’a, selon la preuve, presque rien à voir avec l’octroi de prêts. Il a statué comme suit :

[TRADUCTION] Dans le présent dossier, on ne peut pas dire que la promotion d’assurance constitue un « élément irréductible » du processus d’octroi de crédit ou des opérations bancaires. Il s’agit d’une partie accessoire ou « auxiliaire » de ceux-ci, d’un nouveau produit et centre de revenu n’ayant aucun rapport avec les opérations bancaires de base. La promotion d’assurance s’assimile au crédit hypothécaire et à la vente de régimes enregistrés d’épargne-retraite qui, même s’ils sont pratiqués par les banques, n’entrent pas dans les opérations des « banques » sur le plan constitutionnel. Cette conclusion, qui s’impose encore davantage à l’égard des types d’assurances n’ayant rien à voir avec les soldes des prêts, s’applique à toutes les assurances. [par. 173]

À propos de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales, le juge Slatter a conclu que [TRADUCTION] « la réglementation provinciale ne va pas à l’encontre de l’intention qu’avait le Parlement en autorisant les banques à faire la

of the banks. There is no operational conflict. The doctrine of paramountcy is not engaged on this record” (para. 204).

B. *Court of Appeal of Alberta (McFadyen, Hunt and Berger J.J.A.)* (2005), 39 Alta. L.R. (4th) 1, 2005 ABCA 12

15 Hunt J.A., writing for herself and McFadyen J.A., agreed with the trial judge’s conclusion that the impugned provisions of the *Insurance Act* apply to banks. Only the “basic, minimum and unassailable core” of a matter under federal jurisdiction is immune from provincial regulations. The banks’ insurance products are (except in the case of certain mortgage loans) not mandatory, can be cancelled independently by the consumer, are often not promoted until after the loan arrangement has been finalized, are not triggered by default on the loan and are often terminated by default on loan payments. They agreed with the trial judge that “the insurance is mostly optional and outside the Banks’ control. Borrowers’ insurance-related decisions do not affect the Banks’ credit-granting decisions” (para. 81).

16 Hunt and McFadyen J.J.A. also rejected the application of federal paramountcy. There was no conflict between the provincial and federal laws. The insurance provisions contained in the *Bank Act* and *IBRs* are permissive rather than exhaustive. Nothing in the federal enactments or the legislative history suggests a parliamentary intent to authorize banks to promote insurance without complying with otherwise valid provincial laws. There is no operational incompatibility.

17 In concurring reasons, Berger J.A. emphasized that overlap of federal and provincial legislation is to be expected and accommodated, and

promotion d’assurance; elle complète les nouveaux pouvoirs des banques. Il n’y a pas de conflit d’application. La doctrine de la prépondérance n’entre pas en jeu dans le présent dossier » (par. 204).

B. *Cour d’appel de l’Alberta (les juges McFadyen, Hunt et Berger)* (2005), 39 Alta. L.R. (4th) 1, 2005 ABCA 12

La juge Hunt, s’exprimant pour elle-même et pour la juge McFadyen, a souscrit à la conclusion du juge de première instance voulant que les dispositions contestées de l’*Insurance Act* s’appliquent aux banques. Seul le « contenu minimum élémentaire et irréductible » d’une matière relevant de la compétence fédérale est à l’abri de la réglementation provinciale. Les produits d’assurance des banques ne sont pas obligatoires (sauf dans le cas de certains prêts hypothécaires), peuvent être annulés unilatéralement par le consommateur, ne font souvent l’objet d’une promotion qu’après la conclusion du prêt, n’entrent pas en jeu à la suite d’une défaillance à l’égard du prêt et prennent souvent automatiquement fin lors du remboursement des prêts. Elles ont convenu avec le juge de première instance que [TRADUCTION] « l’assurance, dans la plupart des cas, est facultative et échappe au contrôle des banques. Les décisions des emprunteurs en matière d’assurance n’ont aucune incidence sur les décisions des banques d’accorder du crédit » (par. 81).

Les juges Hunt et McFadyen ont également refusé d’appliquer la doctrine de la prépondérance des lois fédérales. Il n’y avait aucun conflit entre les lois provinciales et fédérales. Les dispositions en matière d’assurance contenues dans la *Loi sur les banques* et le *RCA* sont plus permissives qu’exhaustives. Les textes législatifs fédéraux ou l’historique législatif ne supposent pas une intention du Parlement d’autoriser les banques à faire la promotion d’assurance sans qu’elles se conforment aux lois provinciales par ailleurs valides. Il n’existe aucune incompatibilité d’application.

Dans des motifs concordants, le juge Berger a insisté sur le fait qu’il faut s’attendre à un chevauchement des lois fédérales et provinciales et s’y

that courts should exercise restraint in applying interjurisdictional immunity and paramountcy. The provincial *Insurance Act* does not restrict the banks' lending operations, nor does it restrict the ability of the banks to take any type of security at any time they choose. The banks remain free to promote insurance, and compliance with the impugned provincial legislation does not result in a sterilization or frustration of the parliamentary purpose.

IV. Relevant Statutes and Regulations

See Appendix.

V. Constitutional Questions

On September 19, 2005, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Are Alberta's *Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. I-3, and the regulations made thereunder, in whole or in part, constitutionally inapplicable to the promotion by banks of an "authorized type of insurance" or "personal accident insurance" as defined in the *Insurance Business (Banks and Bank Holding Companies) Regulations*, SOR/92-330, by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity?
2. Are Alberta's *Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. I-3, and the regulations made thereunder, in whole or in part, constitutionally inoperative in relation to the promotion by banks of an "authorized type of insurance" or "personal accident insurance" as defined in the *Insurance Business (Banks and Bank Holding Companies) Regulations*, SOR/92-330, by reason of the doctrine of federal legislative paramountcy?

VI. Analysis

A. *The Issues*

In the present appeal, we are not confronted with a dispute between the federal government and Alberta. Rather, the appellant banks are independently making the claim to carry on their insurance activities in Alberta free of the insurance

adapting, et que les tribunaux doivent faire preuve de retenue à l'égard de l'application des doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance. L'*Insurance Act* provinciale ne restreint pas les activités de crédit des banques, pas plus qu'elle ne limite le pouvoir des banques de prendre tout type de garantie quand bon leur semble. Les banques demeurent libres de faire la promotion d'assurance, et le respect de la loi provinciale contestée n'a pas pour effet d'empêcher ou d'entraver la réalisation de l'objectif du Parlement.

IV. Lois et règlements applicables

Voir l'annexe.

V. Questions constitutionnelles

Le 19 septembre 2005, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. Est-ce que la loi de l'Alberta intitulée *Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. I-3, et les règlements pris en vertu de cette loi, sont pour tout ou partie constitutionnellement inapplicables, par l'effet de la doctrine de l'exclusivité des compétences, à la promotion par les banques d'« assurance autorisée » et d'« assurance accidents corporels » au sens du *Règlement sur le commerce de l'assurance (banques et sociétés de portefeuille bancaires)*, DORS/92-330?
2. Est-ce que la loi de l'Alberta intitulée *Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. I-3, et les règlements pris en vertu de cette loi, sont pour tout ou partie constitutionnellement inopérants, par l'effet de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales, à l'égard de la promotion par les banques d'« assurance autorisée » et d'« assurance accidents corporels » au sens du *Règlement sur le commerce de l'assurance (banques et sociétés de portefeuille bancaires)*, DORS/92-330?

VI. Analyse

A. *Les questions en litige*

Dans le présent pourvoi, nous ne sommes pas en présence d'un différend entre le gouvernement fédéral et l'Alberta. Les banques appelantes présentent plutôt une demande indépendante en vue d'être autorisées à poursuivre leurs activités

regulations imposed on all other promoters and vendors of insurance products in the province. The banks assert that as federal undertakings they are “immune” from provincial insurance regulation aimed generally at fair market practices and consumer protection in the province. At the same time, the appellants acknowledge that for 125 years the regulation of insurance has been held generally to be a matter of “Property and Civil Rights in the Province” within provincial jurisdiction under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*; see *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.); *Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia*, [1977] 2 S.C.R. 504; and *Canadian Pioneer Management Ltd. v. Labour Relations Board of Saskatchewan*, [1980] 1 S.C.R. 433. The appellants’ argument is that when banks promote credit-related insurance, they are carrying on the business of banking, not the business of insurance. As the Attorney General of Canada put it in oral argument, the issue is “whether the authorized creditor insurance products are themselves so vital and essential to lending that they join lending at the core of banking” (transcript, at p. 34). On that issue, as stated, the Alberta courts flatly rejected the banks’ position. We agree.

B. *Principle of Federalism*

21

The disposition of this case requires the consideration and application of important constitutional doctrines governing the operation of Canadian federalism. Despite the doubts sometimes expressed about the nature of Canadian federalism, it is beyond question that federalism has been a “fundamental guiding principle” of our constitutional order since the time of Confederation, as our Court emphasized in the *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 55.

d’assurance en Alberta sans avoir à respecter la réglementation sur l’assurance imposée à tous les autres promoteurs et vendeurs de produits d’assurance dans la province. Les banques affirment que, en tant qu’entreprises fédérales, elles sont « soustraites » à la réglementation provinciale en matière d’assurance qui vise de façon générale l’institution de pratiques commerciales équitables et la protection des consommateurs dans la province. Les appelantes reconnaissent en même temps que, depuis 125 ans, la réglementation de l’assurance est généralement considérée comme faisant partie de « [l]a propriété et les droits civils dans la province », une matière qui relève de la compétence provinciale aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; voir *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.); *Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1977] 2 R.C.S. 504; et *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan*, [1980] 1 R.C.S. 433. Selon la thèse des appelantes, lorsque les banques font la promotion d’assurance liée au crédit, elles se livrent à des opérations bancaires et non au commerce d’assurance. Comme l’a affirmé le procureur général du Canada dans sa plaidoirie, il s’agit de savoir [TRADUCTION] « si les produits d’assurance crédit autorisés constituent eux-mêmes un élément vital et essentiel du crédit au point de s’adjoindre à celui-ci au cœur des opérations bancaires » (transcription, p. 34). En ce qui concerne cette question, les tribunaux de l’Alberta, comme nous l’avons indiqué, ont catégoriquement rejeté cette thèse des banques. Nous acceptons cette décision.

B. *Le principe du fédéralisme*

Pour trancher le présent pourvoi, la Cour doit examiner et appliquer d’importantes doctrines constitutionnelles qui régissent le fonctionnement du fédéralisme canadien. Malgré les doutes parfois exprimés quant à la nature du fédéralisme canadien, il est incontestable que le fédéralisme a constitué un « principe directeur fondamental » de notre ordre constitutionnel depuis le début de la Confédération, comme l’a souligné notre Cour à l’occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 55.

As the Court noted in that decision, federalism was the legal response of the framers of the Constitution to the political and cultural realities that existed at Confederation. It thus represented a legal recognition of the diversity of the original members. The division of powers, one of the basic components of federalism, was designed to uphold this diversity within a single nation. Broad powers were conferred on provincial legislatures, while at the same time Canada's unity was ensured by reserving to Parliament powers better exercised in relation to the country as a whole. Each head of power was assigned to the level of government best placed to exercise the power. The fundamental objectives of federalism were, and still are, to reconcile unity with diversity, promote democratic participation by reserving meaningful powers to the local or regional level and to foster cooperation among governments and legislatures for the common good.

To attain these objectives, a certain degree of predictability with regard to the division of powers between Parliament and the provincial legislatures is essential. For this reason, the powers of each of these levels of government were enumerated in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* or provided for elsewhere in that Act. As is true of any other part of our Constitution — this “living tree” as it is described in the famous image from *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136 — the interpretation of these powers and of how they interrelate must evolve and must be tailored to the changing political and cultural realities of Canadian society. It is also important to note that the fundamental principles of our constitutional order, which include federalism, continue to guide the definition and application of the powers as well as their interplay. Thus, the very functioning of Canada's federal system must continually be reassessed in light of the fundamental values it was designed to serve.

Comme notre Cour l'a rappelé dans cet arrêt, le fédéralisme a été la réponse juridique des constituants aux réalités politiques et culturelles qui existaient à l'époque de la Confédération. Il représentait ainsi une reconnaissance juridique de la diversité des premiers membres de la Confédération. Le partage des compétences qui en représente l'un des éléments fondamentaux visait à respecter cette diversité au sein d'une même nation. De larges pouvoirs ont été conférés aux législatures provinciales, tandis que l'unité du Canada a été assurée en réservant au Parlement des pouvoirs dont l'exercice se prêtait davantage à l'ensemble du pays. Chacune des compétences législatives a été attribuée à l'ordre de gouvernement qui serait le mieux placé pour l'exercer. Le fédéralisme avait, et a toujours, pour objectifs fondamentaux de concilier l'unité et la diversité, de promouvoir la participation démocratique en réservant des pouvoirs réels aux instances locales ou régionales, ainsi que de favoriser la coopération des différents gouvernements et législatures dans la recherche du bien commun.

Dans le but d'atteindre ces objectifs, un certain degré de prévisibilité quant au partage des compétences entre le Parlement et les législatures provinciales s'avère indispensable. C'est pourquoi les compétences de chaque ordre de gouvernement ont été énumérées aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou prévues dans quelque autre disposition de cette dernière. Comme toute autre partie de notre Constitution, cet « arbre vivant » selon l'image célèbre de l'arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), p. 136, l'interprétation de ces compétences et de leur articulation doit être évolutive et adaptée aux réalités politiques et culturelles changeantes de la société canadienne. Il importe aussi que les principes directeurs fondamentaux de notre ordre constitutionnel, notamment celui du fédéralisme, continuent à guider tant leur définition et leur mise en œuvre que leurs interactions. Le fonctionnement même du régime fédéral canadien doit donc continuellement faire l'objet de nouvelles analyses au regard des valeurs fondamentales qu'il était destiné à favoriser.

24

As the final arbiters of the division of powers, the courts have developed certain constitutional doctrines, which, like the interpretations of the powers to which they apply, are based on the guiding principles of our constitutional order. The constitutional doctrines permit an appropriate balance to be struck in the recognition and management of the inevitable overlaps in rules made at the two levels of legislative power, while recognizing the need to preserve sufficient predictability in the operation of the division of powers. The doctrines must also be designed to reconcile the legitimate diversity of regional experimentation with the need for national unity. Finally, they must include a recognition that the task of maintaining the balance of powers in practice falls primarily to governments, and constitutional doctrine must facilitate, not undermine what this Court has called “co-operative federalism” (*Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 162; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, [2005] 2 S.C.R. 669, 2005 SCC 56, at para. 10). We will now turn to the issue of how, in our view, the main constitutional doctrines and the interplay between them should be construed so as to facilitate the achievement of the objectives of Canada’s federal structure.

C. *Constitutional Doctrines and How They Interrelate*

(1) “Pith and Substance” Doctrine

25

It is now well established that the resolution of a case involving the constitutionality of legislation in relation to the division of powers must always begin with an analysis of the “pith and substance” of the impugned legislation (*Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at p. 450; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 16; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at para. 52). The analysis may concern the legislation as a whole or only certain of its provisions.

Ultime arbitres du partage des compétences, les tribunaux ont développé certaines doctrines constitutionnelles qui, comme les interprétations des compétences auxquelles elles président, s’inspirent des principes organisateurs fondamentaux de notre ordre constitutionnel. Ces doctrines permettent d’établir un équilibre approprié dans la reconnaissance et l’aménagement des chevauchements inévitables des règles adoptées par les deux ordres de gouvernement, tout en reconnaissant la nécessité de sauvegarder une prévisibilité suffisante du fonctionnement du partage des compétences. Ces doctrines doivent aussi viser à concilier la diversité légitime des expérimentations régionales avec le besoin d’unité nationale. Elles doivent enfin reconnaître que, concrètement, le maintien de l’équilibre des compétences relève avant tout des gouvernements, et doivent faciliter et non miner ce que notre Cour a appelé un « fédéralisme coopératif » (*Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 162; *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56, par. 10). Nous exposerons maintenant comment, à notre avis, les doctrines constitutionnelles principales et leur articulation doivent être conçues, afin de mieux atteindre les objectifs de la structure fédérale du Canada.

C. *Les règles constitutionnelles et leur articulation*

(1) La doctrine du « caractère véritable »

Il est maintenant bien établi que la résolution d’une affaire mettant en cause la validité constitutionnelle d’une législation eu égard au partage des compétences doit toujours commencer par une analyse du « caractère véritable » de la législation contestée (*Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 450; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 16; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 52). L’analyse peut porter sur la législation prise dans son ensemble ou seulement sur certaines dispositions de celle-ci.

This initial analysis consists of an inquiry into the true nature of the law in question for the purpose of identifying the “matter” to which it essentially relates. As Rand J. put it in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, at p. 333:

... the courts must be able from its language and its relevant circumstances, to attribute an enactment to a matter *in relation to which* the legislature acting has been empowered to make laws. That principle inheres in the nature of federalism . . . [Emphasis in original.]

If the pith and substance of the impugned legislation can be related to a matter that falls within the jurisdiction of the legislature that enacted it, the courts will declare it *intra vires*. If, however, the legislation can more properly be said to relate to a matter that is outside the jurisdiction of that legislature, it will be held to be invalid owing to this violation of the division of powers.

To determine the pith and substance, two aspects of the law must be examined: the purpose of the enacting body and the legal effect of the law (*Reference re Firearms Act*, at para. 16). To assess the purpose, the courts may consider both intrinsic evidence, such as the legislation’s preamble or purpose clauses, and extrinsic evidence, such as Hansard or minutes of parliamentary debates. In so doing, they must nevertheless seek to ascertain the *true* purpose of the legislation, as opposed to its mere stated or apparent purpose (*Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328 (P.C.), at p. 337). Equally, the courts may take into account the effects of the legislation. For example, in *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (“*Alberta Banks*”), the Privy Council held a provincial statute levying a tax on banks to be invalid on the basis that its effects on banks were so great that its true purpose could not be (as the province argued) the raising of money by levying a tax (in which case it would have been *intra vires*), but was rather the regulation of banking (which rendered it *ultra vires*, and thus invalid).

Cette première analyse consiste dans une recherche sur la nature véritable de la loi en question afin d’identifier la « matière » sur laquelle elle porte essentiellement. Comme l’a affirmé le juge Rand dans l’arrêt *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, p. 333 :

[TRADUCTION] . . . les tribunaux doivent pouvoir, d’après ses termes et les circonstances qui l’entourent, rattacher un texte législatif à une matière *relativement à laquelle* la législature qui l’adopte a reçu le pouvoir de faire des lois. Ce principe fait partie de la nature même du fédéralisme . . . [En italique dans l’original.]

Si le caractère véritable de la législation contestée peut se rattacher à une matière relevant de la compétence de la législature qui l’a adoptée, les tribunaux la déclareront *intra vires*. Cependant, lorsqu’il est plus juste d’affirmer qu’elle porte sur une matière qui échappe à la compétence de cette législature, la constatation de cette atteinte au partage des pouvoirs entraînera l’invalidation de la loi.

Le caractère véritable de la loi doit être déterminé sous deux aspects : le but visé par le législateur qui l’a adoptée et l’effet juridique de la loi (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 16). Dans l’analyse du but visé, les tribunaux peuvent examiner tant la preuve intrinsèque, tels le préambule ou les dispositions de la législation énonçant ses objectifs généraux, que la preuve extrinsèque, tels le harsard ou les comptes rendus des débats parlementaires. Ce faisant, les tribunaux doivent toutefois rechercher l’objectif *réel* de la législation, plutôt que son but simplement déclaré ou apparent (*Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328 (C.P.), p. 337). De même, les tribunaux peuvent tenir compte des effets de la législation. Par exemple, dans l’arrêt *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (« *Alberta Banks* »), le Conseil privé a invalidé une loi provinciale imposant une taxe aux banques pour le motif que les effets de cette loi sur les banques étaient si importants que son objet véritable ne pouvait pas être (comme le prétendait la province) le prélèvement de deniers par l’imposition d’une taxe (ce qui en aurait fait une loi *intra vires*), mais qu’il était la réglementation des opérations bancaires (ce qui la rendait *ultra vires* et donc l’invalidait).

28

The fundamental corollary to this approach to constitutional analysis is that legislation whose pith and substance falls within the jurisdiction of the legislature that enacted it may, at least to a certain extent, affect matters beyond the legislature's jurisdiction without necessarily being unconstitutional. At this stage of the analysis of constitutionality, the "dominant purpose" of the legislation is still decisive. Its secondary objectives and effects have no impact on its constitutionality: "merely incidental effects will not disturb the constitutionality of an otherwise *intra vires* law" (*Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21, at para. 23). By "incidental" is meant effects that may be of significant practical importance but are collateral and secondary to the mandate of the enacting legislature: see *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49, at para. 28. Such incidental intrusions into matters subject to the other level of government's authority are proper and to be expected: *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 670. In *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575, by way of further example, and in contrast to the *Alberta Banks* case already mentioned, the Privy Council upheld the validity of legislation levying a tax on banks, holding that the pith and substance of the legislation was indeed to generate revenue for the province, and its essential purpose was therefore in relation to direct taxation, not banks or banking. See P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at para. 15.5(a).

29

The "pith and substance" doctrine is founded on the recognition that it is in practice impossible for a legislature to exercise its jurisdiction over a matter effectively without incidentally affecting matters within the jurisdiction of another level of government. For example, as Brun and Tremblay point out, it would be impossible for Parliament to make effective laws in relation to copyright without affecting property and civil rights, or for provincial legislatures to make effective laws in relation

Le corollaire fondamental de cette méthode d'analyse constitutionnelle est qu'une législation dont le caractère véritable relève de la compétence du législateur qui l'a adoptée pourra, au moins dans une certaine mesure, toucher des matières qui ne sont pas de sa compétence sans nécessairement toucher sa validité constitutionnelle. À ce stade de l'analyse de sa constitutionnalité, l'« objectif dominant » de la législation demeure déterminant. Ses buts et effets secondaires n'ont pas de conséquence sur sa validité constitutionnelle : « de simples effets accessoires ne rendent pas inconstitutionnelle une loi par ailleurs *intra vires* » (*Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, par. 23). Par « accessoires », on entend les effets de la loi qui peuvent avoir une importance pratique significative mais qui sont accessoires et secondaires au mandat de la législature qui a édicté la loi : voir *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49, par. 28. Ces ingérences accessoires dans les matières relevant de la compétence de l'autre ordre de gouvernement sont acceptables et prévisibles : *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 670. Dans *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575, pour donner un autre exemple, et à la différence de l'affaire *Alberta Banks* susmentionnée, le Conseil privé a confirmé la validité d'une législation imposant une taxe aux banques en jugeant que le caractère véritable de la législation visait bien à générer des recettes pour la province et qu'en conséquence, elle avait essentiellement pour objet la taxation directe, et non les banques ou les opérations bancaires. Voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, par. 15.5(a).

La doctrine du « caractère véritable » repose sur la reconnaissance de l'impossibilité pratique qu'une législature exerce efficacement sa compétence sur un sujet sans que son intervention ne touche incidemment à des matières relevant de la compétence de l'autre ordre de gouvernement. Comme le soulignent les auteurs Brun et Tremblay, il serait par exemple impossible pour le Parlement fédéral de légiférer efficacement sur les droits d'auteur sans incidence sur la propriété et

to civil law matters without incidentally affecting the status of foreign nationals (H. Brun and G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4th ed. 2002), at p. 451).

Also, some matters are by their very nature impossible to categorize under a single head of power: they may have both provincial and federal aspects. Thus the fact that a matter may for one purpose and in one aspect fall within federal jurisdiction does not mean that it cannot, for another purpose and in another aspect, fall within provincial competence: *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.), at p. 130; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749 (“*Bell Canada (1988)*”), at p. 765. The double aspect doctrine, as it is known, which applies in the course of a pith and substance analysis, ensures that the policies of the elected legislators of both levels of government are respected. A classic example is that of dangerous driving: Parliament may make laws in relation to the “public order” aspect, and provincial legislatures in relation to its “Property and Civil Rights in the Province” aspect (*O’Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804). The double aspect doctrine recognizes that both Parliament and the provincial legislatures can adopt valid legislation on a single subject depending on the perspective from which the legislation is considered, that is, depending on the various “aspects” of the “matter” in question.

When problems resulting from incidental effects arise, it may often be possible to resolve them by a firm application of the pith and substance analysis. The scale of the alleged incidental effects may indeed put a law in a different light so as to place it in another constitutional head of power. The usual interpretation techniques of constitutional interpretation, such as reading down, may then play a useful role in determining on a case-by-case basis what falls exclusively to a given level of government. In this manner, the courts incrementally define the scope of the relevant heads of power. The flexible nature of the pith and substance analysis makes it

les droits civils ou pour les législatures provinciales de légiférer efficacement sur le droit civil sans toucher incidemment le statut des étrangers (H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4^e éd. 2002), p. 451).

Par ailleurs, certaines matières sont, par leur nature même, impossibles à classer dans un seul titre de compétence : elles peuvent avoir à la fois une facette provinciale et une autre fédérale. Ainsi, le fait qu’une matière puisse, à une fin et à un égard précis, relever de la compétence fédérale ne signifie pas que cette matière ne peut, à une autre fin et à un autre égard, relever de la compétence provinciale : *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.), p. 130; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749 (« *Bell Canada (1988)* »), p. 765. La théorie du double aspect, comme on l’appelle, qui trouve son application à l’occasion de l’analyse du caractère véritable de la législation, assure le respect des politiques mises en œuvre par les législateurs élus des deux ordres de gouvernement. La conduite automobile dangereuse en constitue un exemple classique : le Parlement peut légiférer sur l’aspect « ordre public » et les législatures provinciales sur son aspect « propriété et droits civils dans la province » (*O’Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804). La théorie du double aspect reconnaît que le Parlement et les législatures provinciales peuvent adopter des lois valables sur un même sujet, à partir des perspectives selon lesquelles on les considère, c’est-à-dire selon les « aspects » variés de la « matière » discutée.

En présence de problèmes découlant d’effets incidents, il peut souvent être possible d’y remédier par une mise en œuvre ferme de l’analyse du caractère véritable. L’importance des effets prétendument incidents peut jeter un jour nouveau sur la législation de manière à la faire passer dans une autre compétence législative. Les techniques d’interprétation courantes en matière constitutionnelle, comme celle de l’interprétation atténuée, peuvent alors jouer un rôle utile pour déterminer ponctuellement ce qui relève en exclusivité d’un ordre législatif. Les tribunaux définissent ainsi graduellement la portée des domaines de compétence pertinents.

30

31

perfectly suited to the modern views of federalism in our constitutional jurisprudence.

La nature souple de l'analyse du caractère véritable la rend parfaitement adaptée aux conceptions modernes du fédéralisme canadien qui ressortent de notre jurisprudence en matière constitutionnelle.

32 That being said, it must also be acknowledged that, in certain circumstances, the powers of one level of government must be protected against intrusions, even incidental ones, by the other level. For this purpose, the courts have developed two doctrines. The first, the doctrine of interjurisdictional immunity, recognizes that our Constitution is based on an allocation of exclusive powers to both levels of government, not concurrent powers, although these powers are bound to interact in the realities of the life of our Constitution. The second, the doctrine of federal paramountcy, recognizes that where laws of the federal and provincial levels come into conflict, there must be a rule to resolve the impasse. Under our system, the federal law prevails. We will now discuss these doctrines, beginning with interjurisdictional immunity.

Cela dit, il faut aussi reconnaître que, dans certaines circonstances, les compétences d'un ordre de gouvernement doivent être protégées contre les empiètements, même accessoires, de l'autre ordre de gouvernement. À cette fin, les tribunaux ont développé deux doctrines. La première, la doctrine de l'exclusivité des compétences, reconnaît que notre Constitution repose sur les pouvoirs exclusifs, et non parallèles, répartis entre les deux ordres de gouvernement, encore que notre réalité constitutionnelle suscite inévitablement une interaction de ces pouvoirs. La seconde, la doctrine de la prépondérance fédérale, reconnaît que dans la mesure où les lois fédérales et provinciales entrent en conflit, une règle doit permettre de mettre fin à l'impasse. Dans notre régime, la loi fédérale l'emporte. Nous passons maintenant à l'étude de ces doctrines, en examinant d'abord celle de l'exclusivité des compétences.

(2) The Doctrine of Interjurisdictional Immunity and its Sources

(2) La doctrine de l'exclusivité des compétences et ses sources

33 Interjurisdictional immunity is a doctrine of limited application, but its existence is supported both textually and by the principles of federalism. The leading modern formulation of the doctrine of interjurisdictional immunity is found in the judgment of this Court in *Bell Canada (1988)* where Beetz J. wrote that “classes of subject” in ss. 91 and 92 must be assured a “basic, minimum and unassailable content” (p. 839) immune from the application of legislation enacted by the other level of government. Immunity from such intrusion, Beetz J. observed in the context of a federal undertaking, is

La doctrine de l'exclusivité des compétences n'a qu'une application restreinte, mais son existence est étayée tant par les textes que par les principes du fédéralisme. La formulation moderne de la doctrine qui a été retenue se trouve dans l'arrêt de notre Cour *Bell Canada (1988)*, où le juge Beetz a indiqué qu'il était nécessaire d'assurer dans les « catégories [. . .] de sujets » énumérées aux art. 91 et 92 un « contenu minimum, élémentaire et irréductible » (p. 839) qui échappe à l'application de la législation édictée par l'autre ordre de gouvernement. Le juge Beetz a fait remarquer, dans le contexte d'une entreprise fédérale, que l'immunité qui empêche ces empiètements constitue une

an integral and vital part of [Parliament's] primary legislative authority over federal undertakings. If this power is exclusive, it is because the Constitution, which could have been different but is not, expressly specifies this to be the case; and it is because this power is

partie intégrante et essentielle de [l]a compétence législative [du Parlement] sur les entreprises fédérales. Si ce pouvoir est exclusif, c'est parce que les textes constitutionnels, qui auraient pu être différents mais qui ne sont pas, le prescrivent expressément. Et c'est parce que

exclusive that it pre-empts that of the legislatures both as to their legislation of general and specific application, in so far as such laws affect a vital part of a federal undertaking. [p. 840]

The doctrine is rooted in references to “exclusivity” throughout ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. The opening paragraph of s. 91 refers to the “exclusive [l]egislative [a]uthority of the Parliament of Canada” in relation to matters coming within the listed “[c]lasses of [s]ubjects” including “Banking, Incorporation of Banks, and the Issue of Paper Money” (s. 91(15)). If that authority is truly exclusive, the reasoning goes, it cannot be invaded by provincial legislation even if the federal power remains unexercised. “The abstinence of the Dominion Parliament from legislating to the full limit of its powers, could not have the effect of transferring to any provincial legislature the legislative power which had been assigned to the Dominion by s. 91 of the [*Constitution Act, 1867*]”: *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580 (P.C.), at p. 588. Equally, s. 92 (headed “Exclusive Powers of Provincial Legislatures”) is introduced by the words “In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated”, including “Property and Civil Rights in the Province” (s. 92(13)) and “Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province” (s. 92(16)). The notion of exclusivity and the reciprocal notion of non-encroachment by one level of legislature on the field of exclusive competence of the other gave rise to Lord Atkin’s famous “watertight compartments” metaphor, where he wrote of Canadian federalism that “[w]hile the ship of state now sails on larger ventures and into foreign waters she still retains the watertight compartments which are an essential part of her original structure” (*Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.), at p. 354). Its modern application expresses a continuing concern about risk of erosion of provincial as well as federal competences (*Bell Canada (1988)*, at p. 766). At the same time, the doctrine of interjurisdictional immunity

ce pouvoir est exclusif qu’il écarte celui des législatures tant pour leurs lois d’application générale que pour leurs lois d’application particulière en autant qu’elles touchent à une partie essentielle d’une entreprise fédérale. [p. 840]

La doctrine trouve sa source dans les notions d’exclusivité omniprésentes dans les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L’alinéa liminaire de l’art. 91 mentionne « l’autorité législative exclusive du parlement du Canada » se rapportant aux matières tombant dans les « catégories de sujets » y énumérées, notamment « [l]es banques, l’incorporation des banques et l’émission du papier-monnaie » (par. 91(15)). D’après ce raisonnement, si cette compétence est vraiment exclusive, elle ne peut faire l’objet d’un empiètement de la part de la législation provinciale même si le pouvoir fédéral n’est pas exercé. [TRADUCTION] « [L]e fait que le Parlement du Dominion s’abstient de légiférer dans la plénitude de ses pouvoirs ne saurait avoir pour effet de transférer à une législature provinciale la compétence législative conférée au Dominion par l’art. 91 de la [*Loi constitutionnelle de 1867*] » : *Union Colliery Co. of British Columbia c. Bryden*, [1899] A.C. 580 (C.P.), p. 588. De même, l’art. 92 (intitulé « [p]ouvoirs exclusifs des législatures provinciales ») commence par les mots « [d]ans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés », y compris « [l]a propriété et les droits civils dans la province » (par. 92(13)) et « [g]énéralement toutes les matières d’une nature purement locale ou privée dans la province » (par. 92(16)). Le concept d’exclusivité et son pendant, celui du non-empiètement d’un ordre législatif sur le domaine de compétence exclusive de l’autre, ont fait apparaître la célèbre métaphore des [TRADUCTION] « compartiments étanches » qu’a employée lord Atkin dans des motifs où il s’exprimait sur le fédéralisme canadien en disant que [TRADUCTION] « le navire de l’État s’engage maintenant dans de plus grandes aventures et dans des eaux étrangères, mais il conserve toujours les compartiments étanches qui constituent une partie essentielle de sa structure initiale » (*Attorney-General for Canada c. Attorney-*

seeks to avoid, when possible, situations of concurrency of powers (Laskin C.J., in *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751, at p. 764).

General for Ontario, [1937] A.C. 326 (C.P.), p. 354). L'application moderne du concept d'exclusivité montre que la crainte d'un risque d'érosion des compétences tant provinciales que fédérales subsiste (*Bell Canada (1988)*, p. 766). En même temps, la doctrine de l'exclusivité des compétences cherche à éviter, dans la mesure du possible, les situations de pouvoirs parallèles (le juge en chef Laskin dans *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751, p. 764).

(3) The Dominant Tide of Constitutional Interpretation Does Not Favour Interjurisdictional Immunity

(3) Le courant dominant en matière d'interprétation constitutionnelle ne favorise pas l'exclusivité des compétences

35 Despite the efforts to find a proper role for the doctrine, the application of interjurisdictional immunity has given rise to concerns by reason of its potential impact on Canadian constitutional arrangements. In theory, the doctrine is reciprocal: it applies both to protect provincial heads of power and provincially regulated undertakings from federal encroachment, and to protect federal heads of power and federally regulated undertakings from provincial encroachment. However, it would appear that the jurisprudential application of the doctrine has produced somewhat "asymmetrical" results. Its application to federal laws in order to avoid encroachment on provincial legislative authority has often consisted of "reading down" the federal enactment or federal power without too much doctrinal discussion, e.g., *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, *Dominion Stores Ltd. v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 844, and *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914. In general, though, the doctrine has been invoked in favour of federal immunity at the expense of provincial legislation: Hogg, at p. 15-34.

Malgré les efforts déployés pour attribuer à la doctrine un rôle approprié, l'application de l'exclusivité des compétences a suscité des inquiétudes en raison de ses effets potentiels sur les arrangements constitutionnels canadiens. En théorie, la règle joue dans les deux sens : elle protège tant les compétences provinciales et les entreprises assujetties à la réglementation des provinces contre les empiétements du gouvernement fédéral que les compétences fédérales et les entreprises assujetties à la réglementation du gouvernement fédéral contre les empiétements des provinces. Il appert toutefois que l'application de la doctrine par les tribunaux a produit des résultats quelque peu « asymétriques ». Son application aux lois fédérales en vue d'éviter l'empiétement sur la compétence législative provinciale a souvent consisté à donner au texte législatif fédéral ou à la compétence fédérale une « interprétation atténuée » sans que l'analyse doctrinale soit poussée très loin, par exemple, *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, *Supermarchés Dominion Ltée c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 844, et *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914. De façon générale toutefois, la doctrine a été invoquée à l'appui de l'exclusivité de la compétence fédérale au détriment de la législation provinciale : Hogg, p. 15-34.

36 A view of federalism that puts greater emphasis on the legitimate interplay between federal and provincial powers was championed by the late

Le regretté juge en chef Dickson, qui a décrit la doctrine de l'exclusivité des compétences comme n'étant pas « particulièrement impérieu[se] »

Chief Justice Dickson, who described the doctrine of interjurisdictional immunity as “not . . . particularly compelling” (*OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 17):

The history of Canadian constitutional law has been to allow for a fair amount of interplay and indeed overlap between federal and provincial powers. It is true that doctrines like interjurisdictional and Crown immunity and concepts like “watertight compartments” qualify the extent of that interplay. But it must be recognized that these doctrines and concepts have not been the dominant tide of constitutional doctrines; rather they have been an undertow against the strong pull of pith and substance, the aspect doctrine and, in recent years, a very restrained approach to concurrency and paramountcy issues. [p. 18]

This statement was reproduced in Dickson C.J.’s judgment (for a unanimous bench that included Beetz J.) in *General Motors*, at p. 669.

The “dominant tide” finds its principled underpinning in the concern that a court should favour, where possible, the ordinary operation of statutes enacted by *both* levels of government. In the absence of conflicting enactments of the other level of government, the Court should avoid blocking the application of measures which are taken to be enacted in furtherance of the public interest. Professor Paul Weiler wrote over 30 years ago that

the court should refuse to try to protect alleged, but as yet unoccupied, enclaves of governmental power against the intrusions of another representative legislature which has ventured into the area. Instead, the court should try to restrict itself to the lesser but still important role of interpreting statutes of different jurisdictions in the same area, in order to avoid conflict, and applying a doctrine of paramountcy in the few situations which are left.

(“The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism” (1973), 23 *U.T.L.J.* 307, at p. 308)

(*SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 17), a préconisé une vision du fédéralisme mettant davantage l’accent sur la possibilité d’une interaction légitime des pouvoirs fédéraux et provinciaux :

Historiquement, le droit constitutionnel canadien a permis passablement d’interaction et même de chevauchement en ce qui concerne les pouvoirs fédéraux et provinciaux. Il est vrai que des principes comme celui de l’exclusivité des compétences et celui de l’immunité de Sa Majesté ainsi que des notions comme celles des « compartiments étanches » restreignent l’étendue de cette interaction. Il faut cependant reconnaître que ces principes et notions n’ont pas représenté le courant dominant en matière constitutionnelle; ils ont constitué plutôt un contre-courant opposé à l’effet puissant du principe du caractère véritable et du double aspect et, au cours des dernières années, une façon très limitée d’aborder les questions de conflit et de prépondérance en matière législative. [p. 18]

Cette affirmation a été reprise dans le jugement du juge en chef Dickson (au nom d’une formation unanime de la Cour comprenant le juge Beetz) dans l’affaire *General Motors*, p. 669.

Le fondement logique du « courant dominant » tient à la volonté que les tribunaux privilégient, dans la mesure du possible, l’application régulière des lois édictées par *les deux* ordres de gouvernement. En l’absence de textes législatifs conflictuels de la part de l’autre ordre de gouvernement, la Cour devrait éviter d’empêcher l’application de mesures considérées comme ayant été adoptées en vue de favoriser l’intérêt public. Le professeur Paul Weiler a écrit ce qui suit il y a plus de 30 ans :

[TRADUCTION] [L]a cour devrait refuser d’essayer de protéger les possibles enclaves, encore inoccupées, du pouvoir gouvernemental contre les ingérences d’une autre assemblée législative représentative qui s’est aventurée dans le domaine. La cour devrait plutôt chercher à s’en tenir au rôle plus modeste mais néanmoins important qui consiste à interpréter les lois édictées par les différents ressorts dans un même domaine, dans un but d’éviter les conflits, et à appliquer la doctrine de la prépondérance dans les rares cas qui restent.

(« The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism » (1973), 23 *U.T.L.J.* 307, p. 308)

38 In our view, the sweeping immunity argued for by the banks in this appeal is not acceptable in the Canadian federal structure. The argument exposes the dangers of allowing the doctrine of inter-jurisdictional immunity to exceed its proper (and very restricted) limit and to frustrate the application of the pith and substance analysis and of the double aspect doctrine. The latter have the ability to resolve most problems relating to the validity of the exercise of legislative powers under the heads of power applicable to the activities in question.

39 It is not without interest that the present doctrine of interjurisdictional immunity, which is the result of a long process of constitutional evolution, was originally developed in a very special context, namely to protect federally incorporated companies from provincial legislation affecting the essence of the powers conferred on them as a result of their incorporation (*John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.); *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91 (P.C.)). Since the creation of corporations by letters patent issued by the Crown constituted an exercise of the Crown's prerogative to create corporations, it would have seemed natural to the Privy Council to extend the Crown's immunity to the entities it incorporated. Thus, to apply a province's general statutes to these corporations could be conceived as interfering with the exercise of the prerogative of incorporation.

40 The doctrine of interjurisdictional immunity was subsequently applied to protect "essential" parts of federal "undertakings" (*Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] 4 D.L.R. 657 (P.C.); see also *Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52 (P.C.) ("*Toronto Corporation*")). Still later, the courts resorted to interjurisdictional immunity to shield Aboriginal peoples and their lands from provincial legislation of general application affecting certain aspects of their special status (*Natural Parents; Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285).

Nous sommes d'avis que l'immunité complète à laquelle prétendent les banques en l'espèce ne saurait être acceptable dans la structure fédérale canadienne. L'argument révèle les dangers de laisser la doctrine de l'exclusivité des compétences sortir de son champ d'application (déjà fort restreint) pour écarter l'application de l'analyse du caractère véritable et la théorie du double aspect. Ces dernières permettent de résoudre la plupart des problèmes liés à la validité de l'exercice des pouvoirs législatifs à l'égard des compétences législatives applicables aux activités en question.

Fait intéressant, la doctrine de l'exclusivité des compétences, fruit d'un long processus d'évolution constitutionnelle, a initialement été élaborée dans un contexte très particulier, soit afin de protéger des compagnies constituées par le gouvernement fédéral contre des législations provinciales touchant l'essentiel des pouvoirs que leur accordait la constitution en personnes morales (*John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330 (C.P.); *Great West Saddlery Co. c. The King*, [1921] 2 A.C. 91 (C.P.)). Puisque la création de personnes morales en vertu de lettres patentes délivrées par la Couronne constituait un exercice de sa prérogative de créer des compagnies, il aurait semblé naturel au Conseil privé d'étendre l'immunité de la Couronne aux personnes morales qu'elle constituait. Ainsi, l'application des lois générales d'une province à ces personnes morales pouvait être conçue comme une atteinte à l'exercice de la prérogative que constituait la constitution de personnes morales.

La doctrine de l'exclusivité des compétences a ensuite été appliquée afin de protéger les éléments « vitaux » des « entreprises » fédérales (*Attorney-General for Ontario c. Winner*, [1954] 4 D.L.R. 657 (C.P.); voir également *Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52 (C.P.) (« *Toronto Corporation* »)). Plus tard encore, les tribunaux ont eu recours à cette doctrine afin de soustraire les Autochtones et leurs terres à l'emprise des législations provinciales d'application générale touchant certains aspects de leur statut spécial (*Parents naturels; Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285).

Thus, broadly speaking, the doctrine of inter-jurisdictional immunity was used to protect that which makes certain works or undertakings, things (e.g., Aboriginal lands) or persons (e.g., Aboriginal peoples and corporations created by the federal Crown) specifically of federal jurisdiction. As Gonthier J. observed in *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 838:

The immunity pertaining to federal status applies to things or persons falling within federal jurisdiction, some specifically federal aspects of which would be affected by provincial legislation. This is so because these specifically federal aspects are an integral part of federal jurisdiction over such things or persons and this jurisdiction is meant to be exclusive. [Emphasis added; p. 853.]

Of course, what is of specific federal interest may well be the federally regulated activity itself rather than the identity of the participants. In *Natural Parents*, at p. 760, Laskin C.J. observed:

It cannot be said therefore that because a provincial statute is general in its operation, in the sense that its terms are not expressly restricted to matters within provincial competence, it may embrace matters within exclusive federal competence. . . . This is because to construe the provincial legislation to embrace such activities would have it encroaching on an exclusive federal legislative area. [Emphasis added.]

(Cited with approval by Beetz J. in *Bell Canada (1988)*, at p. 834.)

In *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, in the course of considering federal jurisdiction over maritime law, the Court acknowledged that the doctrine could potentially apply to all “activities” within Parliament’s jurisdiction. See also *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, where the issue was the applicability of a municipal sign law to a federal activity, namely a federal election; *OPSEU, per Beetz J.*, at p. 30; and *Scowby v.*

On voit donc que, de façon générale, la doctrine de l’exclusivité des compétences a servi à protéger la spécificité fédérale de certains ouvrages ou d’entreprises, de choses (par exemple les terres autochtones) ou de personnes (par exemple les Autochtones et les sociétés créées par la Couronne fédérale). Comme l’a fait remarquer le juge Gonthier dans l’arrêt *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838 :

L’immunité relative à la spécificité fédérale s’applique aux choses ou aux personnes tombant sous juridiction fédérale dont certaines dimensions spécifiquement fédérales seraient atteintes par la législation provinciale. Il en est ainsi car ces dimensions spécifiquement fédérales font partie intégrante de la compétence fédérale sur ces choses ou ces personnes et cette compétence se veut exclusive. [Nous soulignons; p. 853.]

Certes, l’intérêt spécifiquement fédéral peut très bien porter sur l’activité elle-même relevant de la compétence fédérale plutôt que sur l’identité des participants. Dans l’arrêt *Parents naturels*, le juge en chef Laskin a d’ailleurs fait la remarque suivante, à la p. 760 :

Par conséquent, on ne peut prétendre qu’une loi provinciale peut embrasser des matières relevant exclusivement de la juridiction fédérale simplement parce que cette loi est d’application générale, c’est-à-dire que sa portée n’est pas expressément restreinte aux matières de juridiction provinciale. [. . .] S’il en est ainsi, c’est parce qu’interpréter une loi provinciale de façon qu’elle embrasse de telles activités équivaut à la faire empiéter sur un domaine de juridiction exclusivement fédérale. [Nous soulignons.]

(Cité et approuvé par le juge Beetz dans l’arrêt *Bell Canada (1988)*, p. 834.)

Dans l’affaire *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, la Cour a reconnu dans son examen de la compétence fédérale sur le droit maritime que la doctrine est susceptible de s’appliquer à toutes les « activités » relevant de la compétence du gouvernement fédéral. Voir également *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, où il était question de l’applicabilité d’une loi municipale sur les enseignes à une activité relevant de la compétence

Glendinning, [1986] 2 S.C.R. 226, *per* La Forest J., at p. 257.

fédérale, à savoir une élection fédérale; *SEFPO*, le juge Beetz, p. 30; et *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, le juge La Forest, p. 257.

42

While the text and logic of our federal structure justifies the application of interjurisdictional immunity to certain federal “activities” nevertheless, a broad application of the doctrine to “activities” creates practical problems of application much greater than in the case of works or undertakings, things or persons, whose limits are more readily defined. A broad application also appears inconsistent, as stated, with the flexible federalism that the constitutional doctrines of pith and substance, double aspect and federal paramountcy are designed to promote. See F. Gélinas, “La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences: éléments de systématisation”, in *Mélanges Jean Beetz* (1995), at p. 471, and Hogg, at para. 15.8(c). It is these doctrines that have proved to be most consistent with contemporary views of Canadian federalism, which recognize that overlapping powers are unavoidable. Canadian federalism is not simply a matter of legalisms. The Constitution, though a legal document, serves as a framework for life and for political action within a federal state, in which the courts have rightly observed the importance of cooperation among government actors to ensure that federalism operates flexibly.

Bien que les textes juridiques encadrant notre structure fédérale et la logique de celle-ci justifient l’application de la doctrine de l’exclusivité des compétences à certaines « activités » fédérales, l’appliquer généralement aux « activités » suscite néanmoins des problèmes d’application concrets beaucoup plus importants que ceux qui ont été relevés dans le cas des ouvrages ou entreprises, et des choses ou personnes, dont les limites sont plus faciles à définir. Rappelons qu’une application large paraît également contraire au fédéralisme souple que visent à promouvoir les doctrines constitutionnelles du caractère véritable, du double aspect et de la prépondérance fédérale. Voir F. Gélinas, « La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences : éléments de systématisation », dans *Mélanges Jean Beetz* (1995), p. 471, et Hogg, par. 15.8c). Or, ces doctrines se sont révélées les plus conformes aux conceptions modernes du fédéralisme canadien qui reconnaissent les inévitables chevauchements de compétences. La vie du fédéralisme canadien ne se réduit pas qu’à des problèmes juridiques. Si elle reste un document juridique, la Constitution fournit un cadre de vie et d’action politique à l’intérieur d’un État fédéral, dans lequel les tribunaux ont légitimement observé l’importance que présente la coopération des acteurs gouvernementaux pour la souplesse du fonctionnement du fédéralisme.

43

Excessive reliance on the doctrine of interjurisdictional immunity would create serious uncertainty. It is based on the attribution to every legislative head of power of a “core” of indeterminate scope — difficult to define, except over time by means of judicial interpretations triggered serendipitously on a case-by-case basis. The requirement to develop an abstract definition of a “core” is not compatible, generally speaking, with the tradition of Canadian constitutional interpretation, which favours an incremental approach. While it is true that the enumerations of ss. 91 and 92 contain a number of powers that are precise and

Accorder trop d’importance à la doctrine de l’exclusivité des compétences engendrerait une grande incertitude. La doctrine repose sur l’attribution à chaque chef de compétence législative d’un « contenu essentiel » indéterminé — difficile à définir, sinon au fil du temps par des interprétations judiciaires fortuites et ponctuelles. L’obligation d’élaborer une définition abstraite d’un « contenu essentiel » n’est pas, en général, conciliable avec la tradition canadienne en matière d’interprétation constitutionnelle, laquelle favorise une démarche progressive. En effet, s’il est vrai que le catalogue des art. 91 et 92 contient un certain nombre

not really open to discussion, other powers are far less precise, such as those relating to the criminal law, trade and commerce and matters of a local or private nature in a province. Since the time of Confederation, courts have refrained from trying to define the possible scope of such powers in advance and for all time: *Citizens Insurance*, at p. 109; *John Deere Plow*, at p. 339. For example, while the courts have not eviscerated the federal trade and commerce power, they have, in interpreting it, sought to avoid draining of their content the provincial powers over civil law and matters of a local or private nature. A generalized application of interjurisdictional immunity related to “trade and commerce” would have led to an altogether different and more rigid and centralized form of federalism. It was by proceeding with caution on a case-by-case basis that the courts were gradually able to define the content of the heads of power of Parliament and the legislatures, without denying the unavoidable interplay between them, always having regard to the evolution of the problems for which the division of legislative powers must now provide solutions.

Moreover, as stated, interjurisdictional immunity means that despite the absence of law enacted at one level of government, the laws enacted by the other level cannot have even incidental effects on the so-called “core” of jurisdiction. This increases the risk of creating “legal vacuums”, as this Court recognized in *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67, at para. 52. Generally speaking, such “vacuums” are not desirable.

Further, a broad use of the doctrine of interjurisdictional immunity runs the risk of creating an unintentional centralizing tendency in constitutional interpretation. As stated, this doctrine has in the past most often protected federal heads of power from incidental intrusion by provincial legislatures. The “asymmetrical” application of interjurisdictional immunity is incompatible with the

de pouvoirs précis et prêtant peu à discussion, il en est d’autres beaucoup plus imprécis, comme ceux sur le droit criminel, le commerce ou les matières d’intérêt local ou privé dans la province. À partir de la naissance de la Confédération, la jurisprudence s’est gardée de tenter de définir à jamais et à l’avance l’étendue possible de ce type de pouvoirs : *Citizens Insurance*, p. 109; *John Deere Plow*, p. 339. À titre d’exemple, elle n’a pas éviscéré le pouvoir fédéral sur le trafic et le commerce, mais en l’interprétant, elle a cherché à éviter de vider de leur contenu les pouvoirs provinciaux sur le droit civil et les matières d’intérêt local ou privé. Une application généralisée de la doctrine de l’exclusivité des compétences issue du domaine du « trafic et du commerce » aurait mené à une forme de fédéralisme fort différente, plus rigide et plus centraliste. Abordant avec prudence un cas d’espèce à la fois, la jurisprudence a graduellement su définir le contenu des pouvoirs législatifs du Parlement et des législatures, sans nier la réalité de leurs interactions inévitables, mais toujours en tenant compte de l’évolution des problèmes auxquels le partage des compétences législatives doit maintenant apporter des solutions.

Par ailleurs, nous tenons à rappeler que l’exclusivité des compétences signifie que même si un ordre législatif n’a pas légiféré sur une matière donnée, l’autre ne pourrait pas adopter des lois ayant des effets même accessoires sur ce qu’il est convenu d’appeler le « contenu essentiel » de la compétence. Ce genre de situation accroît le risque de création de « vides juridiques », ce que notre Cour a reconnu dans *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67, par. 52. En principe, ces « vides juridiques » ne sont guère souhaitables.

Une tendance centralisatrice de l’interprétation constitutionnelle risque également d’émerger involontairement d’une utilisation large de la doctrine de l’exclusivité des compétences. Comme nous l’avons indiqué, l’histoire de la doctrine démontre qu’elle a surtout protégé les chefs de compétence fédérale contre les empiètements accessoires des législatures provinciales. L’application

44

45

flexibility and co-ordination required by contemporary Canadian federalism. Commentators have noted that an extensive application of this doctrine to protect federal heads of power and undertakings is both unnecessary and “undesirable in a federation where so many laws for the protection of workers, consumers and the environment (for example) are enacted and enforced at the provincial level” (Hogg, at p. 15-30; see also Weiler, at p. 312; J. Leclair, “The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity” (2003), 28 *Queen’s L.J.* 411). The asymmetrical effect of interjurisdictional immunity can also be seen as undermining the principles of subsidiarity, i.e. that decisions “are often best [made] at a level of government that is not only effective, but also closest to the citizens affected” (*114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40, at para. 3).

« asymétrique » de cette doctrine demeure inconciliable avec les besoins de flexibilité et de coordination du fédéralisme canadien contemporain. Les auteurs ont signalé qu’une application extensive de la doctrine afin de protéger les chefs de compétence fédéraux et les entreprises fédérales n’est ni nécessaire [TRADUCTION] « ni souhaitable dans une fédération où les provinces sont chargées d’adopter et d’appliquer un aussi grand nombre de lois visant à protéger les travailleurs, les consommateurs et l’environnement (pour ne nommer que ceux-ci) » (Hogg, p. 15-30; voir également Weiler, p. 312; J. Leclair, « The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28 *Queen’s L.J.* 411). L’effet asymétrique de la doctrine de l’exclusivité des compétences peut aussi être considéré comme une menace aux principes de subsidiarité, selon lesquels « le niveau de gouvernement le mieux placé pour [prendre des décisions est] celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l’efficacité mais également parce qu’il est le plus proche des citoyens touchés » (*114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40, par. 3).

46 Finally, the doctrine would seem as a general rule to be superfluous in that Parliament can always, if it sees fit to do so, make its legislation sufficiently precise to leave those subject to it with no doubt as to the residual or incidental application of provincial legislation. As we shall see, sufficient confirmation of this can be found in the history and operation of the doctrine of federal paramountcy.

Enfin, le recours à la doctrine semble généralement superflu dans la mesure où le Parlement fédéral peut toujours, s’il le considère approprié, légiférer de manière suffisamment précise pour que les personnes assujetties n’aient aucun doute quant à l’application résiduelle ou accessoire de la législation provinciale. L’examen de l’histoire et du fonctionnement de la doctrine de la prépondérance fédérale le confirme suffisamment, comme nous le verrons d’ailleurs.

47 For all these reasons, although the doctrine of interjurisdictional immunity has a proper part to play in appropriate circumstances, we intend now to make it clear that the Court does not favour an intensive reliance on the doctrine, nor should we accept the invitation of the appellants to turn it into a doctrine of first recourse in a division of powers dispute.

Pour toutes ces raisons, bien que la doctrine de l’exclusivité des compétences joue un rôle légitime dans les cas indiqués, nous tenons à préciser maintenant que notre Cour ne préconise pas une utilisation intensive de cette doctrine, et nous déclinons l’invitation des appelantes d’en faire la première doctrine examinée dans le cadre d’un différend sur le partage des compétences.

D. *A More Restricted Approach to Interjurisdictional Immunity*

(1) Impairment Versus Affects

Even in situations where the doctrine of inter-jurisdictional immunity is properly available, we must consider the level of the intrusion on the “core” of the power of the other level of government which would trigger its application. In *Bell Canada (1988)*, Beetz J. wrote, at pp. 859-60:

In order for the inapplicability of provincial legislation rule to be given effect, it is sufficient that the provincial statute which purports to apply to the federal undertaking affects a vital or essential part of that undertaking, without necessarily going as far as impairing or paralyzing it. [Emphasis added.]

Our colleague Bastarache J. agrees with the substitution in *Bell Canada (1988)* of “affects” for “impairs”. He writes:

... the meaning of the word “affects” should be interpreted as a kind of middle ground between the perhaps overly vague or broad standard of “touches on” and the older and overly restrictive standard of “sterilizes” or “impairs”. Without requiring complete paralysis of the core of the federal power or the operations of the undertaking, the impact of the application of the by-law must be sufficiently severe and serious to trigger immunity.

(British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc., [2007] 2 S.C.R. 86, 2007 SCC 23, at para. 139)

With great respect, we cannot agree. We believe that the law as it stood prior to *Bell Canada (1988)* better reflected our federal scheme. In our opinion, it is not enough for the provincial legislation simply to “affect” that which makes a federal subject or object of rights specifically of federal jurisdiction. The difference between “affects” and “impairs” is that the former does not imply any adverse consequence whereas the latter does. The shift in *Bell Canada (1988)* from “impairs” to “affects” is not

D. *Limitation de la portée de la doctrine de l'exclusivité des compétences*

(1) « Entraver » ou « toucher »

Même dans les cas où la doctrine de l'exclusivité des compétences peut être utilisée, nous devons examiner la mesure de l'empiétement sur le « contenu essentiel » de la compétence de l'autre ordre de gouvernement qui ferait intervenir l'application de cette doctrine. Dans l'arrêt *Bell Canada (1988)*, le juge Beetz a écrit ce qui suit, aux p. 859-860 :

Pour que joue la règle de l'inapplicabilité, il suffit que la sujétion de l'entreprise à la loi provinciale ait pour effet d'affecter un élément vital ou essentiel de l'entreprise sans nécessairement aller jusqu'à effectivement entraver ou paralyser cette dernière. [Nous soulignons.]

Notre collègue le juge Bastarache approuve la notion d'« affecter » ou de « toucher » qui a été substituée dans l'arrêt *Bell Canada (1988)* à celle d'« entraver ». Il s'exprime ainsi :

... il faut donner au terme « touche » un sens qui représente en quelque sorte un juste milieu entre le critère peut-être trop vague ou trop large que rend l'expression « avoir une incidence sur » et l'ancien critère trop restrictif fondé sur « la stérilisation » ou « l'entrave ». Sans exiger que le contenu essentiel de la compétence fédérale, ou les opérations de l'entreprise, soient complètement paralysés, l'application du règlement doit produire des effets suffisamment importants et graves pour que l'immunité puisse s'appliquer.

(Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc., [2007] 2 R.C.S. 86, 2007 CSC 23, par. 139)

En toute déférence, nous ne pouvons souscrire à cette opinion. Nous estimons que l'état du droit antérieur à l'arrêt *Bell Canada (1988)* était plus fidèle à notre régime fédéral. À notre avis, il ne suffit pas que la législation provinciale « touche » simplement la spécificité fédérale d'un sujet ou d'un objet fédéral. La différence entre la notion de « toucher » et celle d'« entraver » réside dans le fait que la première ne suppose pas de conséquences fâcheuses, contrairement à la seconde.

consistent with the view subsequently adopted in *Mangat* that “[t]he existence of a double aspect to the subject matter . . . favours the application of the paramountcy doctrine rather than the doctrine of interjurisdictional immunity” (para. 52). Nor is the shift consistent with the earlier application by Beetz J. himself of the “impairment” test in *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309, at pp. 323-24. It is when the adverse impact of a law adopted by one level of government increases in severity from “affecting” to “impairing” (without necessarily “sterilizing” or “paralyzing”) that the “core” competence of the other level of government (or the vital or essential part of an undertaking it duly constitutes) is placed in jeopardy, and not before.

Le changement opéré dans *Bell Canada* (1988) en passant de la notion d’« entraver » à la notion de « toucher » n’est pas compatible avec le point de vue adopté par la suite dans l’arrêt *Mangat*, selon lequel « [l]e fait que la matière visée [. . .] comporte un double aspect joue en faveur de l’application de la règle de la prépondérance plutôt que de celle de l’exclusivité des compétences » (par. 52). Ce passage n’est pas compatible non plus avec l’application qu’avait faite le juge Beetz lui-même du critère de l’« entrave » dans l’arrêt *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, p. 323-324. C’est lorsque l’effet préjudiciable d’une loi adoptée par un ordre de gouvernement s’intensifie en passant de « toucher » à « entraver » (sans nécessairement « stériliser » ou « paralyser ») que le « contenu essentiel » de la compétence de l’autre ordre de gouvernement (ou l’élément vital ou essentiel d’une entreprise établie par lui) est menacé, et pas avant.

49

In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. observed in passing that a distinction could be drawn between the *direct* application of provincial law (where the operative verb is “affects”) and the *indirect* application (where the operative verb may still be “impairs”) (p. 957). This further exercise in line drawing signalled a measure of dissatisfaction with the “affects” test without doing anything about it. At this point, we should complete the reassessment begun in *Irwin Toy* and hold that, in the absence of impairment, interjurisdictional immunity does not apply.

Dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson ont fait remarquer en passant que l’on pourrait faire une distinction entre l’application *directe* d’une loi provinciale (lorsque le verbe clé est « toucher ») et l’application *indirecte* (lorsque le verbe clé peut encore être « entraver ») (p. 957). La recherche d’une autre ligne de démarcation indiquait une certaine insatisfaction à l’égard du critère proposé par le verbe de « toucher » sans que rien ne soit fait pour y remédier. Nous nous devons, à ce stade-ci, de compléter la reconsidération amorcée dans l’arrêt *Irwin Toy*, et de statuer qu’en l’absence d’une entrave, la doctrine de l’exclusivité des compétences ne s’applique pas.

(2) Identification of the “Basic, Minimum and Unassailable” Content of a Legislative Power

(2) Éléments du « contenu minimum élémentaire et irréductible » d’une compétence législative

50

One of the important contributions of *Bell Canada* (1988) was to limit the scope of the doctrine to the “basic, minimum and unassailable content” (p. 839) sometimes referred to as the “core” of the legislative power in question. (By “minimum”, we understand that Beetz J. meant the minimum content necessary to make the power effective for the purpose for which it was conferred.) This is

Parmi les contributions de l’arrêt *Bell Canada* (1988), l’une des plus importantes consiste à restreindre la portée de la règle à un « contenu minimum élémentaire et irréductible » (p. 839) parfois appelé le « contenu essentiel » de la compétence législative visée. (À notre avis, le juge Beetz entendait par « minimum », le contenu minimum nécessaire pour garantir la réalisation efficace de

necessary, according to Beetz J., to give effect to what he called “the principle of federalism underlying the Canadian Constitution” (p. 766). Thus, the success of the appellants’ argument in this appeal depended in part on locating the promotion of “peace of mind” insurance at the core of banking. For the reasons already discussed, and particularized below, we do not believe that this aspect of the appellants’ argument can be sustained.

(3) The Vital or Essential Part of an Undertaking

In the exercise of their legislative powers, federal and provincial legislators bring into existence “undertakings”. The appellant banks are “federal undertakings” constituted pursuant to the s. 91(15) banking power. In *Bell Canada (1988)*, Beetz J. spoke of interjurisdictional immunity in relation to “essential and vital elements” of such undertakings (pp. 839 and 859-60). In our view, some text writers and certainly the appellants have been inclined to give too wide a scope to what should be considered “vital or essential” to a federal undertaking. We believe that Beetz J. chose his words carefully and intended to use “vital” in its ordinary grammatical sense of “[e]ssential to the existence of something; absolutely indispensable or necessary; extremely important, crucial” (*Shorter Oxford English Dictionary* (5th ed. 2002), vol. 2, at p. 3548). The word “essential” has a similar meaning, e.g. “[a]bsolutely indispensable or necessary” (vol. 1, at p. 860). The words “vital” and “essential” were not randomly chosen. The expression “vital part” was used as a limitation on the scope of interjurisdictional immunity by Abbott J. in *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529, at p. 592, and by Martland J. in *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767 (“*Bell Canada (1966)*”), at p. 774. Martland J. also referred to an “essential part of the operation of such an undertaking”, at p. 777. What is “vital” or “essential” is, by definition, not co-extensive

l’objectif pour lequel la compétence a été attribuée.) Selon le juge Beetz, l’existence de ce contenu est nécessaire pour donner effet à ce qu’il a appelé « le principe fédéral qui sous-tend la constitution canadienne » (p. 766). Pour que les appelantes puissent avoir gain de cause dans le présent pourvoi, leur argument doit donc consister en partie à rattacher la promotion de l’assurance « paix d’esprit » au contenu essentiel des opérations bancaires. Pour les motifs que nous avons déjà exposés, et que nous précisons ci-dessous, nous ne croyons pas que cet aspect de l’argument des appelantes puisse être retenu.

(3) L’élément vital ou essentiel d’une entreprise

Dans l’exercice de leurs compétences législatives, les législateurs, fédéral et provinciaux, créent des « entreprises ». Les banques appelantes sont des « entreprises fédérales », constituées en vertu de la compétence relative aux banques prévue au par. 91(15). Dans l’arrêt *Bell Canada (1988)*, le juge Beetz a abordé l’exclusivité des compétences relativement aux « éléments essentiels ou vitaux » de telles entreprises (p. 839 et 859-860). À notre avis, certains auteurs et certainement les appelantes ont eu tendance à donner une trop large portée à l’aspect qu’il faudrait considérer comme « vital ou essentiel » à une entreprise fédérale. Nous estimons que le juge Beetz a bien pesé ses mots et qu’il entendait employer le mot « vital » dans son sens grammatical ordinaire, à savoir ce qui est « [e]ssentiel à la vie d’un individu, d’une collectivité; indispensable » (*Le Nouveau Petit Robert* (2006), p. 2788). Le mot « essentiel » a un sens similaire, soit celui de « absolument nécessaire (opposé à inutile) » (p. 950). Les mots « vital » et « essentiel » n’ont pas été choisis au hasard. L’expression [TRADUCTION] « élément essentiel » a été employée pour limiter la portée de la doctrine de l’exclusivité des compétences par le juge Abbott, dans *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529, p. 592, et par le juge Martland dans l’arrêt *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767 (« *Bell Canada (1966)* »), p. 774. Le juge Martland a également parlé, à la p. 777, d’une

with every element of an undertaking incorporated federally or subject to federal regulation. In the case of federal undertakings, Beetz J. referred to a “general rule” that there is *no* interjurisdictional immunity, provided that “the application of [the] provincial laws does not bear upon those [federal] subjects in what makes them specifically of federal jurisdiction” (*Bell Canada (1988)*, at p. 762 (emphasis added)). In the present appeal, for example, the appellants’ argument inflates out of all proportion what could reasonably be considered “vital or essential” to their banking undertaking. The promotion of “peace of mind” insurance can hardly be considered “absolutely indispensable or necessary” to banking activities unless such words are to be emptied of their ordinary meaning.

[TRADUCTION] « partie essentielle de l’exploitation d’une entreprise de ce genre ». Par définition, ce qui est « vital » ou « essentiel » ne correspond pas nécessairement à chaque élément d’une entreprise constituée sous le régime d’une loi fédérale ou assujettie à la réglementation fédérale. En ce qui concerne les entreprises fédérales, le juge Beetz a fait état d’un « principe plus général » selon lequel il n’existe *aucune* exclusivité des compétences pourvu que « [l’]assujettissement [aux lois provinciales] n’ait pas pour conséquence que ces lois [. . .] atteignent [les sujets qui relèvent de la compétence du Parlement] dans ce qui constitue justement leur spécificité fédérale » (*Bell Canada (1988)*, p. 762 (nous soulignons)). Par exemple, en l’espèce l’argument des appelantes exagère la portée de ce qui peut raisonnablement être considéré comme « vital ou essentiel » à leur entreprise bancaire. La promotion d’assurance « paix d’esprit » peut difficilement être considérée comme « absolument essentielle » aux activités bancaires à moins que ces mots soient vidés de leur sens ordinaire.

52

In this respect, following the sage common law adage that it is wise to look at what the courts do as distinguished from what they say, a useful approach to understanding the limited scope of the doctrine of interjurisdictional immunity in respect of undertakings is to see how it has been applied to the facts. A comparison between *Bell Canada (1988)* and the present case is instructive. In *Bell Canada (1988)*, the Court concluded that the application of a provincial *Act respecting occupational health and safety* could not apply to a federal telephone undertaking because such application would “enter directly and massively into the field of working conditions and labour relations . . . and . . . management and operation” of the federal utility (p. 798). Amongst other things, the provincial Act would impose “a system of partial co-management of the undertaking by the workers and the employer” (p. 810), thereby regulating the federal undertaking in a manner not sanctioned by Parliament. To the same effect is *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868, released concurrently with *Bell Canada (1988)*, where the same provincial

À cet égard, suivant le vieil adage de common law voulant qu’il soit sage de s’attacher davantage à ce que les tribunaux font qu’à ce qu’ils disent, il peut être utile, pour comprendre les limites de la doctrine de l’exclusivité des compétences au regard des entreprises, de regarder comment on l’a appliquée aux faits. La comparaison entre l’arrêt *Bell Canada (1988)* et le présent pourvoi s’avère fort instructive. Dans l’arrêt *Bell Canada (1988)*, la Cour a conclu qu’une loi provinciale sur la santé et la sécurité du travail ne pouvait s’appliquer à une entreprise de téléphone fédérale parce qu’une telle application entrerait « directement et massivement [. . .] dans le domaine des conditions de travail et des relations de travail et [. . .] de la gestion et des opérations » de cette entreprise (p. 798). La loi provinciale imposerait notamment « un régime de co-gestion partielle de l’entreprise par les travailleurs et l’employeur » (p. 810), réglementant ainsi l’entreprise fédérale d’une manière non autorisée par le Parlement. L’arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868, rendu en même temps que l’arrêt *Bell Canada (1988)*, dans lequel la même loi provinciale a été

Act was declared inapplicable to a federally regulated railway (p. 890). In the third case of the 1988 trilogy, *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897, the Court held that the preventative (as distinguished from compensatory) aspects of the B.C. provincial *Workers Compensation Act* could not apply to an interprovincial and international trucking undertaking because to do so would intrude on the management of the federally regulated undertaking, including the "B.C. Board's power to order an employer to close down all or part of the place of employment to prevent injuries" (p. 911). These cases may usefully be contrasted with *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367 (P.C.), where it was held *not* to be vital or essential for the federal government to regulate the clearance of trash and debris from the ditch on the south side of the railway undertaking's roadbed. (See also *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1028.) Yet it seems that clearing debris from the roadbed is at least as essential to the operations of a rail service as is selling optional "peace of mind" insurance to bank borrowers.

Nor do the other authorities relied on by the appellants, in our view, justify their expansive view of the elements that are vital and essential to their banking operations. It is simply not credible, in our view, to suggest that the promotion of "peace of mind" insurance is "absolutely indispensable or necessary" to enable the banks to carry out their undertakings in what makes them specifically of federal jurisdiction.

E. *The Interjurisdictional Immunity Case Law Relied on by the Appellants*

(1) The Federal Transportation Cases

The appellants rely on *Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641 (C.A.), leave to appeal to S.C.C.

déclarée inapplicable à une entreprise fédérale de chemin de fer (p. 890), abonde dans le même sens. Dans le troisième arrêt de la trilogie de 1988, *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897, la Cour a conclu que les aspects préventifs (par opposition aux aspects d'indemnisation) de la *Workers' Compensation Act* de la C.-B. ne pouvaient s'appliquer à une entreprise de camionnage interprovinciale et internationale parce que cela toucherait à la gestion de l'entreprise fédérale, y compris le « pouvoir [de la Commission de la Colombie-Britannique] d'ordonner à un employeur de fermer complètement ou partiellement le lieu de travail afin de prévenir des lésions corporelles » (p. 911). On peut utilement opposer ces arrêts à la décision *Canadian Pacific Railway Co. c. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367 (C.P.), où l'on a statué qu'il n'était *pas* vital ou essentiel au gouvernement fédéral de réglementer l'enlèvement des déchets et débris du fossé se trouvant du côté sud de la plate-forme du chemin de fer exploité par l'entreprise. (Voir également *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1028.) Il semble pourtant que l'enlèvement des débris de la plate-forme soit au moins aussi essentiel aux activités d'un service de chemin de fer que la vente d'assurance « paix d'esprit » facultative aux emprunteurs des banques.

À notre avis, les autres décisions citées par les appelantes n'appuient pas non plus leur interprétation large des éléments qui sont vitaux et essentiels à leurs opérations bancaires. Nous estimons qu'il n'est simplement pas crédible de prétendre que la promotion d'assurance « paix d'esprit » est « absolument nécessaire » pour permettre aux banques d'exploiter leurs entreprises dans ce qui constitue justement leur spécificité fédérale.

E. *Décisions relatives à l'exclusivité des compétences sur lesquelles s'appuient les appelantes*

(1) Décisions en matière de transport fédéral

Les appelantes invoquent l'arrêt *Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641 (C.A.), autorisation de pourvoi à la

refused, [2001] 1 S.C.R. ix, in which it was held that a neighbouring municipality could not impose its land-use development controls (and charges) on the planned expansion of terminal facilities at Toronto's Pearson Airport. Of course interprovincial and international carriers have a vital and essential interest in being able to land at an airport or having access to a safe harbour. Aircraft cannot remain aloft indefinitely awaiting planning permission from other levels of government. This activity does not lend itself to overlapping regulation. See *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] S.C.R. 292; *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 66 D.L.R. (3d) 610 (Ont. C.A.), and *Venchiarutti v. Longhurst* (1992), 8 O.R. (3d) 422 (C.A.). Equally, a provincial law that purported to regulate the access of its residents to banks would likely meet the same constitutional objections as provincial laws that purported to regulate the collection and discharge of international or interprovincial cargo and passengers. In *Winner*, the Judicial Committee held that a provincial law which required a particular licence to be obtained before a bus company operating an interprovincial and international bus service could "embu[s] or debu[s]" passengers would "destroy the efficacy" of the federal undertaking (pp. 668 and 675). For a province to regulate that part of the undertaking would be to usurp the regulatory function of the federal government. Access to passengers and cargo, in other words, was absolutely indispensable and necessary to the carriers' viability: see to the same effect *Registrar of Motor Vehicles v. Canadian American Transfer Ltd.*, [1972] S.C.R. 811, and *R. v. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.*, [1960] O.R. 497 (H.C.J.).

C.S.C. refusée, [2001] 1 R.C.S. ix, dans lequel il a été décidé qu'une municipalité voisine ne pouvait appliquer ses mesures de contrôle de l'aménagement du territoire (et ses frais) à l'agrandissement projeté des installations terminales de l'aéroport Pearson de Toronto. Il est évident que les transporteurs interprovinciaux et internationaux ont un intérêt vital et essentiel à pouvoir se poser dans un aéroport ou à accéder à un port sécuritaire. Les aéronefs ne peuvent rester indéfiniment en l'air dans l'attente d'une autorisation d'aménagement de la part d'autres ordres de gouvernement. Cette activité ne se prête pas à un chevauchement sur le plan de la réglementation. Voir *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] R.C.S. 292; *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 66 D.L.R. (3d) 610 (C.A. Ont.); et *Venchiarutti c. Longhurst* (1992), 8 O.R. (3d) 422 (C.A.). De la même façon, une loi provinciale visant à réglementer l'accès de ses résidents aux banques se heurterait vraisemblablement aux mêmes objections constitutionnelles qu'une loi provinciale visant à organiser l'embarquement et le débarquement des cargaisons et des passagers internationaux ou interprovinciaux. Dans *Winner*, le comité judiciaire a conclu qu'une loi provinciale obligeant une société exploitant un service d'autobus interprovincial et international à obtenir un permis avant de pouvoir [TRADUCTION] « faire embarquer ou débarquer » des passagers [TRADUCTION] « détruirait l'efficacité » de cette entreprise fédérale (p. 668 et 675). En réglementant cette partie de l'entreprise, la province se trouverait à usurper le pouvoir de réglementation du gouvernement fédéral. En d'autres termes, l'accès aux passagers et aux cargaisons était absolument nécessaire à la viabilité des transporteurs : voir au même effet *Registrar of Motor Vehicles c. Canadian American Transfer Ltd.*, [1972] R.C.S. 811, et *R. c. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.*, [1960] O.R. 497 (H.C.J.).

55

On the other hand, courts have consistently held that there is no vital or essential federal interest that would justify holding transportation undertakings immune from the rules of the road or legislation dealing with safety in the transportation industry. See, e.g., *R. v. Greening* (1992), 43 M.V.R.

Par contre, les tribunaux ont décidé de façon constante qu'aucun intérêt fédéral vital ou essentiel ne pouvait justifier que l'on mette les entreprises de transport à l'abri des codes de la route ou des lois sur la sécurité dans l'industrie du transport. Voir, par exemple, *R. c. Greening* (1992), 43 M.V.R. (2d)

(2d) 53 (Ont. Ct. (Prov. Div.)); *National Battlefields Commission*, at p. 860; *R. v. TNT Canada Inc.* (1986), 37 D.L.R. (4th) 297 (Ont. C.A.), at p. 303. These cases, in our view, are more closely analogous to the facts here.

In *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754, the Court held that it was not vital or essential to the federal interest to regulate the wages and working conditions of employees of an independent contractor (not itself a federal undertaking) constructing an airport building. In *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581, provincial liquor laws were held applicable to airlines because the sale of liquor was a benefit but not essential to the airline undertaking. The same could be said of the relationship between the promotion of insurance and the banking business.

(2) The Federal Communication Undertakings

Reference has already been made to the appellants' reliance on *Bell Canada (1966)* and *Bell Canada (1988)*. One of the first cases to find a valid provincial law inapplicable to a federal undertaking was *Toronto Corporation*. The province purported to authorize the municipality to regulate the construction of Bell's conduits, poles and cables, but the court held that "no provincial legislature . . . is competent to interfere with [Bell's] operations, as authorized by . . . Parliament" (p. 57). Reference should be made to *Re Public Utilities Commission and Victoria Cablevision Ltd.* (1965), 51 D.L.R. (2d) 716 (B.C.C.A.), to the same effect. The federal interest extends not only to the management of the undertaking but also to ensuring that the undertaking can fulfill its fundamental mandate "in what makes them specifically of federal jurisdiction" (*Bell Canada (1988)*, at p. 762). Unimpeded access to conduits and poles was, in other words, absolutely indispensable and necessary to allow Bell to fulfill its federal mandate.

53 (C. Ont. (Div. prov.)); *Commission des champs de bataille nationaux*, p. 860; *R. c. TNT Canada Inc.* (1986), 37 D.L.R. (4th) 297 (C.A. Ont.), p. 303. À notre avis, ces affaires ressemblent davantage aux faits de l'espèce.

Dans *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, la Cour a conclu qu'il n'était pas vital ou essentiel à l'intérêt fédéral de réglementer les salaires et les conditions de travail des employés d'un entrepreneur indépendant (il ne s'agissait pas d'une entreprise fédérale) chargé de la construction d'un aéroport. Dans l'arrêt *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581, on a jugé que les lois provinciales en matière d'alcool étaient applicables aux compagnies aériennes parce que la vente d'alcool constituait un avantage mais n'était pas essentielle à l'entreprise aérienne. On pourrait en dire autant de la relation entre la promotion d'assurance et l'entreprise des banques.

(2) Les entreprises fédérales de communication

Nous avons déjà mentionné les arrêts *Bell Canada (1966)* et *Bell Canada (1988)* sur lesquels s'appuient les appelantes. L'arrêt *Toronto Corporation* est l'un des premiers arrêts dans lesquels on a conclu qu'une loi provinciale valide ne s'appliquait pas à une entreprise fédérale. La province cherchait à autoriser la municipalité à réglementer la construction des conduits, poteaux et câbles de Bell, mais la Cour a statué que [TRADUCTION] « aucune législature provinciale [. . .] n'a compétence pour intervenir dans les activités [de Bell] autorisées par le Parlement » (p. 57). Il convient de mentionner l'arrêt *Re Public Utilities Commission and Victoria Cablevision Ltd.* (1965), 51 D.L.R. (2d) 716 (C.A.C.-B.), qui va dans le même sens. L'intérêt fédéral comprend non seulement la gestion de l'entreprise, mais aussi l'assurance que l'entreprise pourra accomplir son mandat fondamental « dans ce qui constitue justement [sa] spécificité fédérale » (*Bell Canada (1988)*, p. 762). Autrement dit, un accès sans entrave aux conduits et poteaux devenait absolument nécessaire pour permettre à Bell d'accomplir son mandat fédéral.

58 These cases do not assist the appellants. Alberta's insurance law does not deny banks access to insurance as collateral. Just because banks require collateral does not mean they must have an essential role as an insurance agent or promoter. Banks can simply indicate their requirements to the prospective borrower, and let the borrower find its own insurance. Of course, profits from the promotion of insurance support the bottom line of banks just as advertising dollars support broadcasters, yet the Court found a provincial law regulating advertising applicable to a company seeking to advertise on a federal broadcast undertaking in *Attorney-General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 211.

(3) The Maritime Law Cases

59 The appellants rely on *Ordon Estate*, citing the proposition that maritime negligence law is considered part of the unassailable core of Parliament's exclusive jurisdiction over navigation and shipping and this was in part

because of the intrinsically multi-jurisdictional nature of maritime matters, particularly claims against vessels or those responsible for their operation. This concern for uniformity is one reason, among others, why the application of provincial statutes of general application to a maritime negligence claim cannot be permitted. [para. 93]

We would have thought that in the case of insurance, the concern for uniformity favours the provincial law so that all promoters of insurance within the province are subject to uniform standards of marketing behaviour and fair practices.

(4) The Indian Cases

60 The appellants relied on certain observations about interjurisdictional immunity in *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55, but of

Ces arrêts ne sont d'aucune utilité aux appelantes. Le droit des assurances de l'Alberta n'empêche pas les banques d'avoir accès à l'assurance comme garantie. Le simple fait que les banques exigent des garanties ne signifie pas qu'elles doivent jouer un rôle essentiel en tant qu'agents ou promoteurs de produits d'assurance. Les banques peuvent se contenter de faire connaître leurs exigences à l'emprunteur éventuel, et laisser à ce dernier le soin de trouver sa propre assurance. Certes, les profits tirés de la promotion d'assurance permettent aux banques de dégager un bénéfice net, tout comme le font les recettes publicitaires pour les radiodiffuseurs, mais la Cour a conclu, dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211, qu'une loi provinciale régissant la publicité s'appliquait à une société désirant acheter de la publicité à une entreprise de radiodiffusion fédérale.

(3) Les arrêts en matière de droit maritime

Les appelantes invoquent l'arrêt *Succession Ordon*, selon lequel les règles de droit maritime relatives à la négligence constituent un élément du contenu essentiel irréductible de la compétence exclusive du Parlement sur la navigation et les expéditions par eau, et ce, en partie parce que

les questions maritimes, de par leur nature, font intervenir une multiplicité d'autorités législatives, en particulier dans le cadre des actions dirigées contre des navires ou leurs exploitants. Ce souci d'uniformité est l'un des motifs pour lesquels l'application des lois provinciales de portée générale dans le cadre d'une action pour négligence en matière maritime ne saurait être permise. [par. 93]

Nous aurions pensé qu'en matière d'assurance, ce souci d'uniformité favoriserait le droit provincial, de sorte que tous les promoteurs d'assurance dans la province devraient être assujettis à des règles uniformes sur le plan de la commercialisation et des pratiques loyales.

(4) Les arrêts concernant les Indiens

Les appelantes s'appuient sur certaines observations faites au sujet de l'exclusivité des compétences dans *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003

course the actual holding in that case was that notwithstanding exclusive federal jurisdiction over “Indians, and Lands reserved for the Indians”, a provincial Forest Appeals Commission could properly consider questions relating to aboriginal rights arising in the execution of its valid provincial mandate respecting forestry resources. In *Kitkatla Band*, our Court held that a provincial law relating to the preservation of heritage objects applied because its application did not affect aboriginal rights or title. These cases further demonstrate that the Court has taken a strict view of the “basic, minimum and unassailable content” of the federal power in relation to “Indians” who are, in limited respects, federal “persons”, and to that extent these cases undermine rather than advance the banks’ argument.

In some cases, it is true, the Court has found a vital or essential federal interest to justify federal exclusivity because of the special position of aboriginal peoples in Canadian society or, as Gonthier J. put it in the *National Battlefields Commission* case mentioned earlier, “the fundamental federal responsibility for a thing or person” (p. 853). Thus, in *Natural Parents*, Laskin C.J. held the provincial *Adoption Act* to be inapplicable to Indian children on a reserve because to compel the surrender of Indian children to non-Indian parents “would be to touch ‘Indianness’, to strike at a relationship integral to a matter outside of provincial competence” (pp. 760-61). Similarly, in *Derrickson*, the Court held that the provisions of the British Columbia *Family Relations Act* dealing with the division of family property were not applicable to lands reserved for Indians because “[t]he right to possession of lands on an Indian reserve is manifestly of the very essence of the federal exclusive legislative power under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*” (p. 296). In *Paul v. Paul*, [1986] 1 S.C.R. 306, our Court held that provincial family law could not govern disposition of the matrimonial home on a reserve. In these cases, what was at issue was relationships within Indian families and reserve communities, matters that

CSC 55, mais évidemment, suivant la conclusion tirée dans cet arrêt, malgré la compétence fédérale exclusive sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens », une commission provinciale d’appel des forêts pouvait valablement examiner les questions de droits ancestraux soulevées dans le cadre de l’accomplissement de sa mission provinciale valide en matière de ressources forestières. Dans l’arrêt *Bande Kitkatla*, notre Cour a conclu à l’applicabilité d’une loi provinciale sur la préservation des objets patrimoniaux parce que l’application de cette loi ne portait pas atteinte à un titre autochtone ou à des droits ancestraux. Ces arrêts démontrent en outre que la Cour a donné une interprétation restrictive au « contenu minimum élémentaire et irréductible » de la compétence fédérale sur les « Indiens » qui sont, à certains égards, des « personnes » fédérales, et dans cette mesure, ces arrêts affaiblissent l’argument des banques plutôt que de le renforcer.

Il est vrai que dans certaines décisions, pour faire reconnaître la compétence exclusive du gouvernement fédéral, la Cour a reconnu l’existence d’un intérêt fédéral vital ou essentiel en raison de la situation particulière des peuples autochtones au sein de la société canadienne ou, comme l’a affirmé le juge Gonthier dans l’arrêt *Commission des champs de bataille nationaux* déjà mentionné, de la « responsabilité fédérale fondamentale à l’égard d’une chose ou d’une personne » (p. 853). Ainsi, dans *Parents naturels*, le juge en chef Laskin a conclu que l’*Adoption Act* de la province était inapplicable aux enfants indiens vivant dans une réserve parce que le fait de contraindre les Indiens à abandonner leurs enfants aux mains de parents non indiens « porterait atteinte à la quiddité indienne et aux liens personnels qui font partie intégrante d’une matière qui ne relève pas de l’autorité provinciale » (p. 760-761). De même, dans *Derrickson*, selon notre Cour, les dispositions de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique traitant du partage des biens familiaux ne pouvaient s’appliquer aux terres réservées aux Indiens parce que « [l]e droit de posséder des terres sur une réserve indienne relève manifestement de l’essence même de la compétence législative fédérale exclusive que confère le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* » (p. 296). Dans *Paul c. Paul*, [1986]

could be considered absolutely indispensable and essential to their cultural survival. On the other hand, in *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031, this Court held that a non-Indian business on a reserve that was partly owned and operated by Indians (but not the band) was subject to provincial labour regulation. The Court could not discern a need for federal exclusivity in a matter so remote from its special responsibilities for aboriginal peoples. In other words, in their federal aspect (“Indianness”), Indian people are governed by federal law exclusively, but in their activities as citizens of a province, they remain subject to provincial laws of general application. As it is with Indians, so it must be with chartered banks.

1 R.C.S. 306, notre Cour a jugé que le droit familial provincial ne pouvait régir le droit d’occuper une résidence familiale située sur une réserve. Ces arrêts portaient sur les relations au sein des familles indiennes et des collectivités vivant dans les réserves, matières qui pouvaient être considérées comme absolument nécessaires et essentielles à leur survie culturelle. Dans *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d’Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031, par contre, notre Cour a conclu qu’une entreprise non indienne située sur une réserve et partiellement détenue et exploitée par des Indiens (mais non par la bande) était assujettie à la réglementation provinciale sur les relations de travail. La Cour n’a pas admis la nécessité de reconnaître au fédéral une compétence exclusive dans une matière aussi éloignée de ses responsabilités particulières à l’égard des peuples autochtones. En d’autres termes, les Autochtones sont régis exclusivement par le droit fédéral dans leur dimension fédérale (la « quiddité indienne »), mais restent assujettis aux lois provinciales d’application générale dans les activités auxquelles ils se livrent en tant que citoyens d’une province. Il devrait en être de même des banques à charte.

(5) The Management of Federal Institutions

(5) La gestion des entreprises fédérales

62

The cases relied upon by the appellants dealing with the management of federal undertakings, including the 1988 trilogy, belong in fact to a broader line of cases dealing with federal institutions, where management has been considered an absolutely indispensable and necessary element of federal jurisdiction. These include the post office: *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248 (province cannot fix wages of postal employees); *Letter Carriers’ Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178 (province cannot regulate labour relations in the post office); and the RCMP: *Attorney General of Quebec v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218 (circumscribing a provincial public enquiry because “no provincial authority may intrude into its management” (p. 242)), and *Attorney General of Alberta v. Putnam*, [1981] 2 S.C.R. 267 (holding inapplicable a provincial police complaints procedure). Yet RCMP officers are obliged to observe, for example, provincial

Les arrêts en matière de gestion des entreprises fédérales sur lesquels se fondent les appelantes, notamment la trilogie de 1988, s’inscrivent en fait dans un courant jurisprudentiel plus vaste traitant des institutions fédérales et dans lequel la gestion a été considérée comme un élément absolument nécessaire de la compétence fédérale. Ces entreprises comprennent les bureaux de poste : *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248 (la province ne peut fixer les salaires des employés des postes); *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178 (la province ne peut régler les relations de travail dans les bureaux de poste); et la GRC : *Procureur général du Québec c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218 (sur la nécessité de circonscrire les enquêtes publiques provinciales parce « qu’aucune autorité provinciale ne peut s’ingérer dans son administration » (p. 242)) et *Procureur général de l’Alberta c. Putnam*, [1981] 2 R.C.S. 267 (dans lequel on a

highway traffic laws. Such laws do not affect the core of “what they do and what they are” that is specifically of federal interest.

Viewed in this larger context, it seems evident that the 1988 trilogy, focussed as it is on management, cannot be read as broadly as the appellant banks urge. The optional sale of borrowers’ “peace of mind” insurance is not connected to a “basic, minimum and unassailable element” of the federal banking power or a “vital” part of the *banking* undertaking of the appellant banks.

(6) The Regulation of Federal Companies and Undertakings

The respondent, for its part, relied on *Canadian Indemnity*. In that case, British Columbia had introduced a universal compulsory automobile insurance plan to be administered by the Insurance Corporation of British Columbia to the exclusion of the appellants who were insurance companies incorporated federally or abroad. The Court held that “[t]he fact that a federally-incorporated company has, by federal legislation, derived existence as a legal person, with designated powers, does not mean that it is thereby exempted from the operation of such provincial regulation” (p. 519). In the present case, of course, the exclusive federal power is in relation to “banking” as well as “the incorporation of banks”.

As to what constitutes “banking”, however, the Court has taken the view that it does *not* include “every transaction coming within the legitimate business of a banker” because taken literally such a definition

would then mean for instance that the borrowing of money or the lending of money, with or without

conclu à l’inapplicabilité d’une procédure provinciale d’instruction des plaintes). Les agents de la GRC sont néanmoins tenus de respecter, par exemple, les lois provinciales régissant la circulation routière. Ces lois ne touchent pas au contenu essentiel « de leur existence et de leur être » dans ce qui constitue leur spécificité fédérale.

Dans ce contexte plus vaste, il semble évident que la trilogie de 1988, centrée comme elle l’était sur la question de la gestion des entreprises fédérales, ne peut recevoir une interprétation aussi large que celle préconisée par les banques. La vente facultative aux emprunteurs d’une assurance « paix d’esprit » n’a aucun lien avec le « contenu minimum élémentaire et irréductible » de la compétence fédérale sur les banques ou avec une partie « essentielle » de l’entreprise des banques appelantes.

(6) La réglementation des sociétés et entreprises fédérales

L’intimée, quant à elle, invoque l’arrêt *Canadian Indemnity*. Dans cette affaire, la Colombie-Britannique avait instauré un régime d’assurance-automobile obligatoire et universel devant être administré par la Corporation d’assurance de la Colombie-Britannique sauf en ce qui concernait les appelantes qui étaient des compagnies d’assurance constituées sous le régime d’une loi fédérale ou à l’étranger. La Cour a conclu que « [l]e fait qu’une compagnie à charte fédérale tire sa personnalité juridique et des pouvoirs spécifiques de la législation fédérale ne la soustrait pas pour autant à l’effet de cette réglementation provinciale » (p. 519). En l’espèce, évidemment, la compétence fédérale exclusive porte autant sur les opérations des « banques » que sur « l’incorporation des banques ».

En discutant de la nature des « opérations bancaires », cependant, la Cour a estimé qu’elles ne s’entendent *pas* de [TRADUCTION] « toute opération entrant dans l’entreprise légitime d’un banquier » parce qu’une telle définition, si on l’interprétait littéralement,

signifierait, par exemple, que les emprunts ou les prêts d’argent, avec ou sans garantie, ce qui fait partie de

63

64

65

security, which come[s] within the legitimate business of a great many other types of institutions as well as of individuals, would, in every respect, fall under the exclusive legislative competence of Parliament. Such a result was never intended.

(*Canadian Pioneer Management*, at p. 468, per Beetz J.)

This observation takes on particular relevance here. Section 409(2) of the *Bank Act* provides that “[f]or greater certainty, the business of banking includes (a) providing any financial service”. The appellants cannot plausibly argue that banks are immune from provincial laws of general application in relation to “any” financial service, as this would not only render inapplicable elements of the *Insurance Act* but potentially render inapplicable provincial laws relating to mortgages, securities and many other “services” as well.

66

Of greater relevance to the present appeal is the line of cases that have applied provincial environmental law to federal entities engaged in activities regulated federally. In *Ontario v. Canadian Pacific*, the federally regulated railway was held to be subject to the Ontario *Environmental Protection Act* with respect to smoke it caused by burning dead grass along its right-of-way, despite the fact that the fires were set by the railway company to comply with the federal *Railway Act*. The Ontario Court of Appeal held that the principle of interjurisdictional immunity did not apply (see (1993), 13 O.R. (3d) 389), and an appeal to this Court was unanimously dismissed with brief reasons. In *TNT Canada*, an interprovincial trucking company was held bound by provincial regulations governing the carriage of PCB waste. As MacKinnon A.C.J.O. observed, at p. 303:

In the same way that the province can regulate speed limits and the mechanical conditions of vehicles on the roads of the province for the protection and safety of other highway users, it can set conditions for the carriage of particular toxic substances within the province,

l’entreprise légitime de plusieurs autres types d’institutions ainsi que des particuliers, relèveraient, à tout point de vue, de la compétence législative exclusive du Parlement. On n’a jamais voulu un tel résultat.

(*Canadian Pioneer Management*, p. 468, le juge Beetz)

Cette observation devient particulièrement pertinente en l’espèce. Le paragraphe 409(2) de la *Loi sur les banques* prévoit que « [s]ont notamment considérés comme des opérations bancaires : a) la prestation de services financiers ». Les appelantes ne sauraient vraisemblablement prétendre que les banques sont soustraites aux lois provinciales d’application générale relatives aux services financiers. Adopter une telle position non seulement rendrait inapplicables certains éléments de l’*Insurance Act*, mais pourrait aussi priver d’application des lois provinciales régissant les hypothèques, les valeurs mobilières ainsi que plusieurs autres « services ».

Le courant jurisprudentiel dans lequel on a appliqué le droit de l’environnement provincial à des entités fédérales se livrant à des activités réglementées par le fédéral se révèle nettement plus pertinent en l’espèce. Dans *Ontario c. Canadien Pacifique*, on a jugé que l’entreprise fédérale de chemin de fer était assujettie à la *Loi sur la protection de l’environnement* de l’Ontario en ce qui concernait la fumée dégagée par le brûlage des herbes sèches sur son emprise, malgré le fait qu’elle avait allumé les feux pour se conformer à la *Loi sur les chemins de fer* fédérale. La Cour d’appel de l’Ontario a conclu que la doctrine de l’exclusivité des compétences ne s’appliquait pas (voir (1993), 13 O.R. (3d) 389), et le pourvoi devant notre Cour a été rejeté à l’unanimité dans de brefs motifs. Dans *TNT Canada*, une entreprise de camionnage interprovinciale a été contrainte à respecter la réglementation provinciale sur le transport de déchets contenant des BPC. Comme le juge en chef adjoint MacKinnon l’a fait observer, à la p. 303 :

[TRADUCTION] Tout comme elle peut réglementer les vitesses limites et l’état mécanique des véhicules circulant sur ses routes en vue d’assurer la protection et la sécurité des autres automobilistes, la province peut imposer des conditions quant au transport de certaines

provided that the conditions do not interfere in any substantial way with the carrier's general or particular carriage of goods, and are not in conflict either directly or indirectly with federal legislation in the field.

(7) Conclusion

In our view, the above review of the case law cited by the appellants, the respondent and interveners shows that not only *should* the doctrine of inter-jurisdictional immunity be applied with restraint, but with rare exceptions it *has* been so applied. Although the doctrine is in principle applicable to all federal and provincial heads of legislative authority, the case law demonstrates that its natural area of operation is in relation to those heads of legislative authority that confer on Parliament power over enumerated federal things, people, works or undertakings. In most cases, a pith and substance analysis and the application of the doctrine of paramountcy have resolved difficulties in a satisfactory manner.

We turn, then, to the second branch of the appellants' argument, namely that they are relieved of compliance with provincial insurance regulations by the doctrine of federal paramountcy.

F. *Doctrine of Federal Paramountcy*

According to the doctrine of federal paramountcy, when the operational effects of provincial legislation are incompatible with federal legislation, the federal legislation must prevail and the provincial legislation is rendered inoperative to the extent of the incompatibility. The doctrine applies not only to cases in which the provincial legislature has legislated pursuant to its ancillary power to trench on an area of federal jurisdiction, but also to situations in which the provincial legislature acts within its primary powers, and Parliament pursuant to its ancillary powers. This doctrine is much better suited to contemporary Canadian federalism than is the doctrine of inter-jurisdictional immunity, as this Court has expressly

substances toxiques sur son territoire, pourvu que ces conditions n'entraient pas de façon importante le transport de marchandises général ou particulier du transporteur et n'entrent pas directement ou indirectement en conflit avec les lois fédérales dans le domaine.

(7) Conclusion

À notre avis, cette étude de la jurisprudence invoquée par les appelantes, l'intimée et les intervenants démontre que non seulement la doctrine de l'exclusivité des compétences *devrait* être appliquée avec retenue, mais qu'à de rares exceptions près, c'est ainsi qu'elle *a* été appliquée. Même si en principe la doctrine est applicable à tous les chefs de compétence législative fédérale ou provinciale, la jurisprudence nous enseigne que les chefs de compétence législative qui confèrent au Parlement la compétence sur certains ouvrages ou certaines choses, personnes ou entreprises se révèlent plus propices à son application. Dans la plupart des cas, une analyse du caractère véritable et l'application de la doctrine de la prépondérance ont permis de résoudre de manière satisfaisante les difficultés rencontrées.

Nous passons donc à l'examen du deuxième volet de l'argument des appelantes, soit qu'elles sont soustraites à la réglementation provinciale sur l'assurance en vertu de la doctrine de la prépondérance fédérale.

F. *Doctrine de la prépondérance fédérale*

Selon la doctrine de la prépondérance fédérale, lorsque les effets d'une législation provinciale sont incompatibles avec une législation fédérale, la législation fédérale doit prévaloir et la législation provinciale être déclarée inopérante dans la mesure de l'incompatibilité. La doctrine s'applique non seulement dans les cas où la législature provinciale a légiféré en vertu de son pouvoir accessoire d'empiéter dans un domaine de compétence fédérale, mais aussi dans les situations où la législature provinciale agit dans le cadre de ses compétences principales et le Parlement fédéral en vertu de ses pouvoirs accessoires. Cette doctrine est beaucoup mieux adaptée au fédéralisme canadien contemporain que celle de l'exclusivité des compétences,

67

68

69

acknowledged in the “double aspect” cases (*Mangat*, at para. 52).

comme l’a d’ailleurs explicitement reconnu notre Cour dans les cas de « double aspect » (*Mangat*, par. 52).

70 Of course, the main difficulty consists in determining the degree of incompatibility needed to trigger the application of the doctrine of federal paramountcy. The answer the courts give to this question has become one of capital importance for the development of Canadian federalism. To interpret incompatibility broadly has the effect of expanding the powers of the central government, whereas a narrower interpretation tends to give provincial governments more latitude.

Bien entendu, la difficulté principale consiste à déterminer le degré d’incompatibilité nécessaire pour déclencher l’application de cette doctrine. La réponse que les tribunaux donnent à cette question a pris une importance capitale pour le développement du fédéralisme canadien. En effet, une interprétation large de la notion d’incompatibilité étend les pouvoirs du gouvernement central. Au contraire, une interprétation plus restrictive tend à laisser plus de marge de manœuvre aux gouvernements provinciaux.

71 In developing its approach, this Court, despite the problems occasionally caused by certain relevant aspects of its case law, has shown a prudent measure of restraint in proposing strict tests: *General Motors*, at p. 669. In *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, the Court defined the fundamental test for determining whether there is sufficient incompatibility to trigger the application of the doctrine of federal paramountcy. Dickson J. stated:

Dans l’élaboration de son analyse, malgré les problèmes parfois créés par certains aspects de sa jurisprudence sur le sujet, notre Cour a su faire preuve d’une retenue prudente en proposant des critères stricts : *General Motors*, p. 669. Dans l’arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, elle a énoncé le critère fondamental servant à déterminer s’il existe une incompatibilité suffisante pour déclencher l’application de la doctrine de la prépondérance fédérale. Le juge Dickson a affirmé ce qui suit :

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says “yes” and the other says “no”; “the same citizens are being told to do inconsistent things”; compliance with one is defiance of the other. [p. 191]

En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d’exclusion sauf lorsqu’il y a un conflit véritable, comme lorsqu’une loi dit « oui » et que l’autre dit « non »; « on demande aux mêmes citoyens d’accomplir des actes incompatibles »; l’observance de l’une entraîne l’inobservance de l’autre. [p. 191]

72 Thus, according to this test, the mere existence of a duplication of norms at the federal and provincial levels does not in itself constitute a degree of incompatibility capable of triggering the application of the doctrine. Moreover, a provincial law may in principle add requirements that supplement the requirements of federal legislation (*Spraytech*). In both cases, the laws can apply concurrently, and citizens can comply with either of them without violating the other.

Ainsi, selon ce critère, un simple dédoublement de normes semblables aux niveaux fédéral et provincial ne constitue pas en soi un cas d’incompatibilité déclenchant l’application de la doctrine. De plus, une loi provinciale peut en principe ajouter des exigences supplémentaires à celles de la législation fédérale (*Spraytech*). En effet, dans les deux cas, les législations peuvent agir concurremment et les citoyens peuvent les respecter toutes les deux, sans violer l’une ou l’autre.

73 Nevertheless, there will be cases in which imposing an obligation to comply with provincial

Cela dit, il survient des cas où l’imposition de l’obligation de se conformer à une législation

legislation would in effect frustrate the purpose of a federal law even though it did not entail a direct violation of the federal law's provisions. The Court recognized this in *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, in noting that Parliament's "intent" must also be taken into account in the analysis of incompatibility. The Court thus acknowledged that the impossibility of complying with two enactments is not the sole sign of incompatibility. The fact that a provincial law is incompatible with the purpose of a federal law will also be sufficient to trigger the application of the doctrine of federal paramountcy. This point was recently reaffirmed in *Mangat* and in *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13.

That being said, care must be taken not to give too broad a scope to *Hall*, *Mangat* and *Rothmans*. The Court has never given any indication that it intended, in those cases, to reverse its previous decisions and adopt the "occupied field" test it had clearly rejected in *O'Grady* in 1960. The fact that Parliament has legislated in respect of a matter does not lead to the presumption that in so doing it intended to rule out any possible provincial action in respect of that subject. As this Court recently stated, "to impute to Parliament such an intention to 'occup[y] the field' in the absence of very clear statutory language to that effect would be to stray from the path of judicial restraint in questions of paramountcy that this Court has taken since at least *O'Grady*" (*Rothmans*, at para. 21).

An incompatible federal legislative intent must be established by the party relying on it, and the courts must never lose sight of the fundamental rule of constitutional interpretation that, "[w]hen a federal statute can be properly interpreted so as not to interfere with a provincial statute, such an interpretation is to be applied in preference to another applicable construction which would bring about a conflict between the two statutes" (*Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, at p. 356). To sum up, the onus is on the party relying on the doctrine of federal paramountcy to

provinciale équivaldrait à empêcher la réalisation de l'objectif de la loi fédérale, sans toutefois entraîner une violation directe de ses dispositions. C'est ce que notre Cour a reconnu dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, lorsqu'elle a noté qu'il faut tenir compte de l'« intention » du législateur fédéral dans le cadre de l'analyse de l'incompatibilité. Notre Cour a ainsi admis que l'impossibilité de se conformer aux deux textes de loi ne constitue pas le seul signe d'incompatibilité. Le fait que la loi provinciale soit incompatible avec l'objet d'une loi fédérale suffira pour déclencher l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale. Cette précision a récemment été soulignée à nouveau dans les arrêts *Mangat* et *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13.

Cela dit, il faut éviter de donner une portée trop large aux arrêts *Hall*, *Mangat* et *Rothmans*. Notre Cour n'a jamais donné d'indication qu'elle entendait, par ces arrêts, renverser ses décisions antérieures et adopter le test du « champ occupé » qu'elle a clairement rejeté dans l'arrêt *O'Grady* de 1960. Le fait que le législateur fédéral ait légiféré sur une matière n'entraîne pas la présomption qu'il a voulu, par là, exclure toute possibilité d'intervention provinciale sur le sujet. Comme l'affirmait récemment notre Cour, « on ne peut prêter au Parlement l'intention de vouloir [TRADUCTION] "occuper tout le champ", en l'absence d'un texte de loi clair à cet effet, sans s'écarter de l'attitude de retenue judiciaire pour les questions de prépondérance des lois fédérales que respecte la Cour depuis au moins l'arrêt *O'Grady* » (*Rothmans*, par. 21).

L'intention législative fédérale incompatible doit être établie par la partie qui l'invoque et les tribunaux ne doivent jamais perdre de vue la règle d'interprétation constitutionnelle fondamentale selon laquelle « [c]haque fois qu'on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu'elle n'entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit » (*Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, p. 356). En résumé, il revient à celui qui invoque la doctrine de la prépondérance fédérale de démontrer

74

75

demonstrate that the federal and provincial laws are in fact incompatible by establishing either that it is impossible to comply with both laws or that to apply the provincial law would frustrate the purpose of the federal law.

G. *Order of Application of the Constitutional Doctrines*

76 The above review of constitutional doctrines inevitably raises questions about the logical order in which they should be applied. It would be difficult to avoid beginning with the “pith and substance” analysis, which serves to determine whether the legislation in question is in fact *valid*. The other two doctrines serve merely to determine whether a valid law is *applicable* or *operative* in specific circumstances.

77 Although our colleague Bastarache J. takes a different view on this point, we do not think it appropriate to *always* begin by considering the doctrine of interjurisdictional immunity. To do so could mire the Court in a rather abstract discussion of “cores” and “vital and essential” parts to little practical effect. As we have already noted, interjurisdictional immunity is of limited application and should in general be reserved for situations already covered by precedent. This means, in practice, that it will be largely reserved for those heads of power that deal with federal things, persons or undertakings, or where in the past its application has been considered absolutely indispensable or necessary to enable Parliament or a provincial legislature to achieve the purpose for which exclusive legislative jurisdiction was conferred, as discerned from the constitutional division of powers as a whole, or what is absolutely indispensable or necessary to enable an undertaking to carry out its mandate in what makes it specifically of federal (or provincial) jurisdiction. If a case can be resolved by the application of a pith and substance analysis, and federal paramountcy where necessary, it would be preferable to take that approach, as this Court did in *Mangat*.

une incompatibilité réelle entre les législations provinciale et fédérale, en établissant, soit qu’il est impossible de se conformer aux deux législations, soit que l’application de la loi provinciale empêcherait la réalisation du but de la législation fédérale.

G. *L’ordre d’application des doctrines constitutionnelles*

L’étude des doctrines constitutionnelles que nous venons de faire conduit inévitablement à des interrogations sur l’ordre logique de leur application. On saurait difficilement éviter de recourir en premier lieu à l’analyse du « caractère véritable » des lois. En effet, cette analyse vise à vérifier la *validité* même de la législation en cause. Les deux autres doctrines ne servent qu’à contrôler son *applicabilité* ou son *caractère opérant* dans des circonstances particulières.

Malgré le point de vue différent de notre collègue le juge Bastarache sur ce point, nous ne croyons pas qu’il convienne de *toujours* commencer l’analyse en examinant d’abord la doctrine de l’exclusivité des compétences. La Cour risquerait ainsi de s’enfermer dans une analyse plutôt abstraite du « contenu essentiel » et des éléments « vitaux et essentiels » qui aurait peu d’utilité en pratique. Nous tenons à rappeler que la doctrine de l’exclusivité des compétences reste d’une application restreinte, et qu’elle devrait, en général, être limitée aux situations déjà traitées dans la jurisprudence. Concrètement, cela signifie qu’elle ne sera principalement destinée qu’aux chefs de compétence qui concernent les choses, personnes ou entreprises fédérales, ou encore qu’aux cas où son application a déjà été jugée absolument nécessaire pour permettre au Parlement ou à une législature provinciale de réaliser l’objectif pour lequel la compétence législative exclusive a été attribuée, selon ce qui ressort du partage constitutionnel des compétences dans son ensemble, ou qu’à ce qui est absolument nécessaire pour permettre à une entreprise d’accomplir son mandat dans ce qui constitue justement sa spécificité fédérale (ou provinciale). Si une affaire peut être décidée en appliquant l’analyse du caractère véritable, et la doctrine de la prépondérance fédérale au besoin, il sera préférable d’emprunter cette voie, comme l’a fait notre Cour dans l’arrêt *Mangat*.

In the result, while in theory a consideration of interjurisdictional immunity is apt for consideration after the pith and substance analysis, in practice the absence of prior case law favouring its application to the subject matter at hand will generally justify a court proceeding directly to the consideration of federal paramountcy.

H. *Application to the Facts of this Case*

While the particular factual elements of this case have already been canvassed for the purpose of the legal analysis, we will address them in greater depth out of respect for the detailed arguments of the parties.

(1) The Pith and Substance of the Alberta Insurance Act Relates to Property and Civil Rights in the Province

The Alberta *Insurance Act* is a valid law. As the banks acknowledge, the business of insurance in general falls within the authority of the provinces as a matter of property and civil rights. See, e.g., *Parsons* and *Canadian Pioneer Management*. As noted earlier, a federally incorporated company remains subject to provincial regulation in respect of its insurance business: *Canadian Indemnity*. The banks say however that the promotion of their eight lines of “authorized” insurance products is integral to their lending practices, and thus to banking, which is a federally regulated activity.

Nevertheless, banks, as such, are not exempt from provincial law. In *Bank of Toronto v. Lambe*, as mentioned earlier, it was held that the bank was subject to a provincial tax aimed at banks. In *Gregory Co. v. Imperial Bank of Canada*, [1960] C.S. 204, it was held by the Quebec Superior Court that a bank is subject to provincial securities laws. Accordingly, the mere fact that the banks now participate in the promotion of insurance does not change the essential nature of the insurance

En définitive, si en théorie l'examen de l'exclusivité des compétences peut être entrepris une fois achevée l'analyse du caractère véritable, en pratique, l'absence de décisions antérieures préconisant son application à l'objet du litige justifiera en général le tribunal de passer directement à l'examen de la prépondérance fédérale.

H. *Application aux faits de l'espèce*

Bien que nous ayons déjà passé en revue les éléments factuels de la présente affaire pour les besoins de notre analyse juridique, nous les examinerons maintenant de manière plus approfondie par respect pour les arguments rigoureux qu'ont invoqués les parties.

(1) Le caractère véritable de l'Insurance Act de l'Alberta se rapporte à la propriété et aux droits civils dans la province

L'*Insurance Act* de l'Alberta est une loi valide. Comme les banques le reconnaissent, le commerce de l'assurance en général relève de la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils. Voir, par exemple, les arrêts *Parsons* et *Canadian Pioneer Management*. Tel que mentionné précédemment, une société constituée sous le régime d'une loi fédérale demeure assujettie à la réglementation provinciale en ce qui concerne ses activités d'assurance : *Canadian Indemnity*. Les banques affirment toutefois que la promotion de leurs huit types de produits d'assurance « autorisée » fait partie intégrante de leurs pratiques de crédit, et donc des opérations bancaires, un secteur d'activité régi par le droit fédéral.

Les banques en tant que telles ne sont cependant pas soustraites au droit provincial. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'arrêt *Bank of Toronto c. Lambe* a décidé que la banque était assujettie à un impôt provincial visant les banques. Dans *Gregory Co. c. Imperial Bank of Canada*, [1960] C.S. 204, la Cour supérieure du Québec a statué que les banques étaient assujetties aux lois provinciales sur les valeurs mobilières. Par conséquent, le simple fait que les banques se livrent maintenant à la

78

79

80

81

activity, which remains a matter generally falling within provincial jurisdiction.

promotion d'assurance ne modifie en rien la nature essentielle de l'activité d'assurance, qui demeure une matière relevant généralement de la compétence provinciale.

82 In this respect, the banks' argument is also that while insurance is generally a provincial matter, when used as collateral for bank loans, credit-related insurance is "integrated" into banking in the same way that negligence law was held to be "integral" to shipping and navigation in *Ordon Estate*. This integration contention fails on the facts, as discussed here.

À cet égard, les banques prétendent également que si l'assurance constitue généralement une matière provinciale, lorsqu'elle est utilisée comme garantie des prêts bancaires, l'assurance crédit est quant à elle « intégrée » aux opérations bancaires de la même façon que le droit de la négligence a été considéré comme faisant « partie intégrante » de la navigation et de l'expédition par eau dans *Succession Ordon*. Comme nous venons de le voir, cet argument de l'intégration échoue d'après les faits.

(2) The Onus Lies on the Proponent of Inter-jurisdictional Immunity on the Facts of a Particular Case to Demonstrate that Credit-Related Insurance Is Part of the Basic, Minimum and Unassailable Content of the Banking Power

(2) Il incombe à celui qui invoque la doctrine de l'exclusivité des compétences d'établir, selon les faits de l'espèce, que l'assurance crédit fait partie du contenu minimum élémentaire et irréductible de la compétence sur les banques

83 The purpose of allocating "Banking, Incorporation of Banks, and the Issue of Paper Money" to Parliament under s. 91(15) of the *Constitution Act, 1867* was to create an orderly and uniform financial system, subject to exclusive federal jurisdiction and control in contrast to a regionalized banking system which in "[t]he years preceding the Canadian Confederation [was] characterized in the United States by 'a chaotic era of wild-cat state banking'" (P. N. McDonald, "The B.N.A. Act and the Near Banks: A Case Study in Federalism" (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 155, at p. 156; B. Laskin, *Canadian Constitutional Law: Cases, Text and Notes on Distribution of Legislative Power* (3rd ed. 1969), at p. 603).

L'attribution au Parlement de la compétence sur « [l]es banques, l'incorporation des banques et l'émission du papier-monnaie » en vertu du par. 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* avait pour but l'instauration d'un système financier harmonieux et uniforme relevant de la compétence et de l'autorité exclusives du gouvernement fédéral, par opposition à un système régional de banques qui, [TRADUCTION] « [d]urant les années ayant précédé la Confédération canadienne, avait marqué aux États-Unis une "époque chaotique d'opérations bancaires à l'état sauvage" » (P. N. McDonald, « The B.N.A. Act and the Near Banks : A Case Study in Federalism » (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 155, p. 156; B. Laskin, *Canadian Constitutional Law : Cases, Text and Notes on Distribution of Legislative Power* (3^e éd. 1969), p. 603).

84 At least in part, the importance of national control was because of "the peculiar status of bankers [as financial intermediaries], their importance at the centre of the financial community [and] the expectation of the public that it can grant them implicit and utmost confidence" (*Canadian Pioneer*

Au moins en partie, l'importance d'une autorité nationale tenait « [au] statut particulier des banquiers [en tant qu'intermédiaires financiers], [à] leur importance au centre de la communauté financière [et à] l'attente du public qu'il peut leur accorder une confiance implicite et absolue » (*Canadian*

Management, at p. 461). In 1914, the High Court of Australia said:

The essential characteristics of the business of banking . . . may be described as the collection of money by receiving deposits upon loan, repayable when and as expressly or impliedly agreed upon, and the utilization of the money so collected by lending it again in such sums as are required. . . .

(*Commissioners of the State Savings Bank of Victoria v. Permewan, Wright & Co.* (1914), 19 C.L.R. 457, at pp. 470-71)

It is unnecessary, for present purposes, to delve deeply into the notoriously difficult task of defining banking. It includes the incorporation of banks. It certainly includes, as the banks argue, the securing of loans by appropriate collateral. At issue is the difference between *requiring* collateral (a banking activity) and promoting the acquisition of a certain type of product (e.g. insurance) that could then be *used* as collateral. The respondent, for its part, complains that the appellants' argument would render the "basic, minimum and unassailable" content of the banking power more or less co-extensive with what bankers are authorized to do. There is no doubt that banking is crucial to the economy and that even the basic, minimum and unassailable content of the exclusive power conferred on Parliament in this regard must not be given a cramped interpretation. Banks are institutions of great importance. The federal authorities monitor all aspects of their activities to ensure that they remain safely solvent and that they do not abuse their privileged position as takers of deposits and granters of credit. Courts have recognized that in its regulation of banks, Parliament may well trench on matters that would otherwise lie within provincial jurisdiction such as property and civil rights in the province, including insurance. As early as 1894, it was held that the federal banking power allowed Parliament to confer upon a bank privileges which had "the effect of modifying civil rights in the province" (*Tennant*, at p. 47). (See also *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), and *Bank of Montreal v. Hall*, at pp. 132-33.) Such considerations, however, should not lead to

Pioneer Management, p. 461). En 1914, la Haute Cour d'Australie a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Les caractéristiques essentielles des opérations bancaires [. . .] peuvent être décrites comme la collecte de sommes d'argent par la réception de dépôts relatifs à des prêts, remboursables au moment et de la manière convenus expressément ou implicitement, et l'utilisation des sommes ainsi perçues pour accorder de nouveaux prêts. . . .

(*Commissioners of the State Savings Bank of Victoria c. Permewan, Wright & Co.* (1914), 19 C.L.R. 457, p. 470-471)

Il n'est pas nécessaire, en l'espèce, d'examiner en profondeur la tâche notoirement difficile de définir les opérations bancaires, lesquelles comprennent l'incorporation des banques et certainement, comme le prétendent les appelantes, la protection des prêts par l'obtention d'une garantie suffisante. Ce qui est en cause, c'est la différence entre le fait *d'exiger* une garantie (une activité bancaire) et celui de promouvoir l'achat d'un certain type de produit (par exemple, une assurance) qui pourrait ensuite être *utilisé* comme garantie. Pour sa part, l'intimée soutient que la thèse des appelantes amène le contenu « minimum élémentaire et irréductible » de cette compétence à correspondre plus ou moins à ce que les banquiers peuvent faire. Il ne fait aucun doute que les opérations bancaires jouent un rôle crucial pour l'économie, et que même le contenu minimum élémentaire et irréductible de la compétence exclusive attribuée au Parlement à cet égard ne doit pas recevoir une interprétation étroite. Les banques sont des institutions de grande importance. Les autorités fédérales surveillent tous les aspects de leurs activités afin de s'assurer qu'elles demeurent solvables et n'abusent pas de la situation privilégiée dans laquelle elles se trouvent en tant qu'entités qui reçoivent des dépôts et accordent du crédit. La jurisprudence reconnaît que le Parlement, dans sa réglementation sur les banques, peut bien empiéter sur des matières qui relèveraient par ailleurs de la compétence provinciale, comme la propriété et les droits civils dans la province, y compris l'assurance. Dès 1894, on a conclu que la compétence fédérale sur les banques permettait au Parlement d'accorder à celles-ci des privilèges

confusion between the scope of the federal power and its basic, minimum and unassailable content.

ayant [TRADUCTION] « pour effet de modifier les droits civils dans la province » (*Tennant*, p. 47). (Voir également *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (C.P.), et *Banque de Montréal c. Hall*, p. 132-133.) Toutefois, ces considérations ne devraient pas engendrer de confusion entre la portée de la compétence fédérale et le contenu minimum élémentaire et irréductible de celle-ci.

(3) Credit-Related Insurance Is Not a Vital or Essential Element of the Banking Undertaking

(3) L'assurance crédit ne constitue pas un élément vital ou essentiel de l'entreprise bancaire

86 The appellants rely on *Turgeon v. Dominion Bank*, [1930] S.C.R. 67, for the proposition that when a bank takes insurance as security for a loan, it is engaged in the business of banking. But that too is not the issue. The question is whether the bank in *promoting* optional insurance is engaged in an activity vital or essential to banking. The answer, as found by the courts in Alberta, is no. We agree with that conclusion.

Les appelantes s'appuient sur l'arrêt *Turgeon c. Dominion Bank*, [1930] R.C.S. 67, pour affirmer que, lorsqu'une banque accepte une assurance en garantie d'un prêt, elle effectue une opération bancaire. Mais là n'est pas la question non plus. Il s'agit de déterminer si, en faisant la *promotion* d'assurance facultative, la banque se livre à une activité vitale ou essentielle à l'entreprise bancaire. Selon ce qu'ont conclu les tribunaux de l'Alberta, la réponse est non. Nous souscrivons à cette conclusion.

87 The appellants rely on the decision in their favour by the British Columbia Court of Appeal in *Bank of Nova Scotia v. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)* (2003), 11 B.C.L.R. (4th) 206 (“*Optima*” case), leave to appeal to S.C.C. refused, [2003] 3 S.C.R. viii. That case dealt with the sale by a telemarketer of Scotia Visa Balance Insurance. The question was whether the telemarketers could be required by provincial law to obtain a provincial licence. The B.C. Court of Appeal held:

Les appelantes invoquent la décision rendue en leur faveur par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Bank of Nova Scotia c. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)* (2003), 11 B.C.L.R. (4th) 206 (l'arrêt « *Optima* »), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2003] 3 R.C.S. viii. Cet arrêt portait sur la vente, par un télévendeur, d'une assurance carte Visa de la Banque de Nouvelle-Écosse. Il s'agissait de savoir si une loi provinciale pouvait obliger les télévendeurs à obtenir un permis provincial. La Cour d'appel de la C.-B. a conclu ce qui suit :

A provincial licensing regime, which allows the province to say who gets a licence and under what conditions, and which could prevent the bank from obtaining security in a certain way, would affect a vital part of a federal enterprise. . . .

[TRADUCTION] Un régime de délivrance de permis provincial qui permet à la province de décider qui obtient un permis et à quelles conditions, et qui pourrait en quelque sorte avoir pour effet d'empêcher la banque d'obtenir une garantie, toucherait à un élément essentiel d'une entreprise fédérale. . .

. . . it is sufficient to say that the taking of security generally is a core aspect of the banking power. [Emphasis added; paras. 90-91.]

. . . qu'il suffise de dire que la prise de garanties de façon générale constitue un aspect essentiel de la compétence sur les banques. [Nous soulignons; par. 90-91.]

In this appeal, as well, the appellants centred their argument on the provincial licensing requirement. However if, as we conclude, the promotion of insurance is not vital or essential to the banking activity, there is no reason why the banks *should* be shielded from the consequences of non-compliance with the provincial *Insurance Act*. If a bank were to misrepresent the amount of a policy premium, or wrongfully disclose confidential information to third parties, or engage in other market practices considered by the Alberta Legislature to be unfair, there is no reason why it should escape the regulatory discipline to which all other promoters of insurance in the province are subject. Of course, if the Minister should single out banks for discriminatory treatment, the banks would have recourse to judicial review in the ordinary way. (We note parenthetically, as much stress was laid by the appellants on the refusal by this Court of leave to appeal the *Optima* case, that refusal of leave should not be taken to indicate agreement with the judgment sought to be appealed, from any more than the grant of leave can be taken to indicate disagreement. In the leave process, the Court does not hear or adjudicate a case on the merits. The notation “leave to appeal to S.C.C. refused” is inserted in law reports for editorial convenience.)

The appellants also then rely on this Court’s holding in *Bank of Montreal v. Hall* in which it was held

... beyond dispute that the federal banking power empowers Parliament to create an innovative form of financing and to define, in a comprehensive and exclusive manner, the rights and obligations of borrower and lender pursuant to that interest. [p. 150]

However, it must be repeated that just because Parliament *can* create innovative forms for financing does not mean that s. 91(15) grants Parliament *exclusive* authority to regulate their promotion. If provincial legislation were held to be inapplicable

Dans le présent pourvoi, les appelantes ont également axé leur argumentation sur l’obligation d’obtenir un permis provincial. Toutefois, si, comme nous le concluons, la promotion d’assurance n’est pas vitale ou essentielle à l’activité bancaire, rien ne justifie que les banques *soient* protégées contre les conséquences du non-respect de l’*Insurance Act* provinciale. Si une banque fait des fausses déclarations quant au montant des primes d’assurance, communique à tort des renseignements confidentiels à des tiers ou se livre à des pratiques commerciales que l’Assemblée législative de l’Alberta considère déloyales, rien ne saurait justifier qu’elle échappe à la discipline réglementaire à laquelle tous les autres promoteurs d’assurance de la province sont assujettis. Évidemment, si le ministre en venait à imposer aux banques un traitement discriminatoire, ces dernières pourraient recourir au contrôle judiciaire de la manière habituelle. (Puisque les appelantes ont beaucoup insisté sur la décision prise par la Cour de refuser l’autorisation de pourvoi à l’encontre de l’arrêt *Optima*, nous soulignons en passant que ce refus ne saurait être interprété comme un acquiescement au jugement dont on veut faire appel, pas plus que l’octroi de l’autorisation ne peut être considéré comme un signe de désapprobation de ce jugement. Dans le cadre du processus d’autorisation, la Cour n’entend pas et ne tranche pas l’affaire sur le fond. La mention « autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée » figure dans les recueils de jurisprudence pour des raisons de commodité.)

Les appelantes se fondent également sur l’arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, dans lequel notre Cour a conclu comme suit :

... il est incontestable que la compétence fédérale en matière d’opérations bancaires permet au Parlement d’établir une nouvelle forme de financement et de définir, d’une façon complète et exclusive, les droits et obligations des emprunteurs et des prêteurs en vertu de cette sûreté. [p. 150]

Toutefois, il nous faut réitérer que le simple fait pour le Parlement de *pouvoir* établir de nouvelles formes de financement ne signifie pas que le par. 91(15) attribue au Parlement la compétence *exclusive* d’en réglementer la promotion. S’il fallait que

to all forms of security held as collateral by banks, then the application of provincial legislation such as the *Personal Property Security Act*, R.S.A. 2000, c. P-7 (“PPSA”), would also be in jeopardy. The appellants claim that the *Insurance Act* differs from the PPSA because the *Insurance Act* may lead to a prohibition of the activity (promoting insurance), whereas the PPSA deals only with *how* the creditor realizes on a security. However, the *Insurance Act* does not prohibit the promotion of insurance any more than the PPSA prohibits realization on a security provision. In both cases, compliance with provincial rules is a pre-condition to obtaining the benefit of the statute. The rigid demarcation sought by the banks between federal and provincial regulations would not only risk a legal vacuum, but deny to lawmakers at both levels of government the flexibility to carry out their respective responsibilities.

les lois provinciales soient jugées inapplicables à toutes les formes de garantie détenues par les banques, l’application d’une loi provinciale comme la *Personal Property Security Act*, R.S.A. 2000, ch. P-7 (« PPSA »), serait également menacée. Les appelantes prétendent que l’*Insurance Act* diffère de la PPSA parce qu’elle peut entraîner une interdiction de l’activité (la promotion de l’assurance), alors que la PPSA ne vise que la *façon* dont le créancier réalise sa garantie. Cependant, l’*Insurance Act* n’interdit pas la promotion d’assurance, pas plus que la PPSA n’interdit la réalisation d’une garantie. Dans les deux cas, le respect des règles provinciales représente une condition préalable à l’obtention du bénéfice de la loi. La démarcation tranchée que les banques cherchent à obtenir entre les règlements fédéraux et provinciaux risque non seulement de créer un vide juridique, mais de priver les législateurs des deux ordres de gouvernement de la souplesse nécessaire pour qu’ils s’acquittent de leurs responsabilités respectives.

90 Other circumstances of this case, some of them previously noted, also support the rejection of the appellants’ position by the courts in Alberta.

D’autres circonstances de la présente affaire, dont certaines sont mentionnées précédemment, justifient également la décision des tribunaux de l’Alberta de rejeter la thèse des appelantes.

91 First, while s. 416(1) of the *Bank Act* allows bank corporations to engage in some insurance activities, it recognizes insurance as a business separate from banking. Section 416(1) reads: “A bank shall not undertake the business of insurance except to the extent permitted by this Act or the regulations.” Parliament itself appears not to consider the promotion of insurance to be “the business of banking”. While Parliament cannot unilaterally define the scope of its powers, the fact is that Parliament has always treated insurance and banking as distinct and continues to do so.

Premièrement, le par. 416(1) de la *Loi sur les banques* autorise les entreprises bancaires à mener certaines activités d’assurance, mais il reconnaît que l’assurance constitue un commerce distinct des opérations bancaires. Le paragraphe 416(1) dispose : « [i] est interdit à la banque de se livrer au commerce de l’assurance, sauf dans la mesure permise par la présente loi ou les règlements. » Le Parlement lui-même ne semble pas considérer la promotion d’assurance comme une « opération bancaire ». Alors que le Parlement ne peut unilatéralement définir l’étendue de ses pouvoirs, il n’en reste pas moins qu’il a toujours considéré l’assurance et les opérations bancaires comme des activités distinctes, et continue de le faire.

92 Second, on the facts, the insurance promoted by the banks is not mandatory, can be cancelled at any time by the customer and is often not promoted until after the loan agreement has been finalized. The banks themselves therefore do not consider the

Deuxièmement, selon les faits, l’assurance dont les banques font la promotion n’est pas obligatoire et peut être annulée en tout temps par le client, et cette promotion n’est souvent faite qu’après la conclusion du prêt. Les banques elles-mêmes ne

insurance to be vital to their credit granting since apart from high-ratio s. 418 mortgages, the loan agreement is not, in practice, made contingent on obtaining insurance, as found by the trial judge. This is to be contrasted with *mandatory* mortgage insurance. As Slatter J. observed:

Mandatory loan insurance is not promoted by the bank, is not optional, generates no fee for the bank, is a part of the credit granting decision, and cannot be cancelled without defaulting on the loan. The authorized types of insurance are to the opposite effect on all these points. [para. 165]

Third, the insurance at issue is only loosely connected to the eventual payment of the debt. The triggering event for the “personal calamity” insurance is not default on the loan but rather an event in the life of the insurer. As the trial judge rightly noted, no prudent banker would extend credit if repayment was only guaranteed by a catastrophic event in the debtor’s life. Further, some of the life insurance coverage is terminated by default on the loan payments, which makes the insurance worthless to the banks when it is most needed to ensure repayment of the loan.

Fourth, the banks operate their insurance business as a separate profit centre completely distinct from their banking operations. Promotion of insurance may be a significant source of profit for banks and may enhance their competitive edge, but commercial convenience does not transform the promotion of insurance into a core banking activity.

Fifth, the appellants contend that the promotion of insurance helps reduce their overall portfolio risk. However, the evidence shows that loans are secured in other ways and then insurance is offered

considèrent donc pas l’assurance comme un élément vital de leur activité d’octroi de crédit puisque, à l’exception des hypothèques à proportion élevée visées par l’art. 418, la conclusion du prêt ne dépend pas, en pratique, de l’obtention d’une assurance, comme l’a conclu le juge de première instance. Ce genre d’assurance se distingue de l’assurance hypothèque *obligatoire*. Comme l’a fait observer le juge Slatter :

[TRADUCTION] L’assurance-prêt obligatoire ne fait pas l’objet d’une promotion par la banque, n’est pas facultative, ne génère pas de frais bancaires, fait partie de la décision d’accorder le crédit et ne peut être annulée en l’absence d’une défaillance à l’égard du prêt. Les produits d’assurance autorisée ont l’effet contraire à l’égard de chacun de ces points. [par. 165]

Troisièmement, l’assurance en question ne possède qu’un lien ténu avec le remboursement éventuel de la dette. L’élément déclencheur dans le cas de l’assurance « catastrophe personnelle » n’est pas le défaut de remboursement du prêt mais plutôt la survenance d’un événement dans la vie de l’assuré. Comme l’a fait remarquer à juste titre le juge de première instance, aucun banquier prudent n’accorderait de crédit si le remboursement n’était garanti qu’en cas de survenance d’un événement catastrophique dans la vie du débiteur. En outre, certaines couvertures d’assurance-vie prennent fin lors du défaut de paiement des versements sur le prêt, ce qui dépouille l’assurance de toute utilité au moment même où les banques en auraient le plus grand besoin pour assurer le remboursement du prêt.

Quatrièmement, les banques exploitent leur entreprise d’assurance comme un centre de revenu distinct n’ayant aucun rapport avec leurs opérations bancaires. La promotion d’assurance peut constituer une importante source de revenu pour les banques et leur procurer un avantage concurrentiel, mais les avantages commerciaux ne transforment pas la promotion d’assurance en activité bancaire de base.

Cinquièmement, les appelantes soutiennent que la promotion d’assurance leur permet de réduire le risque d’ensemble de leur portefeuille. Toutefois, selon la preuve, les prêts sont garantis d’autres

so that the bank need not resort to that security. The banks' evidence of the number of customers who carry insurance (or the value of the loans insured) is not helpful because most of those loans are secured by other means. Section 416 of the *Bank Act* does not lay out a manner in which the banks may realize on collateral (as in *Hall*) but merely allows the banks to promote an insurance product which they do for profit.

façons, et l'assurance est ensuite offerte pour que la banque n'ait pas à recourir à cette garantie. La preuve des banques concernant le nombre de clients qui ont souscrit une assurance (ou la valeur des prêts assurés) n'est pas utile car la plupart des prêts sont garantis par d'autres moyens. L'article 416 de la *Loi sur les banques* n'indique pas une façon pour les banques de réaliser leur garantie (comme dans *Hall*) mais leur permet simplement de faire la promotion de produits d'assurance, ce qu'elles font dans un but lucratif.

96 The banks' final argument is that the promotion of insurance is vital to banking because it provides a means of realizing on a debt without having to enforce security in times of customer distress. However, as pointed out by the trial judge, this is a matter of customer relations and retention, which is no more or less important to the business of banking than it is to any other.

Selon le dernier argument des banques, la promotion d'assurance constitue un élément vital des opérations bancaires parce qu'elle permet le recouvrement de la dette sans qu'il soit nécessaire de réaliser la garantie à un moment où le client se trouve en mauvaise posture. Toutefois, comme l'a souligné le juge de première instance, il s'agit là d'une question de relations avec les clients et de fidélisation de la clientèle, qui n'est ni plus ni moins importante pour l'entreprise bancaire qu'elle ne l'est pour toute autre entreprise.

97 As the constitutional questions stated in this case are expressly limited to "authorized type of insurance" and "personal accident insurance", this opinion is not to be taken to deal with constitutional issues that may arise in relation to mandatory mortgage insurance.

Les questions constitutionnelles formulées en l'espèce se limitant expressément à l'« assurance autorisée » et à l'« assurance accidents corporels », les présents motifs ne doivent pas être perçus comme s'appliquant aux questions constitutionnelles qui pourraient être soulevées à l'égard de l'assurance hypothèque obligatoire.

(4) Federal Paramourncy Does Not Apply on the Facts of this Case

(4) La doctrine de la prépondérance des lois fédérales ne s'applique pas aux faits de l'espèce

98 The banks' alternative argument is that if the provincial law is applicable to the promotion of insurance by banks, it is nevertheless rendered inoperative by virtue of the doctrine of paramountcy. They argue that the federal *Bank Act* authorizes the banks to promote insurance, subject to enumerated restrictions, and that these enactments are comprehensive and paramount over those of the province. In our view, neither operational incompatibility nor the frustration of a federal purpose have been made out.

Selon l'argument subsidiaire des banques, si la loi provinciale est applicable à la promotion d'assurance par les banques, elle devient néanmoins inopérante en raison de la doctrine de la prépondérance. Elles plaident que la *Loi sur les banques* fédérale autorise les banques à faire de la promotion d'assurance, sous réserve des restrictions qui y sont énumérées, et que ces dispositions législatives sont complètes et ont prépondérance sur celles édictées par la province. À notre avis, ni l'incompatibilité d'application ni l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral n'ont été établies.

(a) *No Operational Incompatibility*

Since 2000, the banks have been promoting insurance in Alberta while complying with both the federal *Bank Act* and the provincial *Insurance Act*. All of the appellants presently hold the provincial restricted certificates of authority and are actively promoting insurance in Alberta. It cannot be said, in the words of Dickson J., that one enactment says “yes” and the other says “no”; or that “compliance with one is defiance of the other”: *Multiple Access*, at p. 191.

The appellants say there is conflict between s. 416(2) of the *Bank Act*, which *prohibits* banks from acting as “agents”, and the provincial *Insurance Act* which *requires* the banks to hold a “restricted insurance agent’s certificate” (s. 454(1)). However, it is apparent that the term “agent” is not used in the same sense in the two enactments. The term “agent” in the *Bank Act* is undefined and bears the common law meaning of a person who can legally bind his or her principal. This the banks cannot do. They cannot bind an insurance underwriter. They merely “promote” insurance. By contrast, the term “insurance agent” is a defined term in the provincial *Insurance Act* and includes a person “who, for compensation, . . . *solicits* insurance on behalf of an insurer, insured or potential insured” (s. 1). Accordingly, the banks may properly act as an insurance agent within the meaning of the provincial *Insurance Act* by promoting (soliciting) insurance and transmitting applications without binding the insurer or potential insured within the prohibition of the *Bank Act*. This is not a case where the provincial law prohibits what the federal law permits.

(b) *No Frustration of Federal Purpose*

A classic example of a provincial law that frustrates a federal purpose is *Mangat*. In that case, the provincial prohibition against non-lawyers appearing before a tribunal for a fee would, if applied,

a) *Aucune incompatibilité d’application*

Depuis l’an 2000, les banques font la promotion d’assurance en Alberta tout en respectant à la fois la *Loi sur les banques* et l’*Insurance Act* provinciale. Toutes les appelantes sont actuellement titulaires du certificat restreint provincial et se livrent activement à la promotion d’assurance en Alberta. On ne saurait affirmer, pour reprendre les propos du juge Dickson, qu’une loi dit « oui » et que l’autre dit « non », ou que « l’observance de l’une entraîne l’inobservance de l’autre » : *Multiple Access*, p. 191.

Les appelantes affirment qu’un conflit existe entre le par. 416(2) de la *Loi sur les banques*, qui *interdit* aux banques d’agir à titre d’« agents », et l’*Insurance Act* provinciale, qui *oblige* les banques à obtenir un [TRADUCTION] « certificat d’autorisation restreint les habilitant à agir comme *agent* d’assurance » (par. 454(1)). Il est cependant manifeste que le terme « agent » n’est pas employé dans le même sens dans les deux lois. Dans la *Loi sur les banques*, le terme « agent » n’est pas défini et a le sens que lui donne la common law, soit celui d’une personne pouvant engager légalement son mandant, ce que les banques ne peuvent pas faire. Elles ne peuvent pas engager un assureur. Elles ne font que la « promotion » d’assurance. L’expression « agent d’assurance », par contre, est définie dans l’*Insurance Act* et s’entend d’une personne [TRADUCTION] « qui, contre rémunération, *sollicite* de l’assurance pour le compte d’un assureur, d’un assuré ou d’un assuré éventuel » (art. 1). Les banques peuvent donc valablement agir à titre d’agents d’assurance selon l’*Insurance Act* en faisant la promotion d’assurance (ou en la sollicitant) et en transmettant les demandes sans engager l’assureur ou l’assuré éventuel conformément à l’interdiction prévue par la *Loi sur les banques*. Il ne s’agit pas d’un cas où la loi provinciale interdit ce que la loi fédérale permet.

b) *Aucune entrave à la réalisation d’un objectif fédéral*

L’affaire *Mangat* offre l’exemple classique d’une loi provinciale qui entrave la réalisation d’un objectif fédéral. Dans cette affaire, la loi provinciale interdisant aux non-avocats de comparaître en

frustrate Parliament's intention to enable non-lawyers to appear before immigration proceedings so as to promote hearings that are informal, accessible and expeditious.

102 The banks argue that the *Bank Act* and its *IBRs* are similar to the legislation in *Mangat* and should be taken to express Parliament's intent that its regulations are exhaustive. However, this is not borne out by the record.

103 Here, as in *Rothmans*, the federal legislation is permissive. Section 416(1) provides that "[a] bank shall not undertake the business of insurance except to the extent permitted by this Act or the regulations". This formulation bears some similarity to the law under consideration in *Spraytech* which held the federal law controlling pesticides to be "permissive, rather than exhaustive" (para. 35). Parliament did not intend to fully regulate pesticide use, nor was its purpose to authorize their use. The federal pesticide legislation itself envisioned the existence of complementary municipal by-laws; see paras. 40 and 42. Similarly, the federal legislation at issue in this case, while permitting the banks to promote authorized insurance, contains references that assume the relevant provincial law to be applicable. Section 7(2) of the *IBRs* reads:

7. . . .

(2) Notwithstanding subsection (1) and section 6, a bank may exclude from a promotion referred to in paragraph (1)(e) or 6(b) persons

(a) in respect of whom the promotion would contravene an Act of Parliament or of the legislature of a province

104 The relevant legislative history may be used to shed light on Parliament's object and purpose in passing the 1991 amendment. As stated

qualité de procureur rétribué devant un tribunal, si elle avait été appliquée, serait allée à l'encontre de l'intention du Parlement de permettre aux non-avocats de comparaître dans les instances en immigration afin de favoriser la tenue d'audiences informelles, accessibles et rapides.

Les banques prétendent que la *Loi sur les banques* et le *RCA* s'apparentent aux dispositions législatives en cause dans l'affaire *Mangat* et devrait être considérée comme exprimant l'intention du Parlement de faire en sorte que son règlement soit exhaustif. Cette prétention n'est cependant pas étayée par le dossier.

En l'espèce, comme dans l'affaire *Rothmans*, la disposition législative fédérale est permissive. Selon le par. 416(1), « [i]l est interdit à la banque de se livrer au commerce de l'assurance, sauf dans la mesure permise par la présente loi ou les règlements ». Cette formulation présente une certaine similitude avec la loi examinée dans l'arrêt *Spraytech*, où la Cour a conclu que la loi fédérale sur le contrôle des pesticides était « permissive, et non pas exhaustive » (par. 35). Le Parlement n'avait pas l'intention de réglementer complètement l'utilisation des pesticides et n'avait pas non plus pour objectif d'autoriser leur utilisation. La loi fédérale sur les pesticides elle-même envisageait l'existence de règlements municipaux complémentaires; voir par. 40 et 42. De la même façon, la loi fédérale en cause en l'espèce, bien qu'elle permette aux banques de faire la promotion d'assurance autorisée, contient des mentions qui laissent entendre que le droit provincial pertinent est applicable. Le paragraphe 7(2) du *RCA* prévoit ce qui suit :

7. . . .

(2) Malgré le paragraphe (1) et l'article 6, la banque peut exclure de la promotion visée aux alinéas (1e) ou 6b) toute personne, selon le cas :

a) dont il serait contraire à une loi fédérale ou provinciale qu'une telle promotion s'adresse à elle . . .

L'historique législatif pertinent peut être utile pour mettre en lumière l'objectif poursuivi par le Parlement en adoptant les modifications de 1991.

by McIntyre J. in *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, in constitutional cases, “extrinsic evidence may be considered to ascertain not only the operation and effect of the impugned legislation but its true object and purpose as well” (p. 318).

Here the relevant legislative record begins with the 1985 Department of Finance Green Paper, *The Regulation of Canadian Financial Institutions: Proposals for Discussion* (pp. 84-85). While the sale of insurance by banks was not discussed in detail, the Green Paper did endorse the concept of a level playing field for all participants selling a particular product. The Senate Standing Committee responding to the Green Paper agreed, and also recommended a level playing field such that no institution would obtain a competitive advantage as a result of being subject to a different regulatory regime than its competitors (*Towards a More Competitive Financial Environment* (1986), Sixteenth Report of the Standing Committee on Banking, Trade and Commerce, at p. 64).

Because of the extent of the reforms eventually enacted in 1991, it was agreed that a review of the changes would occur in five years. The review of the Task Force on the Future of the Canadian Financial Services Sector, *Change Challenge Opportunity* (1998) (“MacKay Task Force”), post-dates the enactment of the 1991 amendments. For that reason, it is not entitled to much weight, but it does represent a considered after-the-fact statement by some Parliamentarians of their legislative purpose. To that extent, it provides some after-the-fact confirmation of the respondent’s position. The MacKay Task Force discussed the role of provincial regulation and stated

that employees of deposit-taking institutions engaged in the sale of insurance should comply with applicable provincial requirements with respect to the education and licensing of insurance salespersons,

Comme l’a affirmé le juge McIntyre dans *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, dans les affaires constitutionnelles, « on peut tenir compte d’éléments de preuve extrinsèques pour vérifier non seulement l’application et l’effet de la loi contestée, mais aussi son objet véritable » (p. 318).

En l’espèce, le dossier législatif pertinent comprend d’abord le Livre vert de 1985 du ministère des Finances intitulé *La réglementation des institutions financières du Canada : propositions à considérer* (p. 92-93). Bien que la vente d’assurance par les banques n’ait pas été examinée en détail, le Livre vert a quand même souscrit à l’idée d’une uniformité des règles du jeu pour tous ceux qui participent à la vente d’un produit donné. Le comité sénatorial permanent qui a répondu au Livre vert a acquiescé, et a également recommandé l’instauration de règles du jeu uniformes pour faire en sorte qu’aucune institution ne tire un avantage concurrentiel du fait qu’elle est assujettie à un régime de réglementation différent de celui de ses concurrents (*Vers une plus grande compétitivité dans le secteur financier* (1986), seizième rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, p. 65).

Vu la portée de la réforme qui allait par la suite être adoptée en 1991, on a convenu de procéder à un examen des modifications cinq ans plus tard. Le document intitulé *Changement, défis et possibilités*, l’examen effectué par le Groupe de travail sur l’avenir du secteur des services financiers canadien (« Groupe de travail MacKay ») est postérieur à l’adoption des modifications de 1991 et n’a pas, pour ce motif, une grande valeur probante, mais il présente après le fait un énoncé réfléchi, par certains parlementaires, au sujet de leur objectif législatif et fournit, dans cette mesure, une certaine confirmation *a posteriori* de la thèse de l’intimée. Le Groupe de travail MacKay a analysé le rôle de la réglementation provinciale et a affirmé

que les employés des institutions de dépôts qui sont proposés à la vente d’assurance devraient se conformer aux exigences applicables au niveau provincial, en matière de connaissance et d’obtention de permis de vente

so long as such requirements are non-discriminatory. [Emphasis added.]

(MacKay Task Force, Background Paper #2, *Organizational Flexibility for Financial Institutions: A Framework to Enhance Competition* (1998), at p. 93)

A statement in the final report of the MacKay Task Force specifically addressed licences such as the Alberta's restricted insurance agent's certificate of authority:

19) Employees of deposit-taking institutions who are engaged in the sale of insurance should comply with applicable provincial requirements with respect to the education and licensing of insurance salespersons, so long as such requirements are non-discriminatory.

(MacKay Task Force, Report, Recommendation 19, at p. 197)

107 The House of Commons Standing Committee on Finance considered the MacKay Task Force Report and agreed with this proposition: "Those selling insurance products must be licensed and meet all of the qualifications that are required of others selling similar products" (*The Future Starts Now: A Study on the Financial Services Sector in Canada* (1998), at p. 130).

108 We do not place much weight on the post-enactment activities in Parliament. The intention of the 1991 amendments is clear on their face. The appellants argue that Parliament intended to create a unified national "banking" scheme for the promotion of insurance, but there is nothing in the record to support such a conclusion. Parliamentarians were concerned as early as 1985 to maintain a level playing field among all financial service providers participating in the same business. To hold the banks immune from provincial market conduct regulation would give them a privileged position in the marketplace. Every indication is that Parliament wished to avoid this result.

d'assurance, dans la mesure où ces exigences ne sont pas discriminatoires. [Nous soulignons.]

(Groupe de travail MacKay, Document d'information n° 2, *Souplesse d'organisation des institutions financières : un cadre d'intensification de la concurrence* (1998), p. 107)

Une recommandation contenue dans le rapport final du Groupe de travail MacKay traite expressément des permis comme le certificat restreint d'agent d'assurance de l'Alberta :

19) Les employés qui vendent de l'assurance dans les institutions de dépôts devraient être tenus de se conformer aux règles provinciales applicables en matière de scolarité et d'octroi de permis aux vendeurs et vendeuses d'assurance, tant que ces règles ne sont pas discriminatoires.

(Rapport du Groupe de travail MacKay, recommandation 19, p. 225)

Le Comité permanent des finances de la Chambre des communes a examiné le rapport du Groupe de travail MacKay et a accepté cette proposition : « [I]es vendeurs de produits d'assurance doivent être accrédités et posséder toutes les qualifications exigées des autres personnes vendant des produits similaires » (*L'avenir commence maintenant : Une étude sur le secteur des services financiers au Canada* (1998), p. 185).

Nous n'accordons pas beaucoup d'importance aux interventions parlementaires après l'adoption des lois. L'intention du législateur dans les modifications de 1991 est claire à première vue. Les appelantes prétendent que le Parlement a voulu instaurer un système « bancaire » national uniforme à l'égard de la promotion d'assurance, mais rien dans le dossier n'étaye une telle conclusion. Depuis 1985 au moins, les membres du Parlement avaient le souci d'assurer le maintien de règles du jeu uniformes pour tous les fournisseurs de services financiers qui font le même commerce. Soustraire les banques à l'application de la réglementation provinciale sur les pratiques du marché les placerait dans une situation avantageuse sur ce marché. Tout indique que le Parlement désirait éviter une telle situation.

These reasons focus, as did those of Hunt J.A., on the banks' arguments on paramountcy related to the provincial requirement of licences and the alleged conflict in the definition of agent. Other more specific conflicts were argued before the trial judge, and rejected by him. Those objections were not carried forward in the Court of Appeal or this Court. Should an issue arise in future with respect to a conflict not dealt with here or in the reasons of the courts below, it would, of course, be open to the banks to pursue a paramountcy argument on the basis of the facts as they may then appear.

VII. Conclusion

For these reasons, we would dismiss the appeal with costs and answer the constitutional questions as follows:

1. Are Alberta's *Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. I-3, and the regulations made thereunder, in whole or in part, constitutionally inapplicable to the promotion by banks of an "authorized type of insurance" or "personal accident insurance" as defined in the *Insurance Business (Banks and Bank Holding Companies) Regulations*, SOR/92-330, by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity?

Answer: No.

2. Are Alberta's *Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. I-3, and the regulations made thereunder, in whole or in part, constitutionally inoperative in relation to the promotion by banks of an "authorized type of insurance" or "personal accident insurance" as defined in the *Insurance Business (Banks and Bank Holding Companies) Regulations*, SOR/92-330, by reason of the doctrine of federal legislative paramountcy?

Answer: No.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. — I have read the reasons of Justices Binnie and LeBel and concur in the result.

Les présents motifs, comme ceux de la juge Hunt, portent essentiellement sur les arguments des banques fondés sur la doctrine de la prépondérance concernant l'obligation d'obtenir un permis provincial et le conflit censé exister à l'égard de la définition du terme « agent ». D'autres conflits plus spécifiques ont été allégués devant le juge de première instance, qui les a rejetés. Ces contestations n'ont pas été reprises devant la Cour d'appel ni devant notre Cour. Si une question devait se poser à l'avenir relativement à un conflit qui n'a pas été abordé en l'espèce ou dans les motifs des tribunaux d'instance inférieure, les banques auraient, évidemment, tout le loisir de faire valoir un argument fondé sur la doctrine de la prépondérance en se fondant sur les faits existant à ce moment-là.

VII. Conclusion

Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

1. Est-ce que la loi de l'Alberta intitulée *Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. I-3, et les règlements pris en vertu de cette loi, sont pour tout ou partie constitutionnellement inapplicables, par l'effet de la doctrine de l'exclusivité des compétences, à la promotion par les banques d'« assurance autorisée » et d'« assurance accidents corporels » au sens du *Règlement sur le commerce de l'assurance (banques et sociétés de portefeuille bancaires)*, DORS/92-330?

Réponse : Non.

2. Est-ce que la loi de l'Alberta intitulée *Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. I-3, et les règlements pris en vertu de cette loi, sont pour tout ou partie constitutionnellement inopérants, par l'effet de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales, à l'égard de la promotion par les banques d'« assurance autorisée » et d'« assurance accidents corporels » au sens du *Règlement sur le commerce de l'assurance (banques et sociétés de portefeuille bancaires)*, DORS/92-330?

Réponse : Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE — J'ai pris connaissance des motifs des juges Binnie et LeBel, et je suis

I disagree, however, with their approach to the doctrine of interjurisdictional immunity and with their appreciation of the doctrine within the general methodological approach to division of powers questions. In my view, their approach severely restricts the doctrine and that is unwarranted. As discussed in my reasons in *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 S.C.R. 86, 2007 SCC 23, there is both a doctrinal and a practical need to conserve the doctrine of interjurisdictional immunity (see paras. 102-108). Though I will not revisit in detail my defence of the doctrine, I note that in *Lafarge* I did address the serious concern that the doctrine unnecessarily and unfairly creates a much wider scope for centralization of federal power at the expense of the principles of federalism and regionalism. I concluded that the best way to address this concern was to clarify the meaning of “affects” in the “affects a vital part” test to require a sufficiently severe impact by the impugned provincial law on the core of a federal head of legislative power in order to justify a finding of immunity (para. 109). In my view, this approach promotes an incremental development of the doctrine, avoids a significant departure from this Court’s recent jurisprudence in this area and is better adapted to the practical needs that must always concern us in constitutional matters. Thus, I propose to resolve this case according to the principles and approach I set down in *Lafarge*. For this purpose, I do, however, accept the facts as stated by Binnie and LeBel JJ. in paras. 5-11 of their reasons.

1. The Correct Methodological Approach

The starting point of my analysis in *Lafarge* was to set out the proper methodological approach to division of powers questions. As I noted at para.

d’accord avec la conclusion qu’ils proposent. Je ne peux souscrire, cependant, à leur interprétation de la doctrine de l’exclusivité des compétences et à leur appréciation de cette doctrine dans le cadre de la démarche méthodologique générale développée à l’égard des questions de partage des compétences. J’estime que leur interprétation restreint gravement la doctrine, et une telle restriction n’est pas justifiée. Comme je l’ai expliqué dans mes motifs dans l’arrêt *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 86, 2007 CSC 23, tant la doctrine que des raisons d’ordre pratique justifient le maintien de la doctrine de l’exclusivité des compétences (voir les par. 102 à 108). Je n’entends pas revoir en détail ma défense de cette doctrine, mais je signale que, dans *Lafarge*, j’ai bel et bien tenu compte de l’importante préoccupation voulant que cette doctrine crée inutilement et injustement une assise beaucoup plus vaste où le pouvoir central est davantage favorisé aux dépens des principes du fédéralisme et du régionalisme. Je suis arrivé à la conclusion que la meilleure façon de répondre à cette préoccupation était de clarifier le sens du terme « touche » contenu dans le critère proposé par l’expression « touche un élément essentiel » de manière à ce que la loi provinciale contestée doive produire sur le contenu essentiel d’un chef de compétence législative fédérale des effets suffisamment importants pour justifier que l’on conclue à l’existence d’une compétence exclusive (par. 109). À mon avis, cette interprétation favorise une évolution progressive de la doctrine, évite que l’on écarte de façon importante la jurisprudence récente de notre Cour dans ce domaine, et est mieux adaptée aux besoins d’ordre pratique dont nous devons toujours nous préoccuper dans les affaires constitutionnelles. Je propose donc de résoudre la présente affaire selon les principes et la méthode d’interprétation que j’ai énoncés dans l’arrêt *Lafarge*. À cette fin, j’accepte toutefois les faits tels que les ont exposés les juges Binnie et LeBel aux par. 5 à 11 de leurs motifs.

1. La démarche méthodologique applicable

Dans l’arrêt *Lafarge*, j’ai entrepris mon analyse en énonçant la démarche méthodologique applicable à l’égard des questions de partage des

102, all constitutional legal challenges to legislation should follow the same pattern. First, the pith and substance of the provincial statutory provisions and the federal statutory provisions should be examined to ensure that they are both validly enacted laws and to determine the nature of the overlap, if any, between them. Second, the applicability of the provincial law to the federal undertaking or matter in question must be resolved with reference to the doctrine of interjurisdictional immunity. Third, only if both the provincial law and the federal law have been found to be valid pieces of legislation, and only if the provincial law is found to be applicable to the federal matter in question, then both statutes must be compared to determine whether the overlap between them constitutes a “conflict” sufficient to trigger the application of the doctrine of federal paramountcy.

These steps should take place in the sequence listed, such that if the impugned law is found to be invalid on the pith and substance test, there is no need to move on to consider applicability. Similarly, as demonstrated in my reasons in *Lafarge*, where an impugned law is found inapplicable to a federal matter or undertaking on account of interjurisdictional immunity, there is no need to go on to consider operability. I cannot agree with Justices Binnie and LeBel’s suggestion at paras. 76-78 that considerations of operability should generally precede considerations of applicability in the division of powers analytical framework absent “situations already covered by precedent” and that the interjurisdictional immunity analysis should be exceptional to the general methodological approach. In my view, it is impossible to find a federal law paramount over a provincial law, or to conclude that the provincial law is inoperable, if the provincial law is not even applicable to the federal matter at issue. This is a matter of practicality as much as it is one of logic.

compétences. Comme je l’ai mentionné au par. 102, les contestations judiciaires de nature constitutionnelle devraient toutes suivre le même modèle. Premièrement, il faut examiner le caractère véritable des dispositions législatives provinciales et fédérales pour s’assurer qu’elles ont toutes été validement adoptées et pour déterminer la nature du chevauchement qui existe entre elles, le cas échéant. Deuxièmement, il faut trancher la question de l’applicabilité de la loi provinciale à l’entreprise ou la matière fédérale en cause en se fondant sur la doctrine de l’exclusivité des compétences. Troisièmement, ce n’est que si la loi provinciale et la loi fédérale ont toutes deux été déclarées valides, et que si la loi provinciale a été jugée applicable à la matière fédérale en question, que l’on doit comparer les deux lois afin de déterminer si le chevauchement qui existe entre elles constitue un « conflit » suffisamment grave pour entraîner l’application de la doctrine de la prépondérance fédérale.

Ces étapes devraient être abordées suivant l’ordre indiqué ci-dessus de sorte que, si la loi contestée est déclarée invalide selon le critère du caractère véritable, il ne sera pas nécessaire d’examiner si elle s’applique. De même, comme je l’ai démontré dans l’arrêt *Lafarge*, lorsqu’une loi contestée est jugée inapplicable à une entreprise ou matière fédérale en raison de l’exclusivité des compétences, il n’y a plus lieu d’examiner ensuite son caractère opérant. Je ne peux souscrire à l’affirmation des juges Binnie et LeBel, aux par. 76 à 78 de leurs motifs, selon laquelle l’examen du caractère opérant devrait généralement, en l’absence de « situations déjà traitées dans la jurisprudence », précéder celui de l’applicabilité dans le cadre analytique du partage des compétences, et que l’analyse fondée sur la doctrine de l’exclusivité des compétences devrait constituer une exception par rapport à la démarche méthodologique générale. Selon moi, il est impossible de conclure qu’une loi fédérale a prépondérance sur une loi provinciale, ou que la loi provinciale est inopérante, si la loi provinciale ne s’applique même pas à la matière fédérale en question. Il s’agit là d’une question de considérations pratiques tout autant que de logique.

114 Regarding the option of considering paramountcy first, J. E. Magnet, in “Research Note: The Difference Between Paramountcy and Interjurisdictional Immunity” in *Constitutional Law of Canada: Cases, Notes and Materials* (8th ed. 2001), vol. 1, at p. 338, convincingly notes the differences between the doctrines of immunity and paramountcy. He writes that immunity “is different from the paramountcy doctrine in that even where there is no contradiction or meeting of legislation, the provincial legislation offers significant obstruction to the federal thing, person or undertaking, affects its status, or drains off essential federal attributes which make them within federal jurisdiction” (p. 339). I agree that there is clearly a need for different types of constitutional legal inquiries. I will now proceed to apply the steps of the correct methodological approach to the case at bar.

2. Application to the Facts

2.1 *The Validity of the Provincial and Federal Laws*

115 We must first consider whether the impugned law in question, the *Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. I-3, is in pith and substance related to a provincial matter. As I suggested in *Lafarge*, it is also useful at this stage to determine the validity of the federal legislation in question — in this case the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46 — in order to properly consider the application of the doctrine of federal paramountcy, should the analysis proceed that far (see *Lafarge*, at para. 117).

116 The *Insurance Act* is clearly a law “in pith and substance” about the regulation of the insurance industry within the province, and the particular provisions at issue are concerned with the licensing and regulation of insurance providers, promoters and agents. The provincial law applies to all persons providing or promoting insurance services, including banks. It is therefore valid legislation of general application enacted under the provincial legislative authority over “property and

Quant à la possibilité d’examiner d’abord la question de la prépondérance, J. E. Magnet, dans « Research Note : The Difference Between Paramountcy and Interjurisdictional Immunity », dans *Constitutional Law of Canada : Cases, Notes and Materials* (8^e éd. 2001), vol. 1, p. 338, souligne de façon convaincante les différences entre les doctrines de l’exclusivité et de la prépondérance. Il écrit que la doctrine de l’exclusivité des compétences [TRADUCTION] « diffère de la doctrine de la prépondérance en ce sens que même lorsque les lois ne se contredisent pas ou ne se rejoignent pas, la loi provinciale obstrue considérablement la chose, la personne ou l’entreprise fédérales, touche leur statut ou atténue les attributs fédéraux essentiels qui font qu’ils relèvent de la compétence fédérale » (p. 339). Je conviens que les différents types d’analyses juridiques constitutionnelles sont manifestement nécessaires. J’aborde maintenant les étapes de la démarche méthodologique applicable en l’espèce.

2. Application aux faits

2.1 *La validité des lois provinciale et fédérale*

Nous devons d’abord nous demander si le caractère véritable de la loi contestée en cause, l’*Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. I-3, se rapporte à une matière provinciale. Comme je l’ai indiqué dans l’arrêt *Lafarge*, il est également utile à cette étape de se prononcer sur la validité de la loi fédérale en question — en l’espèce, la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46 — pour déterminer comme il se doit si la doctrine de la prépondérance fédérale s’applique, dans l’hypothèse où l’analyse se poursuivrait jusqu’à cette étape (voir *Lafarge*, par. 117).

L’*Insurance Act* est manifestement une loi dont le « caractère véritable » se rapporte à la réglementation du commerce de l’assurance dans la province, et les dispositions particulières en cause portent sur la délivrance de permis aux fournisseurs, promoteurs et agents d’assurance, et sur la réglementation de leurs activités. La loi provinciale s’applique à toutes les personnes qui fournissent des services d’assurance ou qui en font la promotion, y compris les banques. Il s’agit donc d’une

civil rights” in the province under s. 92(13) of the *Constitutional Act, 1867*. Nevertheless, the effects of the provincial law do create some overlap with federal areas of jurisdiction, given that it is potentially applicable to banks as one class of persons or institutions involved in the business of insurance. Thus, the provincial law has some “incidental effects” on banks and, by implication, on the federal banking power; such overlap is generally permissible and should not disturb the constitutionality of an otherwise *intra vires* statute: see *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at para. 54. The extent of these incidental effects, however, and whether they affect the “core” of the banking power and whether they frustrate Parliament’s purpose in amending the *Bank Act* to permit banks to promote certain types of authorized insurance, will be discussed under the application of the doctrine of interjurisdictional immunity and the doctrine of federal paramountcy.

The validity of the *Bank Act* was not challenged by the parties and the trial judge was prepared to assume its constitutionality under s. 91(15) for the purposes of this challenge ((2003), 343 A.R. 89, at para. 86). I am equally prepared to do so. However, I agree with Hunt J.A., who differed from the trial judge in finding that it was the federal power of “banking” itself, and not the power to legislate in respect of the “incorporation of banks” in s. 91(15), which empowered Parliament to amend the *Bank Act* to permit banks to engage in the promotion of authorized insurance products ((2005), 39 Alta. L.R. (4th) 1, at para. 35). The federal incorporation power for certain companies or undertakings involves bringing a company into existence, conferring a legal personality on it, the creation of its corporate structure and the authority over its legal capacity and status. However, this federal

disposition d’application générale valide édictée en vertu de la compétence législative provinciale sur la « propriété et les droits civils » dans la province conférée par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il n’en reste pas moins que les effets de la loi provinciale créent un certain chevauchement avec les domaines de compétence fédérale étant donné qu’elle pourrait s’appliquer aux banques en tant que catégorie de personnes ou d’institutions exploitant une entreprise d’assurance. La loi provinciale produit donc des « effets accessoires » sur les banques et, par voie de conséquence, sur la compétence fédérale sur les banques; un tel chevauchement est généralement acceptable et ne devrait pas rendre inconstitutionnelle une loi qui relève par ailleurs de la compétence provinciale : voir *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 54. L’importance de ces effets accessoires, cependant, et la possibilité qu’ils portent atteinte au « contenu essentiel » de la compétence sur les banques et qu’ils entravent la réalisation de l’objectif qu’avait le Parlement en modifiant la *Loi sur les banques* pour permettre aux banques de faire la promotion de certains types d’assurance autorisée, seront examinées à l’étape de l’application des doctrines de l’exclusivité des compétences et de la prépondérance des lois fédérales.

Les parties n’ont pas contesté la validité de la *Loi sur les banques*, et le juge de première instance était disposé à présumer sa constitutionnalité selon le par. 91(15) pour les besoins de cette contestation ((2003), 343 A.R. 89, par. 86). Je suis moi aussi disposé à le faire. Toutefois, je suis d’accord avec le juge Hunt, qui ne partageait pas l’avis du juge de première instance en concluant que c’était la compétence fédérale sur les « banques » elle-même, et non la compétence législative en matière d’« incorporation des banques » conférée par le par. 91(15), qui habilitait le Parlement à modifier la *Loi sur les banques* pour permettre à celles-ci de se livrer à la promotion de produits d’assurance autorisée ((2005), 39 Alta. L.R. (4th) 1, par. 35). Pour certaines sociétés ou entreprises, la compétence fédérale en matière d’incorporation comprend la création d’une société, l’attribution à celle-ci d’une

incorporation power, according to Hogg, “does not authorize regulation of the activities of federally-incorporated companies, and therefore there can be no immunity from provincial laws regulating the activities of such companies” (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), at para. 15.8(c), footnote 116 (emphasis added)). Thus, for Parliament to have amended the federal statutory scheme to permit an enlargement of the activities and operations banks are allowed to undertake, it must have done so pursuant to its “banking” power, rather than its “incorporation” power. If there is any federal immunity to be enjoyed by banks as federal undertakings and federally incorporated companies, it will derive from an impermissible impact of the provincial law on the federal power to regulate the activities of banks as part of the banking power, not from any impact on the incorporation power.

2.2 *The Applicability of the Provincial Law*

118 The proper analytical approach to the applicability analysis was set out at para. 118 of my reasons in *Lafarge*:

The first step is to identify the “core” of the federal head of power; that is, to determine what the federal power encompasses within its primary scope, and then to determine whether the impugned federal undertaking or matter at issue falls within that core. The second step is to determine whether the impugned provincial law . . . impermissibly affects a vital aspect of the federal core of [the] head of power, so as to render it inapplicable to the federal undertaking or matter (see *Bell Canada* (1988); see also Hogg (loose-leaf ed.), at pp. 15-25 to 15-28, and Monahan, at pp. 123-26).

Thus, the first step is to identify the “core” of the federal head of power in issue, which here is “banking” under s. 91(15). I do not support a concept of the “core” that is overly restrictive; nor do I support

personnalité juridique, la création de sa structure organisationnelle, et le pouvoir à l’égard de sa capacité et son statut juridiques. Cependant, selon Hogg, cette compétence fédérale [TRADUCTION] « n’autorise pas la réglementation des activités de sociétés constituées sous le régime de la loi fédérale, et il ne peut donc y avoir aucune immunité à l’égard des lois provinciales réglementant les activités de ces sociétés » (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), par. 15.8c), note 116 (je souligne)). Ainsi, lorsque le Parlement a modifié le régime législatif fédéral pour permettre un élargissement des activités et opérations auxquelles les banques peuvent participer, il doit l’avoir fait en se fondant sur sa compétence sur les « banques », plutôt que sur sa compétence en matière d’« incorporation ». Si les banques doivent jouir d’une quelconque immunité en leur qualité d’entreprises fédérales et de sociétés constituées sous le régime d’une loi fédérale, ce doit être en raison de l’effet inacceptable que produit la loi provinciale sur le pouvoir fédéral de réglementer les activités des banques en vertu de la compétence sur les banques, et non en raison d’un effet quelconque sur la compétence en matière d’incorporation.

2.2 *L’applicabilité de la loi provinciale*

J’ai exposé ainsi au par. 118 de mes motifs dans l’arrêt *Lafarge* la démarche analytique qu’il convient d’appliquer à l’analyse de l’applicabilité :

La première étape consiste à préciser le « contenu essentiel » du chef de compétence fédérale; c’est-à-dire, à déterminer en quoi consiste l’étendue immédiate de la compétence fédérale, et ensuite à déterminer si l’entreprise ou la matière fédérale en cause entre dans ce contenu essentiel. La deuxième étape consiste à déterminer si la loi provinciale contestée [. . .] touche d’une manière inacceptable un aspect vital du contenu essentiel de l’un ou l’autre des chefs de compétence fédérale, ce qui la rendrait de ce fait inapplicable à l’entreprise ou à la matière fédérale (voir l’arrêt *Bell Canada* (1988); voir également Hogg (éd. feuilles mobiles), p. 15-25 à 15-28, et Monahan, p. 123-126).

La première étape consiste donc à préciser le « contenu essentiel » du chef de compétence fédérale en cause, soit, en l’espèce, la compétence sur les « banques » conférée par le par. 91(15). Je ne

a concept of the “core” that is defined too widely (para. 127 of my reasons in *Lafarge*). Ultimately, my view is that the extent of the “core” is very context specific; it depends on the federal head of power in question. For example, in *Lafarge*, I concluded that the federal power over navigation and shipping (s. 91(10)) is broad and comprehensive and as a result its core must be defined in a more global and comprehensive fashion (para. 131). While the federal power over “banking” in s. 91(15) has similarly been found to be quite extensive (see Hogg, at para. 24.2(a)), I do not think its core is so imprecise. Certainly, just because something is permitted by the *Bank Act* does not make it essential to the core of banking. What will be protected under the core from impermissible intrusions by the provinces are only those elements of federal jurisdiction which are “essential and vital” to the proper functioning of the federal undertaking or matter: see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 955. After a thorough examination of the jurisprudence, the trial judge found that the lending of money, the taking of deposits, the extension of credit in the form of granting loans, as well as the taking of security for those loans were core elements of banking (paras. 129-30). I agree. When one considers these “essential” elements of the federal banking power, one is naturally drawn towards a consideration of the activities and operations performed by banks which are central to the reasons why they fall under federal jurisdiction. Thus, deposit taking and credit granting easily fall at the heart of this core set of operations and activities, since these activities constitute in many ways the *raison d’être* of banks. It is also possible to see these activities as part of the core of banking because this is so clearly and palpably the “domain” of banks as federal undertakings. The question thus becomes whether the particular matter in issue falls within this core.

préconise pas un concept du « contenu essentiel » trop restrictif, pas plus que je ne préconise un concept du « contenu essentiel » dont la définition est trop large (par. 127 de mes motifs dans *Lafarge*). En définitive, j’estime que l’étendue du « contenu essentiel » tient beaucoup au contexte; elle dépend du chef de compétence fédérale en question. Dans l’arrêt *Lafarge*, par exemple, j’ai conclu que la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires (par. 91(10)) a une vaste portée, et que son contenu essentiel doit donc être défini de façon plus globale et complète (par. 131). Bien que la compétence fédérale sur les « banques » conférée par le par. 91(15) ait également été considérée comme ayant une grande portée (voir Hogg, par. 24.2a)), je ne crois pas que son contenu essentiel soit aussi imprécis. Certes, ce n’est pas parce qu’une chose est permise par la *Loi sur les banques* qu’elle est essentielle aux opérations bancaires. Seuls les éléments de la compétence fédérale qui sont « vitaux ou essentiels » au bon fonctionnement de l’entreprise ou de la matière fédérale sont protégés contre les ingérences inacceptables des provinces : voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 955. À l’issue d’un examen approfondi de la jurisprudence, le juge de première instance a conclu que le prêt d’argent, la réception de dépôts, l’octroi de crédit sous forme de prêts et la prise de sûretés à l’égard de ces prêts constituaient les éléments essentiels des opérations bancaires (par. 129-130). J’en conviens. L’étude des éléments « essentiels » de la compétence fédérale sur les banques nous porte naturellement à examiner les activités et opérations des banques qui sont au cœur des raisons pour lesquelles celles-ci relèvent de la compétence fédérale. Ainsi, la réception de dépôts et l’octroi de crédit, qui constituent à maints égards la raison d’être des banques, se situent sans contredit au centre de cet ensemble essentiel d’opérations et d’activités. On peut également considérer ces activités comme intrinsèques au contenu essentiel des opérations bancaires parce qu’il s’agit là clairement et manifestement du « domaine » des banques en tant qu’entreprises fédérales. La question devient donc de savoir si la matière particulière en cause s’inscrit dans ce contenu essentiel.

119

Here I endorse the characterization of the particular matter in issue as the promotion of authorized insurance. It may appear that I am focussing on a specific activity as opposed to a subject matter or jurisdiction — a position I criticized in *Lafarge* (para. 110). However, the problem with Justices Binnie and LeBel’s analysis in *Lafarge* was that they focused on the Vancouver Port Authority’s regulatory power over land-use planning *as exercised in a particular case by deciding to approve the Lafarge proposal*. The corresponding “prohibited” line of inquiry here would thus be a focus on the power of banks to promote the sale of authorized insurance products *as exercised in a particular factual context* (such as a specific manner in which the insurance is promoted, or a specific insurance product or type of insurance). Just as the particular activity of the Vancouver Port Authority approving the development was technically not relevant to the immunity analysis in *Lafarge*, the particular way in which the banks promote the authorized insurance products or the particular type of authorized insurance would not be relevant to the immunity analysis here. Thus, the particular subject matter or power at the heart of this interjurisdictional immunity analysis is the ability of the banks to promote the purchase of authorized insurance products, regardless of whether or how they actually exercise that power.

120

In my view, the courts below were correct to conclude that the promotion of authorized insurance does not come within the “core” of banking. This is so for many reasons. First, the nature of the promotion of authorized insurance products renders it “one step removed” from generally-accepted “core” areas of banking identified above, to use the language of the trial judge (para. 164). While the granting of credit in exchange for collateral and the taking of “security” can be seen as being clearly at the core of the banking power (see *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (P.C.); and *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General*

En l’espèce, je suis d’accord pour qualifier la matière particulière en cause de promotion d’assurance autorisée. Je peux sembler m’intéresser uniquement à une activité plutôt qu’à une matière ou à une compétence — un raisonnement que j’ai critiqué dans l’arrêt *Lafarge* (par. 110). Cependant, le problème que posait l’analyse des juges Binnie et LeBel dans *Lafarge* tenait au fait qu’ils avaient mis l’accent sur le pouvoir de l’Administration portuaire de Vancouver de réglementer l’utilisation des sols *tel qu’il avait été exercé dans un cas en particulier par la décision d’autoriser le projet Lafarge*. En l’espèce, le genre d’examen « interdit » correspondant serait donc axé sur le pouvoir des banques de faire la promotion de la vente de produits d’assurance autorisée *tel qu’exercé dans un contexte factuel particulier* (comme une façon particulière de faire la promotion d’une assurance, ou d’un produit ou du type d’assurance en particulier). Tout comme l’activité particulière de l’Administration portuaire de Vancouver qui a consisté à autoriser l’aménagement n’était pas techniquement pertinente à l’analyse de la doctrine de l’exclusivité des compétences dans l’arrêt *Lafarge*, la façon particulière dont les banques font la promotion des produits d’assurance autorisée ou le type particulier d’assurance autorisée n’auraient, en l’espèce, aucune pertinence à l’égard de cette analyse. Ainsi, la matière ou la compétence qui se trouve au cœur de cette analyse de l’exclusivité des compétences est la capacité des banques de faire la promotion de l’achat de produits d’assurance autorisée, peu importe si elles exercent réellement ce pouvoir ou la manière de l’exercer.

À mon avis, les tribunaux d’instance inférieure ont eu raison de conclure que la promotion d’assurance autorisée n’entre pas dans le « contenu essentiel » de l’activité bancaire. Il en est ainsi pour plusieurs raisons. Premièrement, pour reprendre les termes du juge de première instance (par. 164), la promotion de produits d’assurance autorisée se situe de par sa nature [TRADUCTION] « à un pas » de ce qui est généralement reconnu comme relevant des domaines « essentiels » de l’activité bancaire mentionnés précédemment. L’octroi de crédit en contrepartie d’une garantie et la prise de « sûretés » peuvent être considérés comme faisant clairement partie du contenu essentiel de la compétence

for Canada, [1947] A.C. 503 (P.C.)), the promotion, sale or creation of insurance as collateral for the exercise of such security is not part of the core of the banking power. As recognized by the trial judge, at para. 118, insurance can never be “security”. The insurance is rather the collateral created in relation to the granting of a bank loan. Thus, the provincial law in question cannot be interpreted as affecting the promotion of security, but rather the promotion of collateral (see the trial judge’s reasons, at para. 121). The trial judge was therefore correct to disagree with the British Columbia Court of Appeal’s position on this point in *Bank of Nova Scotia v. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)* (2003), 11 B.C.L.R. (4th) 206.

Second, although not a determinative factor (because Parliament cannot, for constitutional purposes, determine the content of the core of a federal head of power), the structure and language of the federal statutory provisions which permit banks to engage in the promotion of insurance suggests that Parliament clearly intended to allow only a limited participation in the insurance industry, recognizing that such participation would in fact constitute an encroachment of banks into an area not traditionally associated with the core of “banking”. In addition, the trial judge’s review of extrinsic secondary source materials concerning Parliament’s legislative intent in enacting the 1991 amendments to the *Bank Act* supports the notion that Parliament intended banks to promote insurance, not as an expansion of the core of the banking power, but rather as a limited exception to the general prohibition (paras. 75-84). Thus, Parliament appears to have drawn a clear distinction between the business of banking and the business of insurance.

sur les banques (voir *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (C.P.); et *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (C.P.)). La promotion, la vente ou la création d’une assurance en tant qu’élément accessoire pour l’exercice d’une telle sûreté ne fait pas partie du contenu essentiel de la compétence sur les banques. Comme l’a reconnu le juge de première instance au par. 118, l’assurance ne pourra jamais constituer une « sûreté ». L’assurance constitue plutôt un élément accessoire à l’octroi d’un prêt bancaire. La loi provinciale en question ne doit donc pas être interprétée comme touchant la promotion de garanties, mais plutôt comme touchant la promotion d’un élément accessoire (voir les motifs du juge de première instance au par. 121). C’est donc à bon droit que le juge de première instance n’a pas retenu le point de vue qu’a exprimé la Cour d’appel de la Colombie-Britannique sur ce point dans l’arrêt *Bank of Nova Scotia c. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)* (2003), 11 B.C.L.R. (4th) 206.

Deuxièmement, bien qu’il ne s’agisse pas d’un facteur déterminant (parce que le Parlement ne peut, sur le plan constitutionnel, déterminer le contenu essentiel d’un champ de compétence fédérale), la structure et le libellé des dispositions législatives fédérales qui permettent aux banques de faire la promotion d’assurance indiquent que le Parlement a manifestement voulu n’autoriser qu’une participation limitée au commerce de l’assurance, reconnaissant que cette participation constituerait effectivement une ingérence des banques dans un domaine qui n’est pas traditionnellement associé au contenu essentiel des opérations des « banques ». De plus, l’examen par le juge de première instance des documents de référence secondaires extrinsèques concernant l’intention qu’avait le Parlement en adoptant les modifications à la *Loi sur les banques* de 1991 étaye l’idée que ce dernier voulait que les banques se livrent à la promotion d’assurance non pas à la faveur d’un élargissement du contenu essentiel de la compétence sur les banques, mais plutôt à titre d’exception limitée à l’interdiction générale (par. 75-84). Le Parlement semble donc avoir établi une nette distinction entre les opérations bancaires et le commerce d’assurance.

122

Third, the aim of promoting insurance yields another clue as to its exclusion from the core of the banking power. Matters that fall within the core of a federal head of power would normally be expected to have a purpose or goal which is consistent with the exercise of that head of power and consistent with its maintenance and use. Here, the promotion of insurance by the banks does not seek to permit the continued use and maintenance of the federal banking power; rather, the sole purpose of engaging in the promotion of insurance appears to be to generate additional revenue as a separate product line and profit centre, thereby maintaining and enhancing a bank's competitive edge in an economic world of "universal banking". I would also raise the fact that the insurance promoted is optional and can be cancelled at any time, as well as the fact that the overall impact of the promotion of insurance on the banks' portfolio risk is quite minimal, as further evidence that the matter does not come within the core of banking. Clearly, the promotion of authorized insurance is not part of the core of banking because it is not essential to the function of banking.

123

The analysis should not stop here, however, because the second step set out in *Lafarge* is to determine whether the impugned provincial law impermissibly affects a vital aspect of the federal core of the head of power, so as to render it inapplicable to the federal undertaking or matter. The benefit of such a two-step inquiry, rather than focussing almost exclusively on the question of whether a federal matter comes within the "core" to determine immunity, is that it promotes greater flexibility in assessing whether immunity should arise. Even if a matter is found to be essential to a federal undertaking, immunity from a provincial law will not arise unless its "affect" on the federal power is "sufficiently severe": the federal legislative authority needs to be "attacked", "hindered" or "restrained" (paras. 108 and 139 of my reasons in *Lafarge*). Because the promotion of insurance does not go to the core of banking, it is obvious that in the present case, Alberta's *Insurance Act* is not

Troisièmement, le but de la promotion d'assurance fournit un autre indice de son exclusion du contenu essentiel de la compétence sur les banques. On s'attendrait normalement à ce que les matières qui entrent dans le contenu essentiel d'un chef de compétence fédérale visent un but ou objectif compatible avec l'exercice de cette compétence, et avec son maintien et son utilisation. En l'espèce, la promotion d'assurance par les banques ne vise pas à permettre l'exercice et le maintien continu de la compétence fédérale sur les banques; elle semble plutôt avoir pour seul but de générer un revenu supplémentaire en tant que groupe de produits et centre de profit distincts, et de conserver et consolider ainsi l'avantage compétitif de la banque dans une économie « d'opérations bancaires universelles ». Comme preuve supplémentaire que la matière ne fait pas partie du contenu essentiel des opérations bancaires, je signale le fait que l'assurance dont on fait la promotion est facultative et peut être annulée en tout temps, ainsi que le fait que l'incidence globale de la promotion d'assurance sur le risque du portefeuille de la banque est très minime. Manifestement, la promotion d'assurance autorisée ne fait pas partie du contenu essentiel des opérations bancaires parce qu'elle n'est pas essentielle au fonctionnement des banques.

L'analyse ne devrait pas s'arrêter ici, cependant, puisque la deuxième étape énoncée dans l'arrêt *Lafarge* consiste à déterminer si la loi provinciale contestée touche d'une manière inacceptable un aspect vital du contenu fédéral essentiel du chef de compétence, ce qui la rend de ce fait inapplicable à l'entreprise ou matière fédérale. L'avantage d'un tel examen en deux volets tient au fait que l'examen, plutôt que de porter presque exclusivement sur la question de savoir si une matière fédérale entre dans le « contenu essentiel », laisse plus de latitude lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'application de la doctrine de l'exclusivité. Même si une matière est jugée essentielle à une entreprise fédérale, une loi provinciale ne sera mise à l'écart que si l'« effet » qu'elle produit sur la compétence fédérale est « suffisamment grave » : la compétence législative fédérale doit être « attaquée », « empêchée » ou « restreinte » (voir par. 108 et 139 de mes motifs dans *Lafarge*). La promotion d'assurance ne faisant pas

affecting in any important way the core of banking. If the promotion of insurance did go to the core of banking, a more in-depth analysis would have to be undertaken, as was done in *Lafarge* (see paras. 139-41), to determine the severity of the impact. Therefore, no immunity arises in the circumstances, and we can move on to the final consideration of operability.

2.3 *The Operability of the Provincial Law*

As noted above, the doctrine of paramountcy is triggered when there is “conflict” between a provincial law and a federal law, and this only *after* they have both been found valid and the provincial law found to be applicable. The meaning of “conflict” was disputed between the parties, but it is fairly clear in the jurisprudence. Conflict should be considered equivalent to “inconsistency” between the statutes, and inconsistency is generally present when Parliament’s legislative purpose has been frustrated or displaced, either by making it impossible to comply with both statutes or through some other means notwithstanding the theoretical possibility of complying with both statutes: see *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13, at paras. 11-14; *Bank of Montreal v. Hall*, at pp. 151-55; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67, at para. 52, where Gonthier J. first excluded the application of the immunity doctrine in the context of that case because it “might lead to a bifurcation of the regulation and control of the legal profession in Canada”. If there is conflict or inconsistency, the provincial law will be inoperable to the extent of the conflict or inconsistency, and the federal law will be paramount.

In this case, it is clear that there is no express conflict between the provincial and federal schemes concerning the promotion of insurance by banks and that on the face of the relevant statutory provisions involved, dual compliance with both schemes is possible and in fact is to be encouraged. This is

partie du contenu essentiel des opérations bancaires, il est évident qu’en l’espèce, l’*Insurance Act* de l’Alberta ne touche pas d’une façon importante le contenu essentiel des opérations bancaires. Si la promotion d’assurance faisait partie de ce contenu essentiel, il faudrait entreprendre un examen plus approfondi, comme dans l’arrêt *Lafarge* (voir par. 139-141), afin de déterminer l’importance de cette atteinte. Par conséquent, la doctrine de l’exclusivité ne joue pas dans les circonstances et nous pouvons passer à l’étape ultime de l’examen du caractère opérant.

2.3 *Le caractère opérant de la loi provinciale*

Comme je l’ai indiqué précédemment, la doctrine de la prépondérance fédérale entre en jeu lorsqu’il y a un « conflit » entre une loi provinciale et une loi fédérale, et ce, seulement *après* qu’elles ont toutes deux été déclarées valides et que la loi provinciale a été jugée applicable. Le sens du mot « conflit », que les parties ont débattu, est assez clair en jurisprudence. Le conflit devrait être considéré comme l’équivalent d’une « incompatibilité » entre les lois, et il y a généralement une incompatibilité lorsque la réalisation du but visé par le Parlement est entravée ou déplacée, soit parce qu’il devient impossible de respecter les deux lois, soit par d’autres moyens, malgré la possibilité théorique de se conformer aux deux lois en même temps : voir *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13, par. 11-14; *Banque de Montréal c. Hall*, p. 151-155; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67, par. 52, où le juge Gonthier a d’abord écarté l’application de la doctrine de l’exclusivité des compétences dans le contexte de cette affaire parce que celle-ci « pourrait mener à une division de la réglementation et du contrôle de la profession juridique au Canada ». S’il existe un conflit ou une incompatibilité, la loi provinciale sera inopérante dans la mesure de ce conflit ou de cette incompatibilité, et la loi fédérale prévaudra.

En l’espèce, il est clair qu’il n’y a aucun conflit explicite entre les régimes provincial et fédéral concernant la promotion d’assurance par les banques et que, à la lecture des dispositions législatives en cause, le respect des deux régimes est possible et doit même être encouragé. Cela

in large part due to the fact that the federal scheme is in fact permissive and empowering, rather than a complete regulatory code concerning the banks' ability to promote authorized forms of insurance. There is in fact virtually nothing in the *Bank Act* or in the regulations about the conduct of such promotion of insurance and how it is to be regulated and governed. The appellants were therefore in error to allege that this case is markedly different from the situation in *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40, where no conflict was found in light of the fact that the federal scheme in question was merely permissive and not exhaustive.

s'explique en grande partie par le fait que, plutôt que de constituer un code de réglementation exhaustif sur la capacité des banques de faire la promotion de types d'assurance autorisée, le régime fédéral est permissif et habilitant. Il n'y a effectivement presque rien dans la *Loi sur les banques* ou dans les règlements qui traite de la manière dont cette promotion doit être faite, ni de la façon dont elle doit être réglementée et régie. Les appelantes ont donc eu tort de prétendre que la présente affaire diffère profondément de la situation que l'on trouvait dans l'affaire *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40, où l'on a conclu à l'absence de conflit parce que le régime fédéral en question était simplement permissif et non exhaustif.

126 Nor is there any express or "operational" conflict between the federal prohibition on banks acting as an "agent" at s. 416(2) of the *Bank Act* and the requirement in the provincial legislation that banks promoting insurance must hold a "restricted insurance agent's certificate" at s. 454 of the *Insurance Act*. As noted by the trial judge at para. 202, there is no definition of "agent" in the federal legislation. This implies that the narrow common-law meaning of "agent" as a person acting with the authority to bind his or her principal must have been intended. In contrast, the term "agent" in s. 1(bb) of the provincial law has a much wider and expansive meaning and includes a person who merely "solicits" or promotes insurance on behalf of an insurer, an insured or a potential insured. Thus, it is technically possible to be an "agent" for the purposes of compliance with the provincial *Insurance Act*, while not being an "agent" for the purposes of compliance with the federal *Bank Act*.

Il n'y a pas non plus de conflit explicite ou « d'application » entre l'interdiction fédérale, contenue au par. 416(2) de la *Loi sur les banques*, faite aux banques d'agir à titre d'« agents », et l'exigence provinciale, énoncée à l'art. 454 de l'*Insurance Act*, voulant que les banques qui font la promotion d'assurance soient titulaires d'un [TRADUCTION] « certificat restreint d'agent d'assurance ». Comme l'a fait observer le juge de première instance au par. 202, la loi fédérale ne donne aucune définition du terme « agent ». Cela suppose qu'on a dû vouloir attribuer à ce terme le sens restreint que lui donne la common law, soit celui d'une personne qui a le pouvoir d'engager son mandant. Par contre, le terme « agent » figurant à l'al. 1(bb) de la loi provinciale a un sens beaucoup plus large et extensif, et englobe une personne qui se contente de [TRADUCTION] « solliciter » de l'assurance ou d'en faire la promotion pour le compte d'un assureur, d'un assuré ou d'un assuré éventuel. Il est donc techniquement possible d'être un « agent » au sens de l'*Insurance Act* provinciale sans être un « agent » pour le besoin de l'application de la *Loi sur les banques* fédérale.

127 Finally, there is no evidence here that the application of the provincial law to the banks' promotion of authorized insurance products would frustrate Parliament's legislative intent in allowing banks to engage in this activity. There is nothing to indicate that Parliament enacted the legislative amendments to the *Bank Act* with the intent that the promotion of

Finalement, il n'existe en l'espèce aucun élément de preuve établissant que l'application de la loi provinciale à la promotion par les banques de produits d'assurance autorisée entraverait l'intention qu'avait le Parlement en permettant à ces dernières de se livrer à cette activité. Rien n'indique que le Parlement a modifié la *Loi sur les banques*

authorized insurance products should be immune from provincial regulation. In fact, what little evidence there is concerning Parliament's intent with respect to the applicability of provincial law tends to support the opposite conclusion. The evidence discloses specific instances of Parliamentary committees and reports explicitly recommending that the banks' promotion of authorized insurance products continues to be subject to valid provincial regulatory regimes (see paras. 80-82 of trial reasons).

Overall, the application of the provincial law in this case would not frustrate Parliament's legislative intent in enacting the amendments to the *Bank Act* and the associated regulations, because the aim of those amendments was to permit the banks to engage in the promotion of authorized insurance products and to spell out the types of products which could be validly promoted, not to set out the precise manner in which the promotion of insurance would be governed and regulated. Conversely, the aim of the provincial legislation is to provide a regulatory scheme for the promotion of insurance, but not to exercise any control over the kinds of insurance that banks may promote, or the extent to which they may do so, thereby maintaining the integrity of Parliament's legislative purpose. The interaction between the two statutory schemes is therefore one of harmony and complementarity, rather than frustration or displacement of legislative purpose.

3. Conclusion

For all of the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions in the negative.

APPENDIX

Bank Act, S.C. 1991, c. 46

409. (1) Subject to this Act, a bank shall not engage in or carry on any business other than the business of banking and such business generally as appertains thereto.

avec l'intention que la promotion de produits d'assurance autorisée soit soustraite à la réglementation provinciale. À vrai dire, le peu de preuve dont on dispose à l'égard de l'intention du Parlement en ce qui concerne l'applicabilité de la loi provinciale tend à étayer la conclusion contraire. La preuve révèle des cas précis dans lesquels des comités et des rapports parlementaires ont recommandé expressément que la promotion par les banques de produits d'assurance autorisée continue d'être assujettie aux régimes de réglementation provinciaux valides (voir par. 80-82 des motifs du juge de première instance).

Dans l'ensemble, l'application de la loi provinciale en l'espèce n'irait pas à l'encontre de l'intention qu'avait le Parlement en adoptant les modifications apportées à la *Loi sur les banques* et à ses règlements, puisque ces modifications visaient à permettre aux banques de se livrer à la promotion de produits d'assurance autorisée et à préciser les types de produits dont on pouvait valablement faire la promotion, et non à énoncer la manière précise dont la promotion d'assurance allait être régie et réglementée. À l'inverse, la loi provinciale vise à mettre en place un mécanisme de réglementation applicable à la promotion d'assurance, et non à exercer un contrôle sur les types d'assurance dont les banques peuvent faire la promotion, ou sur la mesure dans laquelle elles peuvent le faire, respectant ainsi l'intégrité de l'objectif poursuivi par le Parlement. L'interaction entre les deux régimes législatifs est donc une affaire d'harmonie et de complémentarité plutôt que d'entrave ou de déplacement de l'objectif législatif.

3. Conclusion

Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre par la négative aux questions constitutionnelles.

ANNEXE

Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46

409. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'activité de la banque doit se rattacher aux opérations bancaires.

(2) For greater certainty, the business of banking includes

(a) providing any financial service;

. . . .

416. (1) A bank shall not undertake the business of insurance except to the extent permitted by this Act or the regulations.

(2) A bank shall not act in Canada as agent for any person in the placing of insurance and shall not lease or provide space in any branch in Canada of the bank to any person engaged in the placing of insurance.

. . . .

(4) Nothing in this section precludes a bank from

(a) requiring insurance to be placed by a borrower for the security of the bank; or

(b) obtaining group insurance for its employees or the employees of any bodies corporate in which it has a substantial investment pursuant to section 468.

Insurance Business (Banks and Bank Holding Companies) Regulations SOR/92-330

2. In these Regulations,

. . . .

“authorized type of insurance” means:

- (a) credit or charge card-related insurance,
- (b) creditors’ disability insurance,
- (c) creditors’ life insurance,
- (d) creditors’ loss of employment insurance,
- (e) creditors’ vehicle inventory insurance,
- (f) export credit insurance,
- (g) mortgage insurance, or
- (h) travel insurance;

Insurance Act, R.S.A. 2000, c. I-3

1 In this Act,

. . . .

(2) Sont notamment considérés comme des opérations bancaires :

a) la prestation de services financiers;

. . . .

416. (1) Il est interdit à la banque de se livrer au commerce de l’assurance, sauf dans la mesure permise par la présente loi ou les règlements.

(2) Il est interdit à la banque d’agir au Canada à titre d’agent pour la souscription d’assurance et de louer ou fournir des locaux dans ses succursales au Canada à une personne se livrant au commerce de l’assurance.

. . . .

(4) Le présent article n’empêche toutefois pas la banque de faire souscrire par un emprunteur une assurance à son profit, ni d’obtenir une assurance collective pour ses employés ou ceux des personnes morales dans lesquelles elle a un intérêt de groupe financier en vertu de l’article 468.

Règlement sur le commerce de l’assurance (banques et sociétés de portefeuille bancaires), DORS/92-330

2. Les définitions qui suivent s’appliquent au présent règlement.

. . . .

« assurance autorisée » Assurance de l’un des types suivants :

- a) assurance carte de crédit ou de paiement;
- b) assurance-invalidité de crédit;
- c) assurance-vie de crédit;
- d) assurance crédit en cas de perte d’emploi;
- e) assurance crédit pour stocks de véhicules;
- f) assurance crédit des exportateurs;
- g) assurance hypothèque;
- h) assurance voyage.

Insurance Act, R.S.A. 2000, ch. I-3

[TRADUCTION]

1 Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . . .

- (n) “deposit-taking institution” means
 - (i) Alberta Treasury Branches or a bank, credit union, loan corporation or trust corporation . . .

- n) « institution de dépôt » Selon le cas,
 - (i) l’Alberta Treasury Branch, une banque, une caisse populaire, une société de prêt ou de fiducie . . .

- (bb) “insurance agent” means a person who, for compensation,
 - (i) solicits insurance on behalf of an insurer, insured or potential insured,

- bb) « agent d’assurance » Personne qui, contre rémunération,
 - (i) sollicite de l’assurance pour le compte d’un assureur, d’un assuré ou d’un assuré éventuel,

454(1) The Minister may issue a restricted insurance agent’s certificate of authority to a business

454(1) Le ministre peut délivrer un certificat restreint d’agent d’assurance aux entreprises suivantes :

- (a) that is a deposit-taking institution . . .

- a) une institution de dépôt,

(2) A restricted insurance agent’s certificate of authority authorizes the holder and the holder’s employees to act or offer to act, subject to prescribed conditions and restrictions, as an insurance agent in respect of classes or types of insurance specified by the Minister.

(2) Un certificat restreint d’agent d’assurance autorise son titulaire et ses employés d’agir ou d’offrir d’agir, sous réserve des conditions et restrictions réglementaires, comme agent d’assurance relativement aux catégories ou aux types d’assurance précisés par le ministre.

468(1) The Minister may refuse to issue an applicant’s new certificate of authority if the requirements of this Act and the regulations relating to the certificate have not been met.

468(1) Le ministre peut refuser de délivrer un certificat si les exigences prévues par la présente loi et la réglementation relatives au certificat ne sont pas respectées.

482 A decision of the Minister under this Part to refuse to issue, renew or reinstate a certificate of authority, to impose terms and conditions on a certificate of authority, to revoke or suspend a certificate of authority or to impose a penalty on the holder or former holder of a certificate of authority may be appealed in accordance with the regulations.

482 Il peut être interjeté appel, conformément au règlement, d’une décision du ministre rendue en vertu de la présente partie de refuser de délivrer, de renouveler ou de rétablir un certificat, d’assortir un certificat de conditions ou modalités, de révoquer ou de suspendre un certificat ou d’imposer une sanction à un titulaire ou un ancien titulaire d’un certificat.

Insurance Agents and Adjusters Regulation, A.R. 122/2001

Insurance Agents and Adjusters Regulation, A.R. 122/2001

[TRANSDUCTION]

[Information provided by consumer]

[Information fournie par le consommateur]

12(1) The holder of a restricted certificate

12(1) Il est interdit au titulaire d’un certificat restreint

- (a) may not use personal information given by a person buying insurance unless it is used for the purpose for which it is given and the person signs a consent that meets the requirements of subsection (2), and
- (b) may not release the information described in clause (a) to someone who is not an employee of the holder unless the person signs a consent that meets the requirements of subsection (3).

- a) d'utiliser des renseignements personnels fournis par une personne qui achète une assurance, si ce n'est pour les besoins auxquels les renseignements sont fournis et si la personne signe un consentement conforme aux exigences du paragraphe (2);
- b) de communiquer les renseignements visés à l'alinéa (a) à un tiers qui n'est pas son employé à moins que la personne qui achète une assurance ne signe un consentement conforme aux exigences du paragraphe (3).

. . . .

. . . .

[Insurance application]

14(1) When a holder of a restricted certificate negotiates or enters into a transaction with a person for credit-related insurance at the same time as a credit arrangement is being negotiated or entered into with the person, the holder must provide the person with a separate application for the insurance coverage.

(2) A holder of a restricted certificate must, on request, provide a person making an application for insurance with a copy of the completed insurance application.

[Disclosure]

15(1) A holder of a restricted certificate, at the time the person applies for insurance coverage, must

- (a) provide to a person buying insurance
 - (i) a summary of the terms, including limitations and restrictions, of the insurance offered, and
 - (ii) a summary of the circumstances under which the insurance commences or terminates and the procedures to follow in making a claim,

and

- (b) notify a person buying insurance that the policy will be sent to the person, or in the case of a contract of group insurance, a certificate will be sent to the person.

(2) A holder of a restricted certificate who is marketing credit-related insurance, at the time of application for insurance coverage

- (a) must provide to a person buying insurance

[Demande d'assurance]

14(1) Le titulaire d'un certificat restreint qui négocie ou conclut avec une personne un contrat d'assurance-crédit en même temps que celle-ci négocie ou conclut un contrat de crédit lui fait remplir une demande distincte pour la couverture d'assurance.

(2) Le titulaire d'un certificat restreint fournit sur demande à la personne qui présente une demande d'assurance une copie de cette demande d'assurance.

[Information et notification]

15(1) Au moment où une personne présente une demande d'assurance, le titulaire d'un certificat restreint

- a) lui fournit
 - (i) un résumé des modalités de l'assurance proposée, y compris les limites et les restrictions;
 - (ii) un résumé des modalités régissant l'entrée en vigueur et la cessation de l'assurance et la procédure à suivre pour présenter une demande d'indemnité;

- b) notifie à la personne qui achète une assurance que la police lui sera envoyée ou, dans le cas d'une assurance collective, qu'un certificat lui sera envoyé.

(2) Au moment d'une demande d'assurance, le titulaire d'un certificat restreint qui fait la promotion de l'assurance-crédit

- a) fournit à la personne qui achète une assurance

- (i) a statement that sets out the right to rescind the insurance contract and obtain a full refund of the premium pursuant to section 18, and
- (ii) a statement that the duration of the insurance is less than the term of the amortization period of any related loan, or that the amount of the insurance is less than the indebtedness, if that is the case,

and

- (b) must inform a person buying insurance that the person may contact the insurer for further information or clarification, the name of the insurer that is providing the insurance and how that insurer may be contacted.

(3) The insurer on behalf of which the holder of the restricted certificate is marketing insurance must ensure that procedures are in place to effect the requirements of this section.

(4) Where a holder of a restricted certificate receives any compensation, inducement or benefit from an insurer, directly or indirectly, for selling insurance, the holder of a restricted certificate must disclose that fact to any person who is considering buying insurance from that holder.

[Loan offers]

16(1) A holder of a restricted certificate may not, when offering to make a loan to, or arrange a loan for, a person, inform the person that the person must, or require the person to, purchase insurance before the loan can be made.

(2) Despite subsection (1), a holder of a restricted certificate may, when offering to make a loan to, or arrange a loan for, a person, inform the person that the person must, or require the person to, purchase insurance if the insurance is to protect the lender against default of the borrower and the insurance is from an insurer licensed to do business in Alberta.

(3) For the purpose of subsection (2), a holder of a restricted certificate may not inform the person that the person must, or require the person to, purchase insurance from the holder or an insurer or insurance agent, specified by the holder.

[Information certificate]

17 A holder of a restricted certificate must

- (i) une déclaration faisant état du droit de celle-ci de résilier le contrat d'assurance et d'obtenir le remboursement intégral de la prime conformément à l'article 18,
- (ii) une déclaration indiquant, si tel est le cas, que la durée de l'assurance est plus courte que la période d'amortissement de tout prêt connexe, ou que le montant de l'assurance est inférieur à l'endettement,

- b) informe la personne qui achète une assurance qu'elle peut communiquer avec l'assureur pour obtenir plus de renseignements ou des précisions et lui fournit le nom de l'assureur, en indiquant la façon de communiquer avec ce dernier.

(3) L'assureur dont le titulaire d'un certificat restreint offre les produits d'assurance s'assure que les procédures permettant de satisfaire aux exigences du présent article sont en place.

(4) Le titulaire d'un certificat restreint qui reçoit d'un assureur, directement ou indirectement, une rémunération, un paiement incitatif ou un avantage pour la vente d'assurance doit informer de ce fait toute personne qui envisage l'achat d'une assurance auprès de lui.

[Offres de prêt]

16(1) Lorsqu'il offre de consentir un prêt à une personne ou de prendre des arrangements en vue de lui obtenir un prêt, le titulaire d'un certificat restreint ne peut, avant que le prêt soit accordé, dire à cette personne qu'elle doit acheter une assurance ni exiger qu'elle achète une assurance.

(2) Malgré le paragraphe (1), lorsqu'il offre de consentir un prêt à une personne, ou de prendre des arrangements en vue de lui obtenir un prêt, le titulaire d'un certificat restreint peut dire à cette personne qu'elle doit acheter une assurance, ou exiger que cette personne achète une assurance, si cette assurance vise à protéger le prêteur contre le défaut de l'emprunteur et est offerte par un assureur autorisé à faire affaires en Alberta.

(3) Pour l'application du paragraphe (2), le titulaire d'un certificat restreint ne peut dire à la personne qu'elle doit acheter une assurance, ni exiger qu'elle achète une assurance, auprès de lui ou auprès d'un assureur ou d'un agent d'assurance qu'il désigne.

[Attestation de la communication de l'information]

17 Le titulaire d'un certificat restreint s'assure

- (a) ensure that purchasers or potential purchasers of insurance are informed that they are contracting or considering contracting with an insurer and not with the holder, and
- (b) ensure that written documentation is provided to the purchaser of insurance evidencing the insurance and setting out the information required to be disclosed by clause (a) and section 15(1)(b) within 30 days of the insurance coming into force.

[Right of rescission]

18(1) A person who buys life insurance through the holder of a restricted certificate has 10 days, or any longer period specified in the policy or certificate, after receiving the written documentation referred to in section 17 to rescind the insurance.

(2) A person who rescinds insurance in accordance with subsection (1) is entitled to receive from the insurer a refund of the whole premium that has been paid.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

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

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

- a) que les acheteurs ou les acheteurs éventuels d'une assurance sont informés qu'ils achètent ou envisagent d'acheter une assurance d'un assureur et non du titulaire;
- b) que l'acheteur d'une assurance obtient, dans les trente (30) jours de l'entrée en vigueur de l'assurance, les documents attestant la couverture d'assurance et faisant état des renseignements dont la communication est exigée à l'alinéa a) et à l'alinéa 15(1)b).

[Droit de résiliation]

18(1) La personne qui achète une assurance-vie par l'entremise du titulaire d'un certificat restreint peut résilier le contrat d'assurance dans les dix (10) jours — ou dans la période plus longue prévue dans la police ou le certificat — après avoir reçu les documents visés à l'article 17.

(2) La personne qui résilie le contrat d'assurance conformément au paragraphe (1) a droit au remboursement intégral de la prime versée pour cette assurance.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureur de l'intimée: Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Alberta Insurance Council: Emery Jamieson, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Financial Advisors Association of Canada: Heenan Blaikie, Toronto.

Solicitors for the interveners AIG Life Insurance Company of Canada et al.: Lax O'Sullivan Scott, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intervenante Alberta Insurance Council : Emery Jamieson, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association des conseillers en finance du Canada : Heenan Blaikie, Toronto.

Procureurs des intervenantes Compagnie d'Assurance-Vie AIG du Canada et autres : Lax O'Sullivan Scott, Toronto.

Century Services Inc. *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada on behalf
of Her Majesty The Queen in Right of
Canada** *Respondent***INDEXED AS: CENTURY SERVICES INC. v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL)****2010 SCC 60**

File No.: 33239.

2010: May 11; 2010: December 16.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Bankruptcy and Insolvency — Priorities — Crown applying on eve of bankruptcy of debtor company to have GST monies held in trust paid to Receiver General of Canada — Whether deemed trust in favour of Crown under Excise Tax Act prevails over provisions of Companies' Creditors Arrangement Act purporting to nullify deemed trusts in favour of Crown — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 18.3(1) — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222(3).

Bankruptcy and insolvency — Procedure — Whether chambers judge had authority to make order partially lifting stay of proceedings to allow debtor company to make assignment in bankruptcy and to stay Crown's right to enforce GST deemed trust — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 11.

Trusts — Express trusts — GST collected but unremitted to Crown — Judge ordering that GST be held by Monitor in trust account — Whether segregation of Crown's GST claim in Monitor's account created an express trust in favour of Crown.

Century Services Inc. *Appelante*

c.

**Procureur général du Canada au
nom de Sa Majesté la Reine du chef du
Canada** *Intimé***RÉPERTORIÉ : CENTURY SERVICES INC. c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)****2010 CSC 60**

N° du greffe : 33239.

2010 : 11 mai; 2010 : 16 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et
Cromwell.**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Faillite et insolvabilité — Priorités — Demande de la Couronne à la société débitrice, la veille de la faillite, sollicitant le paiement au receveur général du Canada de la somme détenue en fiducie au titre de la TPS — La fiducie réputée établie par la Loi sur la taxe d'accise en faveur de la Couronne l'emporte-t-elle sur les dispositions de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies censées neutraliser ces fiducies? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 18.3(1) — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222(3).

Faillite et insolvabilité — Procédure — Le juge en cabinet avait-il le pouvoir, d'une part, de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre à la compagnie débitrice de faire cession de ses biens en faillite et, d'autre part, de suspendre les mesures prises par la Couronne pour bénéficier de la fiducie réputée se rapportant à la TPS? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11.

Fiducies — Fiducies expresses — Somme perçue au titre de la TPS mais non versée à la Couronne — Ordonnance du juge exigeant que la TPS soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie — Le fait que le montant de TPS réclamé par la Couronne soit détenu séparément dans le compte du contrôleur a-t-il créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne?

The debtor company commenced proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA"), obtaining a stay of proceedings to allow it time to reorganize its financial affairs. One of the debtor company's outstanding debts at the commencement of the reorganization was an amount of unremitted Goods and Services Tax ("GST") payable to the Crown. Section 222(3) of the *Excise Tax Act* ("ETA") created a deemed trust over unremitted GST, which operated despite any other enactment of Canada except the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA"). However, s. 18.3(1) of the CCAA provided that any statutory deemed trusts in favour of the Crown did not operate under the CCAA, subject to certain exceptions, none of which mentioned GST.

Pursuant to an order of the CCAA chambers judge, a payment not exceeding \$5 million was approved to the debtor company's major secured creditor, Century Services. However, the chambers judge also ordered the debtor company to hold back and segregate in the Monitor's trust account an amount equal to the unremitted GST pending the outcome of the reorganization. On concluding that reorganization was not possible, the debtor company sought leave of the court to partially lift the stay of proceedings so it could make an assignment in bankruptcy under the BIA. The Crown moved for immediate payment of unremitted GST to the Receiver General. The chambers judge denied the Crown's motion, and allowed the assignment in bankruptcy. The Court of Appeal allowed the appeal on two grounds. First, it reasoned that once reorganization efforts had failed, the chambers judge was bound under the priority scheme provided by the ETA to allow payment of unremitted GST to the Crown and had no discretion under s. 11 of the CCAA to continue the stay against the Crown's claim. Second, the Court of Appeal concluded that by ordering the GST funds segregated in the Monitor's trust account, the chambers judge had created an express trust in favour of the Crown.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The apparent conflict between s. 222(3) of the ETA and s. 18.3(1) of the CCAA can be resolved through an interpretation that properly recognizes the history of the CCAA, its function amidst the body of insolvency legislation enacted by

La compagnie débitrice a déposé une requête sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC ») et obtenu la suspension des procédures dans le but de réorganiser ses finances. Parmi les dettes de la compagnie débitrice au début de la réorganisation figurait une somme due à la Couronne, mais non versée encore, au titre de la taxe sur les produits et services (« TPS »). Le paragraphe 222(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* (« LTA ») crée une fiducie réputée visant les sommes de TPS non versées. Cette fiducie s'applique malgré tout autre texte législatif du Canada sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI »). Toutefois, le par. 18.3(1) de la LACC prévoyait que, sous réserve de certaines exceptions, dont aucune ne concerne la TPS, les fiducies réputées établies par la loi en faveur de la Couronne ne s'appliquaient pas sous son régime.

Le juge siégeant en son cabinet chargé d'appliquer la LACC a approuvé par ordonnance le paiement à Century Services, le principal créancier garanti du débiteur, d'une somme d'au plus cinq millions de dollars. Toutefois, il a également ordonné à la compagnie débitrice de retenir un montant égal aux sommes de TPS non versées et de le déposer séparément dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à l'issue de la réorganisation. Ayant conclu que la réorganisation n'était pas possible, la compagnie débitrice a demandé au tribunal de lever partiellement la suspension des procédures pour lui permettre de faire cession de ses biens en vertu de la LFI. La Couronne a demandé par requête le paiement immédiat au receveur général des sommes de TPS non versées. Le juge siégeant en son cabinet a rejeté la requête de la Couronne et autorisé la cession des biens. La Cour d'appel a accueilli l'appel pour deux raisons. Premièrement, elle a conclu que, après que la tentative de réorganisation eut échoué, le juge siégeant en son cabinet était tenu, en raison de la priorité établie par la LTA, d'autoriser le paiement à la Couronne des sommes qui lui étaient dues au titre de la TPS, et que l'art. 11 de la LACC ne lui conférait pas le pouvoir discrétionnaire de maintenir la suspension de la demande de la Couronne. Deuxièmement, la Cour d'appel a conclu que, en ordonnant la ségrégation des sommes de TPS dans le compte en fiducie du contrôleur, le juge siégeant en son cabinet avait créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell : Il est possible de résoudre le conflit apparent entre le par. 222(3) de la LTA et le par. 18.3(1) de la LACC en les interprétant d'une manière qui tienne compte adéquatement de l'historique de la LACC, de la fonction de cette loi parmi

Parliament and the principles for interpreting the *CCAA* that have been recognized in the jurisprudence. The history of the *CCAA* distinguishes it from the *BIA* because although these statutes share the same remedial purpose of avoiding the social and economic costs of liquidating a debtor's assets, the *CCAA* offers more flexibility and greater judicial discretion than the rules-based mechanism under the *BIA*, making the former more responsive to complex reorganizations. Because the *CCAA* is silent on what happens if reorganization fails, the *BIA* scheme of liquidation and distribution necessarily provides the backdrop against which creditors assess their priority in the event of bankruptcy. The contemporary thrust of legislative reform has been towards harmonizing aspects of insolvency law common to the *CCAA* and the *BIA*, and one of its important features has been a cutback in Crown priorities. Accordingly, the *CCAA* and the *BIA* both contain provisions nullifying statutory deemed trusts in favour of the Crown, and both contain explicit exceptions exempting source deductions deemed trusts from this general rule. Meanwhile, both Acts are harmonious in treating other Crown claims as unsecured. No such clear and express language exists in those Acts carving out an exception for GST claims.

When faced with the apparent conflict between s. 222(3) of the *ETA* and s. 18.3(1) of the *CCAA*, courts have been inclined to follow *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* and resolve the conflict in favour of the *ETA*. *Ottawa Senators* should not be followed. Rather, the *CCAA* provides the rule. Section 222(3) of the *ETA* evinces no explicit intention of Parliament to repeal *CCAA* s. 18.3. Where Parliament has sought to protect certain Crown claims through statutory deemed trusts and intended that these deemed trusts continue in insolvency, it has legislated so expressly and elaborately. Meanwhile, there is no express statutory basis for concluding that GST claims enjoy a preferred treatment under the *CCAA* or the *BIA*. The internal logic of the *CCAA* appears to subject a GST deemed trust to the waiver by Parliament of its priority. A strange asymmetry would result if differing treatments of GST deemed trusts under the *CCAA* and the *BIA* were found to exist, as this would encourage statute shopping, undermine the *CCAA*'s remedial purpose and invite the very social ills that the statute was enacted to avert. The later in time enactment of the more general s. 222(3) of the *ETA* does not require application of the doctrine of implied repeal to the earlier and more specific s. 18.3(1) of the *CCAA* in the circumstances of this case. In any event,

l'ensemble des textes adoptés par le législateur fédéral en matière d'insolvabilité et des principes d'interprétation de la *LACC* reconnus dans la jurisprudence. L'historique de la *LACC* permet de distinguer celle-ci de la *LFI* en ce sens que, bien que ces lois aient pour objet d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de l'actif d'un débiteur, la *LACC* offre plus de souplesse et accorde aux tribunaux un plus grand pouvoir discrétionnaire que le mécanisme fondé sur des règles de la *LFI*, ce qui rend la première mieux adaptée aux réorganisations complexes. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence permettant aux créanciers de savoir s'ils ont la priorité dans l'éventualité d'une faillite. Le travail de réforme législative contemporain a principalement visé à harmoniser les aspects communs à la *LACC* et à la *LFI*, et l'une des caractéristiques importantes de cette réforme est la réduction des priorités dont jouit la Couronne. Par conséquent, la *LACC* et la *LFI* contiennent toutes deux des dispositions neutralisant les fiducies réputées établies en vertu d'un texte législatif en faveur de la Couronne, et toutes deux comportent des exceptions expresses à la règle générale qui concernent les fiducies réputées établies à l'égard des retenues à la source. Par ailleurs, ces deux lois considèrent les autres créances de la Couronne comme des créances non garanties. Ces lois ne comportent pas de dispositions claires et expresses établissant une exception pour les créances relatives à la TPS.

Les tribunaux appelés à résoudre le conflit apparent entre le par. 222(3) de la *LTA* et le par. 18.3(1) de la *LACC* ont été enclins à appliquer l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* et à trancher en faveur de la *LTA*. Il ne convient pas de suivre cet arrêt. C'est plutôt la *LACC* qui énonce la règle applicable. Le paragraphe 222(3) de la *LTA* ne révèle aucune intention explicite du législateur d'abroger l'art. 18.3 de la *LACC*. Quand le législateur a voulu protéger certaines créances de la Couronne au moyen de fiducies réputées et voulu que celles-ci continuent de s'appliquer en situation d'insolvabilité, il l'a indiqué de manière explicite et minutieuse. En revanche, il n'existe aucune disposition législative expresse permettant de conclure que les créances relatives à la TPS bénéficient d'un traitement préférentiel sous le régime de la *LACC* ou de la *LFI*. Il semble découler de la logique interne de la *LACC* que la fiducie réputée établie à l'égard de la TPS est visée par la renonciation du législateur à sa priorité. Il y aurait une étrange asymétrie si l'on concluait que la *LACC* ne traite pas les fiducies réputées à l'égard de la TPS de la même manière que la *LFI*, car cela encouragerait les créanciers à recourir à la loi la plus favorable, minerait les objectifs réparateurs de la *LACC* et risquerait de favoriser les maux sociaux que l'édition de ce texte législatif visait justement à

recent amendments to the *CCAA* in 2005 resulted in s. 18.3 of the Act being renumbered and reformulated, making it the later in time provision. This confirms that Parliament's intent with respect to GST deemed trusts is to be found in the *CCAA*. The conflict between the *ETA* and the *CCAA* is more apparent than real.

The exercise of judicial discretion has allowed the *CCAA* to adapt and evolve to meet contemporary business and social needs. As reorganizations become increasingly complex, *CCAA* courts have been called upon to innovate. In determining their jurisdiction to sanction measures in a *CCAA* proceeding, courts should first interpret the provisions of the *CCAA* before turning to their inherent or equitable jurisdiction. Noteworthy in this regard is the expansive interpretation the language of the *CCAA* is capable of supporting. The general language of the *CCAA* should not be read as being restricted by the availability of more specific orders. The requirements of appropriateness, good faith and due diligence are baseline considerations that a court should always bear in mind when exercising *CCAA* authority. The question is whether the order will usefully further efforts to avoid the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company, which extends to both the purpose of the order and the means it employs. Here, the chambers judge's order staying the Crown's GST claim was in furtherance of the *CCAA*'s objectives because it blunted the impulse of creditors to interfere in an orderly liquidation and fostered a harmonious transition from the *CCAA* to the *BIA*, meeting the objective of a single proceeding that is common to both statutes. The transition from the *CCAA* to the *BIA* may require the partial lifting of a stay of proceedings under the *CCAA* to allow commencement of *BIA* proceedings, but no gap exists between the two statutes because they operate in tandem and creditors in both cases look to the *BIA* scheme of distribution to foreshadow how they will fare if the reorganization is unsuccessful. The breadth of the court's discretion under the *CCAA* is sufficient to construct a bridge to liquidation under the *BIA*. Hence, the chambers judge's order was authorized.

prévenir. Le paragraphe 222(3) de la *LTA*, une disposition plus récente et générale que le par. 18.3(1) de la *LACC*, n'exige pas l'application de la doctrine de l'abrogation implicite dans les circonstances de la présente affaire. En tout état de cause, par suite des modifications apportées récemment à la *LACC* en 2005, l'art. 18.3 a été reformulé et renuméroté, ce qui en fait la disposition postérieure. Cette constatation confirme que c'est dans la *LACC* qu'est exprimée l'intention du législateur en ce qui a trait aux fiducies réputées visant la TPS. Le conflit entre la *LTA* et la *LACC* est plus apparent que réel.

L'exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs discrétionnaires a fait en sorte que la *LACC* a évolué et s'est adaptée aux besoins commerciaux et sociaux contemporains. Comme les réorganisations deviennent très complexes, les tribunaux chargés d'appliquer la *LACC* ont été appelés à innover. Les tribunaux doivent d'abord interpréter les dispositions de la *LACC* avant d'invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour établir leur pouvoir de prendre des mesures dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. À cet égard, il faut souligner que le texte de la *LACC* peut être interprété très largement. La possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n'a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux utilisés dans la *LACC*. L'opportunité, la bonne foi et la diligence sont des considérations de base que le tribunal devrait toujours garder à l'esprit lorsqu'il exerce les pouvoirs conférés par la *LACC*. Il s'agit de savoir si l'ordonnance contribuera utilement à la réalisation de l'objectif d'éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d'une compagnie insolvable. Ce critère s'applique non seulement à l'objectif de l'ordonnance, mais aussi aux moyens utilisés. En l'espèce, l'ordonnance du juge siégeant en son cabinet qui a suspendu l'exécution des mesures de recouvrement de la Couronne à l'égard de la TPS contribuait à la réalisation des objectifs de la *LACC*, parce qu'elle avait pour effet de dissuader les créanciers d'entraver une liquidation ordonnée et favorisait une transition harmonieuse entre la *LACC* et la *LFI*, répondant ainsi à l'objectif — commun aux deux lois — qui consiste à avoir une seule procédure. Le passage de la *LACC* à la *LFI* peut exiger la levée partielle d'une suspension de procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, de façon à permettre l'engagement des procédures fondées sur la *LFI*, mais il n'existe aucun hiatus entre ces lois étant donné qu'elles s'appliquent de concert et que, dans les deux cas, les créanciers examinent le régime de distribution prévu par la *LFI* pour connaître la situation qui serait la leur en cas d'échec de la réorganisation. L'ampleur du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par la *LACC* suffit pour établir une passerelle vers une liquidation opérée sous le régime de la *LFI*. Le juge siégeant en son cabinet pouvait donc rendre l'ordonnance qu'il a prononcée.

No express trust was created by the chambers judge's order in this case because there is no certainty of object inferable from his order. Creation of an express trust requires certainty of intention, subject matter and object. At the time the chambers judge accepted the proposal to segregate the monies in the Monitor's trust account there was no certainty that the Crown would be the beneficiary, or object, of the trust because exactly who might take the money in the final result was in doubt. In any event, no dispute over the money would even arise under the interpretation of s. 18.3(1) of the *CCAA* established above, because the Crown's deemed trust priority over GST claims would be lost under the *CCAA* and the Crown would rank as an unsecured creditor for this amount.

Per Fish J.: The GST monies collected by the debtor are not subject to a deemed trust or priority in favour of the Crown. In recent years, Parliament has given detailed consideration to the Canadian insolvency scheme but has declined to amend the provisions at issue in this case, a deliberate exercise of legislative discretion. On the other hand, in upholding deemed trusts created by the *ETA* notwithstanding insolvency proceedings, courts have been unduly protective of Crown interests which Parliament itself has chosen to subordinate to competing prioritized claims. In the context of the Canadian insolvency regime, deemed trusts exist only where there is a statutory provision creating the trust and a *CCAA* or *BIA* provision explicitly confirming its effective operation. The *Income Tax Act*, the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act* all contain deemed trust provisions that are strikingly similar to that in s. 222 of the *ETA* but they are all also confirmed in s. 37 of the *CCAA* and in s. 67(3) of the *BIA* in clear and unmistakable terms. The same is not true of the deemed trust created under the *ETA*. Although Parliament created a deemed trust in favour of the Crown to hold unremitted GST monies, and although it purports to maintain this trust notwithstanding any contrary federal or provincial legislation, it did not confirm the continued operation of the trust in either the *BIA* or the *CCAA*, reflecting Parliament's intention to allow the deemed trust to lapse with the commencement of insolvency proceedings.

L'ordonnance du juge siégeant en son cabinet n'a pas créé de fiducie expresse en l'espèce, car aucune certitude d'objet ne peut être inférée de cette ordonnance. La création d'une fiducie expresse exige la présence de certitudes quant à l'intention, à la matière et à l'objet. Lorsque le juge siégeant en son cabinet a accepté la proposition que les sommes soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur, il n'existait aucune certitude que la Couronne serait le bénéficiaire ou l'objet de la fiducie, car il y avait un doute quant à la question de savoir qui au juste pourrait toucher l'argent en fin de compte. De toute façon, suivant l'interprétation du par. 18.3(1) de la *LACC* dérogée précédemment, aucun différend ne saurait même exister quant à l'argent, étant donné que la priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur la fiducie réputée visant la TPS ne s'applique pas sous le régime de la *LACC* et que la Couronne est reléguée au rang de créancier non garanti à l'égard des sommes en question.

Le juge Fish : Les sommes perçues par la débitrice au titre de la TPS ne font l'objet d'aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne. Au cours des dernières années, le législateur fédéral a procédé à un examen approfondi du régime canadien d'insolvabilité, mais il a refusé de modifier les dispositions qui sont en cause dans la présente affaire. Il s'agit d'un exercice délibéré du pouvoir discrétionnaire de légiférer. Par contre, en maintenant, malgré l'existence des procédures d'insolvabilité, la validité de fiducies réputées créées en vertu de la *LTA*, les tribunaux ont protégé indûment des droits de la Couronne que le Parlement avait lui-même choisi de subordonner à d'autres créances prioritaires. Dans le contexte du régime canadien d'insolvabilité, il existe une fiducie réputée uniquement lorsqu'une disposition législative crée la fiducie et qu'une disposition de la *LACC* ou de la *LFI* confirme explicitement l'existence de la fiducie. La *Loi de l'impôt sur le revenu*, le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-emploi* renferment toutes des dispositions relatives aux fiducies réputées dont le libellé offre une ressemblance frappante avec celui de l'art. 222 de la *LTA*, mais le maintien en vigueur des fiducies réputées créées en vertu de ces dispositions est confirmé à l'art. 37 de la *LACC* et au par. 67(3) de la *LFI* en termes clairs et explicites. La situation est différente dans le cas de la fiducie réputée créée par la *LTA*. Bien que le législateur crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée dans laquelle seront conservées les sommes recueillies au titre de la TPS mais non encore versées, et bien qu'il prétende maintenir cette fiducie en vigueur malgré les dispositions à l'effet contraire de toute loi fédérale ou provinciale, il ne confirme pas l'existence de la fiducie dans la *LFI* ou la *LACC*, ce qui témoigne de son intention de laisser la fiducie réputée devenir caduque au moment de l'introduction de la procédure d'insolvabilité.

Per Abella J. (dissenting): Section 222(3) of the *ETA* gives priority during *CCAA* proceedings to the Crown's deemed trust in unremitted GST. This provision unequivocally defines its boundaries in the clearest possible terms and excludes only the *BIA* from its legislative grasp. The language used reflects a clear legislative intention that s. 222(3) would prevail if in conflict with any other law except the *BIA*. This is borne out by the fact that following the enactment of s. 222(3), amendments to the *CCAA* were introduced, and despite requests from various constituencies, s. 18.3(1) was not amended to make the priorities in the *CCAA* consistent with those in the *BIA*. This indicates a deliberate legislative choice to protect the deemed trust in s. 222(3) from the reach of s. 18.3(1) of the *CCAA*.

The application of other principles of interpretation reinforces this conclusion. An earlier, specific provision may be overruled by a subsequent general statute if the legislature indicates, through its language, an intention that the general provision prevails. Section 222(3) achieves this through the use of language stating that it prevails despite any law of Canada, of a province, or "any other law" other than the *BIA*. Section 18.3(1) of the *CCAA* is thereby rendered inoperative for purposes of s. 222(3). By operation of s. 44(f) of the *Interpretation Act*, the transformation of s. 18.3(1) into s. 37(1) after the enactment of s. 222(3) of the *ETA* has no effect on the interpretive queue, and s. 222(3) of the *ETA* remains the "later in time" provision. This means that the deemed trust provision in s. 222(3) of the *ETA* takes precedence over s. 18.3(1) during *CCAA* proceedings. While s. 11 gives a court discretion to make orders notwithstanding the *BIA* and the *Winding-up Act*, that discretion is not liberated from the operation of any other federal statute. Any exercise of discretion is therefore circumscribed by whatever limits are imposed by statutes other than the *BIA* and the *Winding-up Act*. That includes the *ETA*. The chambers judge in this case was, therefore, required to respect the priority regime set out in s. 222(3) of the *ETA*. Neither s. 18.3(1) nor s. 11 of the *CCAA* gave him the authority to ignore it. He could not, as a result, deny the Crown's request for payment of the GST funds during the *CCAA* proceedings.

La juge Abella (dissidente) : Le paragraphe 222(3) de la *LTA* donne préséance, dans le cadre d'une procédure relevant de la *LACC*, à la fiducie réputée qui est établie en faveur de la Couronne à l'égard de la TPS non versée. Cette disposition définit sans équivoque sa portée dans des termes on ne peut plus clairs et n'exclut que la *LFI* de son champ d'application. Les termes employés révèlent l'intention claire du législateur que le par. 222(3) l'emporte en cas de conflit avec toute autre loi sauf la *LFI*. Cette opinion est confortée par le fait que des modifications ont été apportées à la *LACC* après l'édition du par. 222(3) et que, malgré les demandes répétées de divers groupes, le par. 18.3(1) n'a pas été modifié pour aligner l'ordre de priorité établi par la *LACC* sur celui de la *LFI*. Cela indique que le législateur a délibérément choisi de soustraire la fiducie réputée établie au par. 222(3) à l'application du par. 18.3(1) de la *LACC*.

Cette conclusion est renforcée par l'application d'autres principes d'interprétation. Une disposition spécifique antérieure peut être supplantée par une loi ultérieure de portée générale si le législateur, par les mots qu'il a employés, a exprimé l'intention de faire prévaloir la loi générale. Le paragraphe 222(3) accomplit cela de par son libellé, lequel précise que la disposition l'emporte sur tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial ou « toute autre règle de droit » sauf la *LFI*. Le paragraphe 18.3(1) de la *LACC* est par conséquent rendu inopérant aux fins d'application du par. 222(3). Selon l'alinéa 44f) de la *Loi d'interprétation*, le fait que le par. 18.3(1) soit devenu le par. 37(1) à la suite de l'édition du par. 222(3) de la *LTA* n'a aucune incidence sur l'ordre chronologique du point de vue de l'interprétation, et le par. 222(3) de la *LTA* demeure la disposition « postérieure ». Il s'ensuit que la disposition créant une fiducie réputée que l'on trouve au par. 222(3) de la *LTA* l'emporte sur le par. 18.3(1) dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. Bien que l'art. 11 accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances malgré les dispositions de la *LFI* et de la *Loi sur les liquidations*, ce pouvoir discrétionnaire demeure assujéti à l'application de toute autre loi fédérale. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est donc circonscrit par les limites imposées par toute loi autre que la *LFI* et la *Loi sur les liquidations*, et donc par la *LTA*. En l'espèce, le juge siégeant en son cabinet était donc tenu de respecter le régime de priorités établi au par. 222(3) de la *LTA*. Ni le par. 18.3(1), ni l'art. 11 de la *LACC* ne l'autorisaient à en faire abstraction. Par conséquent, il ne pouvait pas refuser la demande présentée par la Couronne en vue de se faire payer la TPS dans le cadre de la procédure introduite en vertu de la *LACC*.

Cases Cited

By Deschamps J.

Overruled: *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737; **distinguished:** *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; **referred to:** *Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] S.C.R. 659; *Quebec (Revenu) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192; *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), leave to appeal granted, 2010 QCCA 183 (CanLII); *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106; *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134; *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9; *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366; *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158; *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, aff'g (1999), 12 C.B.R. (4th) 144; *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Philip's Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25; *Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108.

By Fish J.

Referred to: *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737.

By Abella J. (dissenting)

Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re) (2005), 73 O.R. (3d) 737; *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board*, [1977] 2 F.C. 663.

Statutes and Regulations Cited

An Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêt renversé : *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737; **distinction d'avec l'arrêt :** *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; **arrêts mentionnés :** *Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] R.C.S. 659; *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192; *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), autorisation d'appel accordée, 2010 QCCA 183 (CanLII); *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134; *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9; *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366; *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158; *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, conf. (1999), 12 C.B.R. (4th) 144; *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Philip's Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25; *Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108.

Citée par le juge Fish

Arrêt mentionné : *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re) (2005), 73 O.R. (3d) 737; *Société Télé-Mobile Co. c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1977] 2 C.F. 663.

Lois et règlements cités

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 2 « texte », 44f).

- the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47, ss. 69, 128, 131.
- Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 67, 81.1, 81.2, 86 [am. 1992, c. 27, s. 39; 1997, c. 12, s. 73; 2000, c. 30, s. 148; 2005, c. 47, s. 69; 2009, c. 33, s. 25].
- Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 23.
- Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11 [am. 2005, c. 47, s. 128], 11.02 [ad. *idem*], 11.09 [ad. *idem*], 11.4 [am. *idem*], 18.3 [ad. 1997, c. 12, s. 125; rep. 2005, c. 47, s. 131], 18.4 [*idem*], 20 [am. 2005, c. 47, s. 131], 21 [ad. 1997, c. 12, s. 126; am. 2005, c. 47, s. 131], s. 37 [ad. 2005, c. 47, s. 131].
- Companies' Creditors Arrangement Act, 1933*, S.C. 1932-33, c. 36 [am. 1952-53, c. 3].
- Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 86(2), (2.1).
- Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222.
- Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 227(4), (4.1).
- Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 2 "enactment", 44(f).
- Winding-up Act*, R.S.C. 1985, c. W-11.
- Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 227(4), (4.1).
- Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47, art. 69, 128, 131.
- Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 86(2), (2.1).
- Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 67, 81.1, 81.2, 86 [mod. 1992, ch. 27, art. 39; 1997, ch. 12, art. 73; 2000, ch. 30, art. 148; 2005, ch. 47, art. 69; 2009, ch. 33, art. 25].
- Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222.
- Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11 [mod. 2005, ch. 47, art. 128], 11.02 [aj. *idem*], 11.09 [aj. *idem*], 11.4 [mod. *idem*], 18.3 [aj. 1997, ch. 12, art. 125; abr. 2005, ch. 47, art. 131], 18.4 [*idem*], 20 [mod. 2005, ch. 47, art. 131], 21 [aj. 1997, ch. 12, art. 126; mod. 2005, ch. 47, art. 131], 37 [aj. 2005, ch. 47, art. 131].
- Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, S.C. 1932-33, ch. 36 [mod. 1952-53, ch. 3].
- Loi sur les liquidations*, L.R.C. 1985, ch. W-11.
- Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 23.

Authors Cited

- Canada. Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency. *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 15, 3rd Sess., 34th Parl., October 3, 1991, 15:15.
- Canada. Industry Canada. Marketplace Framework Policy Branch. *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Corporate and Insolvency Law Policy Directorate, 2002.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 142, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, p. 2147.
- Canada. Senate. Standing Committee on Banking, Trade and Commerce. *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Senate of Canada, 2003.
- Canada. Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation. *Bankruptcy and Insolvency: Report of*

Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n^o 15, 3^e sess., 34^e lég., 3 octobre 1991, 15:15.
- Canada. Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité. *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986.
- Canada. Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité. *Faillite et Insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité*. Ottawa : Information Canada, 1970.
- Canada. Industrie Canada. Direction générale des politiques-cadres du marché. *Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : Direction des politiques du droit corporatif et de l'insolvabilité, 2002.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrange-*

- the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation*. Ottawa: Information Canada, 1970.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal: Thémis, 2009.
- Edwards, Stanley E. “Reorganizations Under the Companies’ Creditors Arrangement Act” (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587.
- Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals. Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. *Report* (2002) (online: <http://www.cairp.ca/publications/submissions-to-government/law-reform/index.php>).
- Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals. Legislative Review Task Force (Commercial). *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55* (2005).
- Jackson, Georgina R. and Janis Sarra. “Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters”, in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto: Thomson Carswell, 2008, 41.
- Jones, Richard B. “The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law”, in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005*. Toronto: Thomson Carswell, 2006, 481.
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto: Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2010, release 1).
- Morgan, Barbara K. “Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy” (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461.
- Sarra, Janis. *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations*. Toronto: University of Toronto Press, 2003.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*. Toronto: Thomson Carswell, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters’ Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto: Irwin Law, 2009.
- ments avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : 2003.
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 142, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 novembre 2005, p. 2147.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
- Edwards, Stanley E. « Reorganizations Under the Companies’ Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587.
- Institut d’insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation. Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. *Report* (2002) (en ligne : <http://www.cairp.ca/publications/submissions-to-government/law-reform/index.php>).
- Institut d’insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation. Legislative Review Task Force (Commercial). *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55* (2005).
- Jackson, Georgina R. and Janis Sarra. « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto : Thomson Carswell, 2008, 41.
- Jones, Richard B. « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005*. Toronto : Thomson Carswell, 2006, 481.
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto : Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2010, release 1).
- Morgan, Barbara K. « Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy » (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461.
- Sarra, Janis. *Creditor Rights and the Public Interest : Restructuring Insolvent Corporations*. Toronto : University of Toronto Press, 2003.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*. Toronto : Thomson Carswell, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
- Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters’ Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2005.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto : Irwin Law, 2009.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Tysoe and Smith J.J.A.), 2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, 270 B.C.A.C. 167, 454 W.A.C. 167, [2009] 12 W.W.R. 684, [2009] G.S.T.C. 79, [2009] B.C.J. No. 918 (QL), 2009 CarswellBC 1195, reversing a judgment of Brenner C.J.S.C., 2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221, [2008] B.C.J. No. 2611 (QL), 2008 CarswellBC 2895, dismissing a Crown application for payment of GST monies. Appeal allowed, Abella J. dissenting.

Mary I. A. Buttery, Owen J. James and Matthew J. G. Curtis, for the appellant.

Gordon Bourgard, David Jacyk and Michael J. Lema, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — For the first time this Court is called upon to directly interpret the provisions of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). In that respect, two questions are raised. The first requires reconciliation of provisions of the CCAA and the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (“ETA”), which lower courts have held to be in conflict with one another. The second concerns the scope of a court’s discretion when supervising reorganization. The relevant statutory provisions are reproduced in the Appendix. On the first question, having considered the evolution of Crown priorities in the context of insolvency and the wording of the various statutes creating Crown priorities, I conclude that it is the CCAA and not the ETA that provides the rule. On the second question, I conclude that the broad discretionary jurisdiction conferred on the supervising judge must be interpreted having regard to the remedial nature of the CCAA and insolvency legislation generally. Consequently, the court had the discretion to partially lift a stay of proceedings to allow the debtor to make an assignment under the *Bankruptcy and Insolvency*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Tysoe et Smith), 2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, 270 B.C.A.C. 167, 454 W.A.C. 167, [2009] 12 W.W.R. 684, [2009] G.S.T.C. 79, [2009] B.C.J. No. 918 (QL), 2009 CarswellBC 1195, qui a infirmé une décision du juge en chef Brenner, 2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221, [2008] B.C.J. No. 2611 (QL), 2008 CarswellBC 2895, qui a rejeté la demande de la Couronne sollicitant le paiement de la TPS. Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

Mary I. A. Buttery, Owen J. James et Matthew J. G. Curtis, pour l’appelante.

Gordon Bourgard, David Jacyk et Michael J. Lema, pour l’intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — C’est la première fois que la Cour est appelée à interpréter directement les dispositions de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). À cet égard, deux questions sont soulevées. La première requiert la conciliation d’une disposition de la LACC et d’une disposition de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« LTA »), qui, selon des juridictions inférieures, sont en conflit l’une avec l’autre. La deuxième concerne la portée du pouvoir discrétionnaire du tribunal qui surveille une réorganisation. Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe. Pour ce qui est de la première question, après avoir examiné l’évolution des priorités de la Couronne en matière d’insolvabilité et le libellé des diverses lois qui établissent ces priorités, j’arrive à la conclusion que c’est la LACC, et non la LTA, qui énonce la règle applicable. Pour ce qui est de la seconde question, je conclus qu’il faut interpréter les larges pouvoirs discrétionnaires conférés au juge en tenant compte de la nature réparatrice de la LACC et de la législation sur l’insolvabilité en général. Par conséquent, le tribunal avait le pouvoir

Act, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”). I would allow the appeal.

1. Facts and Decisions of the Courts Below

[2] Ted LeRoy Trucking Ltd. (“LeRoy Trucking”) commenced proceedings under the *CCAA* in the Supreme Court of British Columbia on December 13, 2007, obtaining a stay of proceedings with a view to reorganizing its financial affairs. LeRoy Trucking sold certain redundant assets as authorized by the order.

[3] Amongst the debts owed by LeRoy Trucking was an amount for Goods and Services Tax (“GST”) collected but unremitted to the Crown. The *ETA* creates a deemed trust in favour of the Crown for amounts collected in respect of GST. The deemed trust extends to any property or proceeds held by the person collecting GST and any property of that person held by a secured creditor, requiring that property to be paid to the Crown in priority to all security interests. The *ETA* provides that the deemed trust operates despite any other enactment of Canada except the *BIA*. However, the *CCAA* also provides that subject to certain exceptions, none of which mentions GST, deemed trusts in favour of the Crown do not operate under the *CCAA*. Accordingly, under the *CCAA* the Crown ranks as an unsecured creditor in respect of GST. Nonetheless, at the time LeRoy Trucking commenced *CCAA* proceedings the leading line of jurisprudence held that the *ETA* took precedence over the *CCAA* such that the Crown enjoyed priority for GST claims under the *CCAA*, even though it would have lost that same priority under the *BIA*. The *CCAA* underwent substantial amendments in 2005 in which some of the provisions at issue in this appeal were renumbered and reformulated (S.C. 2005, c. 47). However, these amendments only came into force on September 18, 2009. I will refer to the amended provisions only where relevant.

discrétionnaire de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre au débiteur de faire cession de ses biens en vertu de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »). Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

1. Faits et décisions des juridictions inférieures

[2] Le 13 décembre 2007, Ted LeRoy Trucking Ltd. (« LeRoy Trucking ») a déposé une requête sous le régime de la *LACC* devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique et obtenu la suspension des procédures dans le but de réorganiser ses finances. L’entreprise a vendu certains éléments d’actif excédentaires, comme l’y autorisait l’ordonnance.

[3] Parmi les dettes de LeRoy Trucking figurait une somme perçue par celle-ci au titre de la taxe sur les produits et services (« TPS ») mais non versée à la Couronne. La *LTA* crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée visant les sommes perçues au titre de la TPS. Cette fiducie réputée s’applique à tout bien ou toute recette détenue par la personne qui perçoit la TPS et à tout bien de cette personne détenu par un créancier garanti, et le produit découlant de ces biens doit être payé à la Couronne par priorité sur tout droit en garantie. Aux termes de la *LTA*, la fiducie réputée s’applique malgré tout autre texte législatif du Canada sauf la *LFI*. Cependant, la *LACC* prévoit également que, sous réserve de certaines exceptions, dont aucune ne concerne la TPS, ne s’appliquent pas sous son régime les fiducies réputées qui existent en faveur de la Couronne. Par conséquent, pour ce qui est de la TPS, la Couronne est un créancier non garanti dans le cadre de cette loi. Néanmoins, à l’époque où LeRoy Trucking a débuté ses procédures en vertu de la *LACC*, la jurisprudence dominante indiquait que la *LTA* l’emportait sur la *LACC*, la Couronne jouissant ainsi d’un droit prioritaire à l’égard des créances relatives à la TPS dans le cadre de la *LACC*, malgré le fait qu’elle aurait perdu cette priorité en vertu de la *LFI*. La *LACC* a fait l’objet de modifications substantielles en 2005, et certaines des dispositions en cause dans le présent pourvoi ont alors été renumérotées et reformulées (L.C. 2005, ch. 47). Mais ces modifications ne sont entrées en vigueur que le 18 septembre 2009. Je ne me reporterai aux dispositions modifiées que lorsqu’il sera utile de le faire.

[4] On April 29, 2008, Brenner C.J.S.C., in the context of the *CCAA* proceedings, approved a payment not exceeding \$5 million, the proceeds of redundant asset sales, to Century Services, the debtor's major secured creditor. LeRoy Trucking proposed to hold back an amount equal to the GST monies collected but unremitted to the Crown and place it in the Monitor's trust account until the outcome of the reorganization was known. In order to maintain the *status quo* while the success of the reorganization was uncertain, Brenner C.J.S.C. agreed to the proposal and ordered that an amount of \$305,202.30 be held by the Monitor in its trust account.

[5] On September 3, 2008, having concluded that reorganization was not possible, LeRoy Trucking sought leave to make an assignment in bankruptcy under the *BIA*. The Crown sought an order that the GST monies held by the Monitor be paid to the Receiver General of Canada. Brenner C.J.S.C. dismissed the latter application. Reasoning that the purpose of segregating the funds with the Monitor was "to facilitate an ultimate payment of the GST monies which were owed pre-filing, but only if a viable plan emerged", the failure of such a reorganization, followed by an assignment in bankruptcy, meant the Crown would lose priority under the *BIA* (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[6] The Crown's appeal was allowed by the British Columbia Court of Appeal (2009 BCCA 205, 270 B.C.A.C. 167). Tysoe J.A. for a unanimous court found two independent bases for allowing the Crown's appeal.

[7] First, the court's authority under s. 11 of the *CCAA* was held not to extend to staying the Crown's application for immediate payment of the GST funds subject to the deemed trust after it was clear that reorganization efforts had failed and

[4] Le 29 avril 2008, le juge en chef Brenner de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans le contexte des procédures intentées en vertu de la *LACC*, a approuvé le paiement à Century Services, le principal créancier garanti du débiteur, d'une somme d'au plus cinq millions de dollars, soit le produit de la vente d'éléments d'actif excédentaires. LeRoy Trucking a proposé de retenir un montant égal aux sommes perçues au titre de la TPS mais non versées à la Couronne et de le déposer dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à ce que l'issue de la réorganisation soit connue. Afin de maintenir le statu quo, en raison du succès incertain de la réorganisation, le juge en chef Brenner a accepté la proposition et ordonné qu'une somme de 305 202,30 \$ soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie.

[5] Le 3 septembre 2008, ayant conclu que la réorganisation n'était pas possible, LeRoy Trucking a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique l'autorisation de faire cession de ses biens en vertu de la *LFI*. Pour sa part, la Couronne a demandé au tribunal d'ordonner le paiement au receveur général du Canada de la somme détenue par le contrôleur au titre de la TPS. Le juge en chef Brenner a rejeté cette dernière demande. Selon lui, comme la détention des fonds dans le compte en fiducie du contrôleur visait à [TRADUCTION] « faciliter le paiement final des sommes de TPS qui étaient dues avant que l'entreprise ne débute les procédures, mais seulement si un plan viable était proposé », l'impossibilité de procéder à une telle réorganisation, suivie d'une cession de biens, signifiait que la Couronne perdrait sa priorité sous le régime de la *LFI* (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[6] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel interjeté par la Couronne (2009 BCCA 205, 270 B.C.A.C. 167). Rédigeant l'arrêt unanime de la cour, le juge Tysoe a invoqué deux raisons distinctes pour y faire droit.

[7] Premièrement, le juge d'appel Tysoe a conclu que le pouvoir conféré au tribunal par l'art. 11 de la *LACC* n'autorisait pas ce dernier à rejeter la demande de la Couronne sollicitant le paiement immédiat des sommes de TPS faisant l'objet de la fiducie réputée,

that bankruptcy was inevitable. As restructuring was no longer a possibility, staying the Crown's claim to the GST funds no longer served a purpose under the *CCAA* and the court was bound under the priority scheme provided by the *ETA* to allow payment to the Crown. In so holding, Tysoe J.A. adopted the reasoning in *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), which found that the *ETA* deemed trust for GST established Crown priority over secured creditors under the *CCAA*.

[8] Second, Tysoe J.A. concluded that by ordering the GST funds segregated in the Monitor's trust account on April 29, 2008, the judge had created an express trust in favour of the Crown from which the monies in question could not be diverted for any other purposes. The Court of Appeal therefore ordered that the money held by the Monitor in trust be paid to the Receiver General.

2. Issues

[9] This appeal raises three broad issues which are addressed in turn:

- (1) Did s. 222(3) of the *ETA* displace s. 18.3(1) of the *CCAA* and give priority to the Crown's *ETA* deemed trust during *CCAA* proceedings as held in *Ottawa Senators*?
- (2) Did the court exceed its *CCAA* authority by lifting the stay to allow the debtor to make an assignment in bankruptcy?
- (3) Did the court's order of April 29, 2008 requiring segregation of the Crown's GST claim in the Monitor's trust account create an express trust in favour of the Crown in respect of those funds?

après qu'il fut devenu clair que la tentative de réorganisation avait échoué et que la faillite était inévitable. Comme la restructuration n'était plus une possibilité, il ne servait plus à rien, dans le cadre de la *LACC*, de suspendre le paiement à la Couronne des sommes de TPS et le tribunal était tenu, en raison de la priorité établie par la *LTA*, d'en autoriser le versement à la Couronne. Ce faisant, le juge Tysoe a adopté le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), suivant lequel la fiducie réputée que crée la *LTA* à l'égard des sommes dues au titre de la TPS établissait la priorité de la Couronne sur les créanciers garantis dans le cadre de la *LACC*.

[8] Deuxièmement, le juge Tysoe a conclu que, en ordonnant la ségrégation des sommes de TPS dans le compte en fiducie du contrôleur le 29 avril 2008, le tribunal avait créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne, et que les sommes visées ne pouvaient être utilisées à quelque autre fin que ce soit. En conséquence, la Cour d'appel a ordonné que les sommes détenues par le contrôleur en fiducie pour la Couronne soient versées au receveur général.

2. Questions en litige

[9] Le pourvoi soulève trois grandes questions que j'examinerai à tour de rôle :

- (1) Le paragraphe 222(3) de la *LTA* l'emporte-t-il sur le par. 18.3(1) de la *LACC* et donne-t-il priorité à la fiducie réputée qui est établie par la *LTA* en faveur de la Couronne pendant des procédures régies par la *LACC*, comme il a été décidé dans l'arrêt *Ottawa Senators*?
- (2) Le tribunal a-t-il outrepassé les pouvoirs qui lui étaient conférés par la *LACC* en levant la suspension des procédures dans le but de permettre au débiteur de faire cession de ses biens?
- (3) L'ordonnance du tribunal datée du 29 avril 2008 exigeant que le montant de TPS réclamé par la Couronne soit détenu séparément dans le compte en fiducie du contrôleur a-t-elle créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne à l'égard des fonds en question?

3. Analysis

[10] The first issue concerns Crown priorities in the context of insolvency. As will be seen, the *ETA* provides for a deemed trust in favour of the Crown in respect of GST owed by a debtor “[d]espite . . . any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*)” (s. 222(3)), while the *CCAA* stated at the relevant time that “notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be [so] regarded” (s. 18.3(1)). It is difficult to imagine two statutory provisions more apparently in conflict. However, as is often the case, the apparent conflict can be resolved through interpretation.

[11] In order to properly interpret the provisions, it is necessary to examine the history of the *CCAA*, its function amidst the body of insolvency legislation enacted by Parliament, and the principles that have been recognized in the jurisprudence. It will be seen that Crown priorities in the insolvency context have been significantly pared down. The resolution of the second issue is also rooted in the context of the *CCAA*, but its purpose and the manner in which it has been interpreted in the case law are also key. After examining the first two issues in this case, I will address Tysoe J.A.’s conclusion that an express trust in favour of the Crown was created by the court’s order of April 29, 2008.

3.1 *Purpose and Scope of Insolvency Law*

[12] Insolvency is the factual situation that arises when a debtor is unable to pay creditors (see generally, R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), at p. 16). Certain legal proceedings become available upon insolvency, which typically allow a debtor to obtain a court order staying its creditors’ enforcement actions and attempt to obtain

3. Analyse

[10] La première question porte sur les priorités de la Couronne dans le contexte de l’insolvabilité. Comme nous le verrons, la *LTA* crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée à l’égard de la TPS due par un débiteur « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*) » (par. 222(3)), alors que selon la disposition de la *LACC* en vigueur à l’époque, « par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme [tel] » (par. 18.3(1)). Il est difficile d’imaginer deux dispositions législatives plus contradictoires en apparence. Cependant, comme c’est souvent le cas, le conflit apparent peut être résolu au moyen des principes d’interprétation législative.

[11] Pour interpréter correctement ces dispositions, il faut examiner l’historique de la *LACC*, la fonction de cette loi parmi l’ensemble des textes adoptés par le législateur fédéral en matière d’insolvabilité et les principes reconnus dans la jurisprudence. Nous verrons que les priorités de la Couronne en matière d’insolvabilité ont été restreintes de façon appréciable. La réponse à la deuxième question repose aussi sur le contexte de la *LACC*, mais l’objectif de cette loi et l’interprétation qu’en a donnée la jurisprudence jouent également un rôle essentiel. Après avoir examiné les deux premières questions soulevées en l’espèce, j’aborderai la conclusion du juge Tysoe selon laquelle l’ordonnance rendue par le tribunal le 29 avril 2008 a eu pour effet de créer une fiducie expresse en faveur de la Couronne.

3.1 *Objectif et portée du droit relatif à l’insolvabilité*

[12] L’insolvabilité est la situation de fait qui se présente quand un débiteur n’est pas en mesure de payer ses créanciers (voir, généralement, R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), p. 16). Certaines procédures judiciaires peuvent être intentées en cas d’insolvabilité. Ainsi, le débiteur peut généralement obtenir une ordonnance judiciaire

a binding compromise with creditors to adjust the payment conditions to something more realistic. Alternatively, the debtor's assets may be liquidated and debts paid from the proceeds according to statutory priority rules. The former is usually referred to as reorganization or restructuring while the latter is termed liquidation.

[13] Canadian commercial insolvency law is not codified in one exhaustive statute. Instead, Parliament has enacted multiple insolvency statutes, the main one being the *BIA*. The *BIA* offers a self-contained legal regime providing for both reorganization and liquidation. Although bankruptcy legislation has a long history, the *BIA* itself is a fairly recent statute — it was enacted in 1992. It is characterized by a rules-based approach to proceedings. The *BIA* is available to insolvent debtors owing \$1000 or more, regardless of whether they are natural or legal persons. It contains mechanisms for debtors to make proposals to their creditors for the adjustment of debts. If a proposal fails, the *BIA* contains a bridge to bankruptcy whereby the debtor's assets are liquidated and the proceeds paid to creditors in accordance with the statutory scheme of distribution.

[14] Access to the *CCAA* is more restrictive. A debtor must be a company with liabilities in excess of \$5 million. Unlike the *BIA*, the *CCAA* contains no provisions for liquidation of a debtor's assets if reorganization fails. There are three ways of exiting *CCAA* proceedings. The best outcome is achieved when the stay of proceedings provides the debtor with some breathing space during which solvency is restored and the *CCAA* process terminates without reorganization being needed. The second most desirable outcome occurs when the debtor's compromise or arrangement is accepted by its creditors and the reorganized company emerges from the *CCAA* proceedings as a going concern. Lastly, if the compromise or arrangement fails, either

ayant pour effet de suspendre les mesures d'exécution de ses créanciers, puis tenter de conclure avec eux une transaction à caractère exécutoire contenant des conditions de paiement plus réalistes. Ou alors, les biens du débiteur sont liquidés et ses dettes sont remboursées sur le produit de cette liquidation, selon les règles de priorité établies par la loi. Dans le premier cas, on emploie habituellement les termes de réorganisation ou de restructuration, alors que dans le second, on parle de liquidation.

[13] Le droit canadien en matière d'insolvabilité commerciale n'est pas codifié dans une seule loi exhaustive. En effet, le législateur a plutôt adopté plusieurs lois sur l'insolvabilité, la principale étant la *LFI*. Cette dernière établit un régime juridique autonome qui concerne à la fois la réorganisation et la liquidation. Bien qu'il existe depuis longtemps des mesures législatives relatives à la faillite, la *LFI* elle-même est une loi assez récente — elle a été adoptée en 1992. Ses procédures se caractérisent par une approche fondée sur des règles préétablies. Les débiteurs insolubles — personnes physiques ou personnes morales — qui doivent 1 000 \$ ou plus peuvent recourir à la *LFI*. Celle-ci comporte des mécanismes permettant au débiteur de présenter à ses créanciers une proposition de rajustement des dettes. Si la proposition est rejetée, la *LFI* établit la démarche aboutissant à la faillite : les biens du débiteur sont liquidés et le produit de cette liquidation est versé aux créanciers conformément à la répartition prévue par la loi.

[14] La possibilité de recourir à la *LACC* est plus restreinte. Le débiteur doit être une compagnie dont les dettes dépassent cinq millions de dollars. Contrairement à la *LFI*, la *LACC* ne contient aucune disposition relative à la liquidation de l'actif d'un débiteur en cas d'échec de la réorganisation. Une procédure engagée sous le régime de la *LACC* peut se terminer de trois façons différentes. Le scénario idéal survient dans les cas où la suspension des recours donne au débiteur un répit lui permettant de rétablir sa solvabilité et où le processus régi par la *LACC* prend fin sans qu'une réorganisation soit nécessaire. Le deuxième scénario le plus souhaitable est le cas où la transaction ou l'arrangement proposé par le débiteur est

the company or its creditors usually seek to have the debtor's assets liquidated under the applicable provisions of the *BIA* or to place the debtor into receivership. As discussed in greater detail below, the key difference between the reorganization regimes under the *BIA* and the *CCAA* is that the latter offers a more flexible mechanism with greater judicial discretion, making it more responsive to complex reorganizations.

[15] As I will discuss at greater length below, the purpose of the *CCAA* — Canada's first reorganization statute — is to permit the debtor to continue to carry on business and, where possible, avoid the social and economic costs of liquidating its assets. Proposals to creditors under the *BIA* serve the same remedial purpose, though this is achieved through a rules-based mechanism that offers less flexibility. Where reorganization is impossible, the *BIA* may be employed to provide an orderly mechanism for the distribution of a debtor's assets to satisfy creditor claims according to predetermined priority rules.

[16] Prior to the enactment of the *CCAA* in 1933 (S.C. 1932-33, c. 36), practice under existing commercial insolvency legislation tended heavily towards the liquidation of a debtor company (J. Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (2003), at p. 12). The battering visited upon Canadian businesses by the Great Depression and the absence of an effective mechanism for reaching a compromise between debtors and creditors to avoid liquidation required a legislative response. The *CCAA* was innovative as it allowed the insolvent debtor to attempt reorganization under judicial supervision outside the existing insolvency legislation which, once engaged, almost invariably resulted in liquidation (*Reference re Companies' Creditors*

accepté par ses créanciers et où la compagnie réorganisée poursuit ses activités au terme de la procédure engagée en vertu de la *LACC*. Enfin, dans le dernier scénario, la transaction ou l'arrangement échoue et la compagnie ou ses créanciers cherchent habituellement à obtenir la liquidation des biens en vertu des dispositions applicables de la *LFI* ou la mise sous séquestre du débiteur. Comme nous le verrons, la principale différence entre les régimes de réorganisation prévus par la *LFI* et la *LACC* est que le second établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire, ce qui rend le mécanisme mieux adapté aux réorganisations complexes.

[15] Comme je vais le préciser davantage plus loin, la *LACC* — la première loi canadienne régissant la réorganisation — a pour objectif de permettre au débiteur de continuer d'exercer ses activités et, dans les cas où cela est possible, d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de son actif. Les propositions faites aux créanciers en vertu de la *LFI* répondent au même objectif, mais au moyen d'un mécanisme fondé sur des règles et offrant moins de souplesse. Quand la réorganisation s'avère impossible, les dispositions de la *LFI* peuvent être appliquées pour répartir de manière ordonnée les biens du débiteur entre les créanciers, en fonction des règles de priorité qui y sont établies.

[16] Avant l'adoption de la *LACC* en 1933 (S.C. 1932-33, ch. 36), la liquidation de la compagnie débitrice constituait la pratique la plus courante en vertu de la législation existante en matière d'insolvabilité commerciale (J. Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (2003), p. 12). Les ravages de la Grande Dépression sur les entreprises canadiennes et l'absence d'un mécanisme efficace susceptible de permettre aux débiteurs et aux créanciers d'arriver à des compromis afin d'éviter la liquidation commandaient une solution législative. La *LACC* a innové en permettant au débiteur insolvable de tenter une réorganisation sous surveillance judiciaire, hors du cadre de la législation existante en matière d'insolvabilité qui, une fois entrée en jeu,

Arrangement Act, [1934] S.C.R. 659, at pp. 660-61; Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 12-13).

[17] Parliament understood when adopting the CCAA that liquidation of an insolvent company was harmful for most of those it affected — notably creditors and employees — and that a workout which allowed the company to survive was optimal (Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 13-15).

[18] Early commentary and jurisprudence also endorsed the CCAA's remedial objectives. It recognized that companies retain more value as going concerns while underscoring that intangible losses, such as the evaporation of the companies' goodwill, result from liquidation (S. E. Edwards, "Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act" (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587, at p. 592). Reorganization serves the public interest by facilitating the survival of companies supplying goods or services crucial to the health of the economy or saving large numbers of jobs (*ibid.*, at p. 593). Insolvency could be so widely felt as to impact stakeholders other than creditors and employees. Variants of these views resonate today, with reorganization justified in terms of rehabilitating companies that are key elements in a complex web of interdependent economic relationships in order to avoid the negative consequences of liquidation.

[19] The CCAA fell into disuse during the next several decades, likely because amendments to the Act in 1953 restricted its use to companies issuing bonds (S.C. 1952-53, c. 3). During the economic downturn of the early 1980s, insolvency lawyers and courts adapting to the resulting wave of insolvencies resurrected the statute and deployed it in response to new economic challenges. Participants in insolvency proceedings grew to recognize and appreciate the statute's distinguishing feature: a grant of broad and flexible authority to the supervising court to make

aboutissait presque invariablement à la liquidation (*Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] R.C.S. 659, p. 660-661; Sarra, *Creditor Rights*, p. 12-13).

[17] Le législateur comprenait, lorsqu'il a adopté la LACC, que la liquidation d'une compagnie insolvable causait préjudice à la plupart des personnes touchées — notamment les créanciers et les employés — et que la meilleure solution consistait dans un arrangement permettant à la compagnie de survivre (Sarra, *Creditor Rights*, p. 13-15).

[18] Les premières analyses et décisions judiciaires à cet égard ont également entériné les objectifs réparateurs de la LACC. On y reconnaissait que la valeur de la compagnie demeurait plus grande lorsque celle-ci pouvait poursuivre ses activités, tout en soulignant les pertes intangibles découlant d'une liquidation, par exemple la disparition de la clientèle (S. E. Edwards, « Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587, p. 592). La réorganisation sert l'intérêt public en permettant la survie de compagnies qui fournissent des biens ou des services essentiels à la santé de l'économie ou en préservant un grand nombre d'emplois (*ibid.*, p. 593). Les effets de l'insolvabilité pouvaient même toucher d'autres intéressés que les seuls créanciers et employés. Ces arguments se font entendre encore aujourd'hui sous une forme un peu différente, lorsqu'on justifie la réorganisation par la nécessité de remettre sur pied des compagnies qui constituent des volets essentiels d'un réseau complexe de rapports économiques interdépendants, dans le but d'éviter les effets négatifs de la liquidation.

[19] La LACC est tombée en désuétude au cours des décennies qui ont suivi, vraisemblablement parce que des modifications apportées en 1953 ont restreint son application aux compagnies émettant des obligations (S.C. 1952-53, ch. 3). Pendant la récession du début des années 1980, obligés de s'adapter au nombre grandissant d'entreprises en difficulté, les avocats travaillant dans le domaine de l'insolvabilité ainsi que les tribunaux ont redécouvert cette loi et s'en sont servis pour relever les nouveaux défis de l'économie. Les participants aux

the orders necessary to facilitate the reorganization of the debtor and achieve the CCAA's objectives. The manner in which courts have used CCAA jurisdiction in increasingly creative and flexible ways is explored in greater detail below.

[20] Efforts to evolve insolvency law were not restricted to the courts during this period. In 1970, a government-commissioned panel produced an extensive study recommending sweeping reform but Parliament failed to act (see *Bankruptcy and Insolvency: Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation* (1970)). Another panel of experts produced more limited recommendations in 1986 which eventually resulted in enactment of the *Bankruptcy and Insolvency Act* of 1992 (S.C. 1992, c. 27) (see *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency* (1986)). Broader provisions for reorganizing insolvent debtors were then included in Canada's bankruptcy statute. Although the 1970 and 1986 reports made no specific recommendations with respect to the CCAA, the House of Commons committee studying the BIA's predecessor bill, C-22, seemed to accept expert testimony that the BIA's new reorganization scheme would shortly supplant the CCAA, which could then be repealed, with commercial insolvency and bankruptcy being governed by a single statute (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 15, 3rd Sess., 34th Parl., October 3, 1991, at 15:15-15:16).

[21] In retrospect, this conclusion by the House of Commons committee was out of step with reality. It overlooked the renewed vitality the CCAA enjoyed in contemporary practice and the advantage that a

procédures en sont peu à peu venus à reconnaître et à apprécier la caractéristique propre de la loi : l'attribution, au tribunal chargé de surveiller le processus, d'une grande latitude lui permettant de rendre les ordonnances nécessaires pour faciliter la réorganisation du débiteur et réaliser les objectifs de la LACC. Nous verrons plus loin comment les tribunaux ont utilisé de façon de plus en plus souple et créative les pouvoirs qui leur sont conférés par la LACC.

[20] Ce ne sont pas seulement les tribunaux qui se sont employés à faire évoluer le droit de l'insolvabilité pendant cette période. En 1970, un comité constitué par le gouvernement a mené une étude approfondie au terme de laquelle il a recommandé une réforme majeure, mais le législateur n'a rien fait (voir *Faillite et insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité* (1970)). En 1986, un autre comité d'experts a formulé des recommandations de portée plus restreinte, qui ont finalement conduit à l'adoption de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* de 1992 (L.C. 1992, ch. 27) (voir *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité* (1986)). Des dispositions à caractère plus général concernant la réorganisation des débiteurs 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 (Revenu) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*).

[24] With parallel *CCAA* and *BIA* restructuring schemes now an accepted feature of the insolvency law landscape, the contemporary thrust of legislative reform has been towards harmonizing aspects of insolvency law common to the two statutory schemes to the extent possible and encouraging reorganization over liquidation (see *An Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192, at para. 19).

[25] Mindful of the historical background of the *CCAA* and *BIA*, I now turn to the first question at issue.

les créanciers en les mettant tous sur le même pied. Cela évite le risque de voir un créancier plus combatif obtenir le paiement de ses créances sur l'actif limité du débiteur pendant que les autres créanciers tentent d'arriver à une transaction. La *LACC* et la *LFI* autorisent toutes deux pour cette raison le tribunal à ordonner la suspension de toutes les actions intentées contre le débiteur pendant qu'on cherche à conclure une transaction.

[23] Un autre point de convergence entre la *LACC* et la *LFI* concerne les priorités. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence pour ce qui se produira dans une telle situation. De plus, l'une des caractéristiques importantes de la réforme dont ces deux lois ont fait l'objet depuis 1992 est la réduction des priorités de la Couronne (L.C. 1992, ch. 27, art. 39; L.C. 1997, ch. 12, art. 73 et 125; L.C. 2000, ch. 30, art. 148; L.C. 2005, ch. 47, art. 69 et 131; L.C. 2009, ch. 33, art. 25; voir aussi *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité*).

[24] Comme les régimes de restructuration parallèles de la *LACC* et de la *LFI* constituent désormais une caractéristique reconnue dans le domaine du droit de l'insolvabilité, le travail de réforme législative contemporain a principalement visé à harmoniser, dans la mesure du possible, les aspects communs aux deux régimes et à privilégier la réorganisation plutôt que la liquidation (voir la *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta L.R. (4th) 192, par. 19).

[25] Ayant à l'esprit le contexte historique de la *LACC* et de la *LFI*, je vais maintenant aborder la première question en litige.

3.2 *GST Deemed Trust Under the CCAA*

[26] The Court of Appeal proceeded on the basis that the *ETA* precluded the court from staying the Crown's enforcement of the GST deemed trust when partially lifting the stay to allow the debtor to enter bankruptcy. In so doing, it adopted the reasoning in a line of cases culminating in *Ottawa Senators*, which held that an *ETA* deemed trust remains enforceable during *CCAA* reorganization despite language in the *CCAA* that suggests otherwise.

[27] The Crown relies heavily on the decision of the Ontario Court of Appeal in *Ottawa Senators* and argues that the later in time provision of the *ETA* creating the GST deemed trust trumps the provision of the *CCAA* purporting to nullify most statutory deemed trusts. The Court of Appeal in this case accepted this reasoning but not all provincial courts follow it (see, e.g., *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), leave to appeal granted, 2010 QCCA 183 (CanLII)). Century Services relied, in its written submissions to this Court, on the argument that the court had authority under the *CCAA* to continue the stay against the Crown's claim for unremitted GST. In oral argument, the question of whether *Ottawa Senators* was correctly decided nonetheless arose. After the hearing, the parties were asked to make further written submissions on this point. As appears evident from the reasons of my colleague Abella J., this issue has become prominent before this Court. In those circumstances, this Court needs to determine the correctness of the reasoning in *Ottawa Senators*.

[28] The policy backdrop to this question involves the Crown's priority as a creditor in insolvency situations which, as I mentioned above, has evolved considerably. Prior to the 1990s, Crown claims

3.2 *Fiducie réputée se rapportant à la TPS dans le cadre de la LACC*

[26] La Cour d'appel a estimé que la *LTA* empêchait le tribunal de suspendre les mesures prises par la Couronne pour bénéficier de la fiducie réputée se rapportant à la TPS, lorsqu'il a partiellement levé la suspension des procédures engagées contre le débiteur afin de permettre à celui-ci de faire cession de ses biens. Ce faisant, la cour a adopté un raisonnement qui s'insère dans un courant jurisprudentiel dominé par l'arrêt *Ottawa Senators*, suivant lequel il demeure possible de demander le bénéfice d'une fiducie réputée établie par la *LTA* pendant une réorganisation opérée en vertu de la *LACC*, et ce, malgré les dispositions de la *LACC* qui semblent dire le contraire.

[27] S'appuyant largement sur l'arrêt *Ottawa Senators* de la Cour d'appel de l'Ontario, la Couronne plaide que la disposition postérieure de la *LTA* créant la fiducie réputée visant la TPS l'emporte sur la disposition de la *LACC* censée neutraliser la plupart des fiducies réputées qui sont créées par des dispositions législatives. Si la Cour d'appel a accepté ce raisonnement dans la présente affaire, les tribunaux provinciaux ne l'ont pas tous adopté (voir, p. ex., *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), autorisation d'appel accordée, 2010 QCCA 183 (CanLII)). Dans ses observations écrites adressées à la Cour, Century Services s'est fondée sur l'argument suivant lequel le tribunal pouvait, en vertu de la *LACC*, maintenir la suspension de la demande de la Couronne visant le paiement de la TPS non versée. Au cours des plaidoiries, la question de savoir si l'arrêt *Ottawa Senators* était bien fondé a néanmoins été soulevée. Après l'audience, la Cour a demandé aux parties de présenter des observations écrites supplémentaires à ce sujet. Comme il ressort clairement des motifs de ma collègue la juge Abella, cette question a pris une grande importance devant notre Cour. Dans ces circonstances, la Cour doit statuer sur le bien-fondé du raisonnement adopté dans l'arrêt *Ottawa Senators*.

[28] Le contexte général dans lequel s'inscrit cette question concerne l'évolution considérable, signalée plus haut, de la priorité dont jouit la Couronne en tant que créancier en cas d'insolvabilité. Avant les

largely enjoyed priority in insolvency. This was widely seen as unsatisfactory as shown by both the 1970 and 1986 insolvency reform proposals, which recommended that Crown claims receive no preferential treatment. A closely related matter was whether the *CCAA* was binding at all upon the Crown. Amendments to the *CCAA* in 1997 confirmed that it did indeed bind the Crown (see *CCAA*, s. 21, as added by S.C. 1997, c. 12, s. 126).

[29] Claims of priority by the state in insolvency situations receive different treatment across jurisdictions worldwide. For example, in Germany and Australia, the state is given no priority at all, while the state enjoys wide priority in the United States and France (see B. K. Morgan, “Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy” (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461, at p. 500). Canada adopted a middle course through legislative reform of Crown priority initiated in 1992. The Crown retained priority for source deductions of income tax, Employment Insurance (“EI”) and Canada Pension Plan (“CPP”) premiums, but ranks as an ordinary unsecured creditor for most other claims.

[30] Parliament has frequently enacted statutory mechanisms to secure Crown claims and permit their enforcement. The two most common are statutory deemed trusts and powers to garnish funds third parties owe the debtor (see F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (loose-leaf), at §2).

[31] With respect to GST collected, Parliament has enacted a deemed trust. The *ETA* states that every person who collects an amount on account of GST is deemed to hold that amount in trust for the Crown (s. 222(1)). The deemed trust extends to other property of the person collecting the tax equal in value to the amount deemed to be in trust if that amount has not been remitted in accordance with the *ETA*. The deemed trust also extends to property

années 1990, les créances de la Couronne bénéficiaient dans une large mesure d’une priorité en cas d’insolvabilité. Cette situation avantageuse suscitait une grande controverse. Les propositions de réforme du droit de l’insolvabilité de 1970 et de 1986 en témoignent — elles recommandaient que les créances de la Couronne ne fassent l’objet d’aucun traitement préférentiel. Une question connexe se posait : celle de savoir si la Couronne était même assujettie à la *LACC*. Les modifications apportées à la *LACC* en 1997 ont confirmé qu’elle l’était bel et bien (voir *LACC*, art. 21, ajouté par L.C. 1997, ch. 12, art. 126).

[29] Les revendications de priorité par l’État en cas d’insolvabilité sont abordées de différentes façons selon les pays. Par exemple, en Allemagne et en Australie, l’État ne bénéficie d’aucune priorité, alors qu’aux États-Unis et en France il jouit au contraire d’une large priorité (voir B. K. Morgan, « Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy » (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461, p. 500). Le Canada a choisi une voie intermédiaire dans le cadre d’une réforme législative amorcée en 1992 : la Couronne a conservé sa priorité pour les sommes retenues à la source au titre de l’impôt sur le revenu et des cotisations à l’assurance-emploi (« AE ») et au Régime de pensions du Canada (« RPC »), mais elle est un créancier ordinaire non garanti pour la plupart des autres sommes qui lui sont dues.

[30] Le législateur a fréquemment adopté des mécanismes visant à protéger les créances de la Couronne et à permettre leur exécution. Les deux plus courants sont les fiducies présumées et les pouvoirs de saisie-arrêt (voir F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (feuilles mobiles), §2).

[31] Pour ce qui est des sommes de TPS perçues, le législateur a établi une fiducie réputée. La *LTA* précise que la personne qui perçoit une somme au titre de la TPS est réputée la détenir en fiducie pour la Couronne (par. 222(1)). La fiducie réputée s’applique aux autres biens de la personne qui perçoit la taxe, pour une valeur égale à la somme réputée détenue en fiducie, si la somme en question n’a pas été versée en conformité avec la *LTA*. La fiducie réputée vise

held by a secured creditor that, but for the security interest, would be property of the person collecting the tax (s. 222(3)).

[32] Parliament has created similar deemed trusts using almost identical language in respect of source deductions of income tax, EI premiums and CPP premiums (see s. 227(4) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), ss. 86(2) and (2.1) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, and ss. 23(3) and (4) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8). I will refer to income tax, EI and CPP deductions as “source deductions”.

[33] In *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, this Court addressed a priority dispute between a deemed trust for source deductions under the *ITA* and security interests taken under both the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, and the *Alberta Personal Property Security Act*, S.A. 1988, c. P-4.05 (“*PPSA*”). As then worded, an *ITA* deemed trust over the debtor’s property equivalent to the amount owing in respect of income tax became effective at the time of liquidation, receivership, or assignment in bankruptcy. *Sparrow Electric* held that the *ITA* deemed trust could not prevail over the security interests because, being fixed charges, the latter attached as soon as the debtor acquired rights in the property such that the *ITA* deemed trust had no property on which to attach when it subsequently arose. Later, in *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, this Court observed that Parliament had legislated to strengthen the statutory deemed trust in the *ITA* by deeming it to operate from the moment the deductions were not paid to the Crown as required by the *ITA*, and by granting the Crown priority over all security interests (paras. 27-29) (the “*Sparrow Electric* amendment”).

également les biens détenus par un créancier garanti qui, si ce n’était de la sûreté, seraient les biens de la personne qui perçoit la taxe (par. 222(3)).

[32] Utilisant pratiquement les mêmes termes, le législateur a créé de semblables fiducies réputées à l’égard des retenues à la source relatives à l’impôt sur le revenu et aux cotisations à l’AE et au RPC (voir par. 227(4) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), par. 86(2) et (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, et par. 23(3) et (4) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8). J’emploierai ci-après le terme « retenues à la source » pour désigner les retenues relatives à l’impôt sur le revenu et aux cotisations à l’AE et au RPC.

[33] Dans *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, la Cour était saisie d’un litige portant sur la priorité de rang entre, d’une part, une fiducie réputée établie en vertu de la *LIR* à l’égard des retenues à la source, et, d’autre part, des sûretés constituées en vertu de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, et de la loi de l’Alberta intitulée *Personal Property Security Act*, S.A. 1988, ch. P-4.05 (« *PPSA* »). D’après les dispositions alors en vigueur, une fiducie réputée — établie en vertu de la *LIR* à l’égard des biens du débiteur pour une valeur égale à la somme due au titre de l’impôt sur le revenu — commençait à s’appliquer au moment de la liquidation, de la mise sous séquestre ou de la cession de biens. Dans *Sparrow Electric*, la Cour a conclu que la fiducie réputée de la *LIR* ne pouvait pas l’emporter sur les sûretés, au motif que, comme celles-ci constituaient des privilèges fixes grevant les biens dès que le débiteur acquérait des droits sur eux, il n’existait pas de biens susceptibles d’être visés par la fiducie réputée de la *LIR* lorsqu’elle prenait naissance par la suite. Ultérieurement, dans *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, la Cour a souligné que le législateur était intervenu pour renforcer la fiducie réputée de la *LIR* en précisant qu’elle est réputée s’appliquer dès le moment où les retenues ne sont pas versées à la Couronne conformément aux exigences de la *LIR*, et en donnant à la Couronne la priorité sur toute autre garantie (par. 27-29) (la « modification découlant de l’arrêt *Sparrow Electric* »).

[34] The amended text of s. 227(4.1) of the *ITA* and concordant source deductions deemed trusts in the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act* state that the deemed trust operates notwithstanding any other enactment of Canada, except ss. 81.1 and 81.2 of the *BIA*. The *ETA* deemed trust at issue in this case is similarly worded, but it excepts the *BIA* in its entirety. The provision reads as follows:

222. . . .

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

[35] The Crown submits that the *Sparrow Electric* amendment, added by Parliament to the *ETA* in 2000, was intended to preserve the Crown's priority over collected GST under the *CCAA* while subordinating the Crown to the status of an unsecured creditor in respect of GST only under the *BIA*. This is because the *ETA* provides that the GST deemed trust is effective "despite" any other enactment except the *BIA*.

[36] The language used in the *ETA* for the GST deemed trust creates an apparent conflict with the *CCAA*, which provides that subject to certain exceptions, property deemed by statute to be held in trust for the Crown shall not be so regarded.

[37] Through a 1997 amendment to the *CCAA* (S.C. 1997, c. 12, s. 125), Parliament appears to have,

[34] Selon le texte modifié du par. 227(4.1) de la *LIR* et celui des fiducies réputées correspondantes établies dans le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-emploi* à l'égard des retenues à la source, la fiducie réputée s'applique malgré tout autre texte législatif fédéral sauf les art. 81.1 et 81.2 de la *LFI*. La fiducie réputée de la *LTA* qui est en cause en l'espèce est formulée en des termes semblables sauf que la limite à son application vise la *LFI* dans son entier. Voici le texte de la disposition pertinente :

222. . . .

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés . . .

[35] La Couronne soutient que la modification découlant de l'arrêt *Sparrow Electric*, qui a été ajoutée à la *LTA* par le législateur en 2000, visait à maintenir la priorité de Sa Majesté sous le régime de la *LACC* à l'égard du montant de TPS perçu, tout en reléguant celle-ci au rang de créancier non garanti à l'égard de ce montant sous le régime de la *LFI* uniquement. De l'avis de la Couronne, il en est ainsi parce que, selon la *LTA*, la fiducie réputée visant la TPS demeure en vigueur « malgré » tout autre texte législatif sauf la *LFI*.

[36] Les termes utilisés dans la *LTA* pour établir la fiducie réputée à l'égard de la TPS créent un conflit apparent avec la *LACC*, laquelle précise que, sous réserve de certaines exceptions, les biens qui sont réputés selon un texte législatif être détenus en fiducie pour la Couronne ne doivent pas être considérés comme tels.

[37] Par une modification apportée à la *LACC* en 1997 (L.C. 1997, ch. 12, art. 125), le législateur

subject to specific exceptions, nullified deemed trusts in favour of the Crown once reorganization proceedings are commenced under the Act. The relevant provision reads:

18.3 (1) Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

This nullification of deemed trusts was continued in further amendments to the *CCAA* (S.C. 2005, c. 47), where s. 18.3(1) was renumbered and reformulated as s. 37(1):

37. (1) Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

[38] An analogous provision exists in the *BIA*, which, subject to the same specific exceptions, nullifies statutory deemed trusts and makes property of the bankrupt that would otherwise be subject to a deemed trust part of the debtor's estate and available to creditors (S.C. 1992, c. 27, s. 39; S.C. 1997, c. 12, s. 73; *BIA*, s. 67(2)). It is noteworthy that in both the *CCAA* and the *BIA*, the exceptions concern source deductions (*CCAA*, s. 18.3(2); *BIA*, s. 67(3)). The relevant provision of the *CCAA* reads:

18.3 . . .

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act*

Thus, the Crown's deemed trust and corresponding priority in source deductions remain effective both in reorganization and in bankruptcy.

semble, sous réserve d'exceptions spécifiques, avoir neutralisé les fiducies réputées créées en faveur de la Couronne lorsque des procédures de réorganisation sont engagées sous le régime de cette loi. La disposition pertinente, à l'époque le par. 18.3(1), était libellée ainsi :

18.3 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

Cette neutralisation des fiducies réputées a été maintenue dans des modifications apportées à la *LACC* en 2005 (L.C. 2005, ch. 47), où le par. 18.3(1) a été reformulé et renuméroté, devenant le par. 37(1) :

37. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d'une telle disposition.

[38] La *LFI* comporte une disposition analogue, qui — sous réserve des mêmes exceptions spécifiques — neutralise les fiducies réputées établies en vertu d'un texte législatif et fait en sorte que les biens du failli qui autrement seraient visés par une telle fiducie font partie de l'actif du débiteur et sont à la disposition des créanciers (L.C. 1992, ch. 27, art. 39; L.C. 1997, ch. 12, art. 73; *LFI*, par. 67(2)). Il convient de souligner que, tant dans la *LACC* que dans la *LFI*, les exceptions visent les retenues à la source (*LACC*, par. 18.3(2); *LFI*, par. 67(3)). Voici la disposition pertinente de la *LACC* :

18.3 . . .

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*

Par conséquent, la fiducie réputée établie en faveur de la Couronne et la priorité dont celle-ci jouit de ce fait sur les retenues à la source continuent de s'appliquer autant pendant la réorganisation que pendant la faillite.

[39] Meanwhile, in both s. 18.4(1) of the *CCAA* and s. 86(1) of the *BIA*, other Crown claims are treated as unsecured. These provisions, establishing the Crown's status as an unsecured creditor, explicitly exempt statutory deemed trusts in source deductions (*CCAA*, s. 18.4(3); *BIA*, s. 86(3)). The *CCAA* provision reads as follows:

18.4 . . .

(3) Subsection (1) [Crown ranking as unsecured creditor] does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution

Therefore, not only does the *CCAA* provide that Crown claims do not enjoy priority over the claims of other creditors (s. 18.3(1)), but the exceptions to this rule (i.e., that Crown priority is maintained for source deductions) are repeatedly stated in the statute.

[40] The apparent conflict in this case is whether the rule in the *CCAA* first enacted as s. 18.3 in 1997, which provides that subject to certain explicit exceptions, statutory deemed trusts are ineffective under the *CCAA*, is overridden by the one in the *ETA* enacted in 2000 stating that GST deemed trusts operate despite any enactment of Canada except the *BIA*. With respect for my colleague Fish J., I do not think the apparent conflict can be resolved by denying it and creating a rule requiring both a statutory provision enacting the deemed trust, and a second statutory provision confirming it. Such a rule is unknown to the law. Courts must recognize

[39] Par ailleurs, les autres créances de la Couronne sont considérées par la *LACC* et la *LFI* comme des créances non garanties (*LACC*, par. 18.4(1); *LFI*, par. 86(1)). Ces dispositions faisant de la Couronne un créancier non garanti comportent une exception expresse concernant les fiducies réputées établies par un texte législatif à l'égard des retenues à la source (*LACC*, par. 18.4(3); *LFI*, par. 86(3)). Voici la disposition de la *LACC* :

18.4 . . .

(3) Le paragraphe (1) [suivant lequel la Couronne a le rang de créancier non garanti] n'a pas pour effet de porter atteinte à l'application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d'une cotisation

Par conséquent, non seulement la *LACC* précise que les créances de la Couronne ne bénéficient pas d'une priorité par rapport à celles des autres créanciers (par. 18.3(1)), mais les exceptions à cette règle (maintien de la priorité de la Couronne dans le cas des retenues à la source) sont mentionnées à plusieurs reprises dans la Loi.

[40] Le conflit apparent qui existe dans la présente affaire fait qu'on doit se demander si la règle de la *LTA* adoptée en 2000, selon laquelle les fiducies réputées visant la TPS s'appliquent malgré tout autre texte législatif fédéral sauf la *LFI*, l'emporte sur la règle énoncée dans la *LACC* — qui a d'abord été édictée en 1997 à l'art. 18.3 — suivant laquelle, sous réserve de certaines exceptions explicites, les fiducies réputées établies par une disposition législative sont sans effet dans le cadre de la *LACC*. Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par mon collègue le juge Fish, je ne crois pas qu'on puisse résoudre ce conflit apparent

conflicts, apparent or real, and resolve them when possible.

[41] A line of jurisprudence across Canada has resolved the apparent conflict in favour of the *ETA*, thereby maintaining GST deemed trusts under the *CCAA*. *Ottawa Senators*, the leading case, decided the matter by invoking the doctrine of implied repeal to hold that the later in time provision of the *ETA* should take precedence over the *CCAA* (see also *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219 (Alta. Q.B.); *Gauntlet*).

[42] The Ontario Court of Appeal in *Ottawa Senators* rested its conclusion on two considerations. First, it was persuaded that by explicitly mentioning the *BIA* in *ETA* s. 222(3), but not the *CCAA*, Parliament made a deliberate choice. In the words of MacPherson J.A.:

The *BIA* and the *CCAA* are closely related federal statutes. I cannot conceive that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception, but accidentally fail to consider the *CCAA* as a possible second exception. In my view, the omission of the *CCAA* from s. 222(3) of the *ETA* was almost certainly a considered omission. [para. 43]

[43] Second, the Ontario Court of Appeal compared the conflict between the *ETA* and the *CCAA* to that before this Court in *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, and found them to be “identical” (para. 46). It therefore considered *Doré* binding (para. 49). In *Doré*, a limitations provision in the more general and recently enacted *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“*C.C.Q.*”), was held to have repealed a more specific provision of the earlier Quebec *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, with which it conflicted. By analogy,

en niant son existence et en créant une règle qui exige à la fois une disposition législative établissant la fiducie présumée et une autre la confirmant. Une telle règle est inconnue en droit. Les tribunaux doivent reconnaître les conflits, apparents ou réels, et les résoudre lorsque la chose est possible.

[41] Un courant jurisprudentiel pancanadien a résolu le conflit apparent en faveur de la *LTA*, confirmant ainsi la validité des fiducies réputées à l’égard de la TPS dans le cadre de la *LACC*. Dans l’arrêt déterminant à ce sujet, *Ottawa Senators*, la Cour d’appel de l’Ontario a invoqué la doctrine de l’abrogation implicite et conclu que la disposition postérieure de la *LTA* devait avoir préséance sur la *LACC* (voir aussi *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219 (B.R. Alb.); *Gauntlet*).

[42] Dans *Ottawa Senators*, la Cour d’appel de l’Ontario a fondé sa conclusion sur deux considérations. Premièrement, elle était convaincue qu’en mentionnant explicitement la *LFI* — mais pas la *LACC* — au par. 222(3) de la *LTA*, le législateur a fait un choix délibéré. Je cite le juge MacPherson :

[TRADUCTION] La *LFI* et la *LACC* sont des lois fédérales étroitement liées entre elles. Je ne puis concevoir que le législateur ait pu mentionner expressément la *LFI* à titre d’exception, mais ait involontairement omis de considérer la *LACC* comme une deuxième exception possible. À mon avis, le fait que la *LACC* ne soit pas mentionnée au par. 222(3) de la *LTA* était presque assurément une omission mûrement réfléchie de la part du législateur. [par. 43]

[43] Deuxièmement, la Cour d’appel de l’Ontario a comparé le conflit entre la *LTA* et la *LACC* à celui dont a été saisie la Cour dans *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, et les a jugés [TRADUCTION] « identiques » (par. 46). Elle s’estimait donc tenue de suivre l’arrêt *Doré* (par. 49). Dans cet arrêt, la Cour a conclu qu’une disposition d’une loi de nature plus générale et récemment adoptée établissant un délai de prescription — le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* ») — avait eu pour effet d’abroger une disposition plus spécifique

the Ontario Court of Appeal held that the later in time and more general provision, s. 222(3) of the *ETA*, impliedly repealed the more specific and earlier in time provision, s. 18.3(1) of the *CCAA* (paras. 47-49).

[44] Viewing this issue in its entire context, several considerations lead me to conclude that neither the reasoning nor the result in *Ottawa Senators* can stand. While a conflict may exist at the level of the statutes' wording, a purposive and contextual analysis to determine Parliament's true intent yields the conclusion that Parliament could not have intended to restore the Crown's deemed trust priority in GST claims under the *CCAA* when it amended the *ETA* in 2000 with the *Sparrow Electric* amendment.

[45] I begin by recalling that Parliament has shown its willingness to move away from asserting priority for Crown claims in insolvency law. Section 18.3(1) of the *CCAA* (subject to the s. 18.3(2) exceptions) provides that the Crown's deemed trusts have no effect under the *CCAA*. Where Parliament has sought to protect certain Crown claims through statutory deemed trusts and intended that these deemed trusts continue in insolvency, it has legislated so explicitly and elaborately. For example, s. 18.3(2) of the *CCAA* and s. 67(3) of the *BIA* expressly provide that deemed trusts for source deductions remain effective in insolvency. Parliament has, therefore, clearly carved out exceptions from the general rule that deemed trusts are ineffective in insolvency. The *CCAA* and *BIA* are in harmony, preserving deemed trusts and asserting Crown priority only in respect of source deductions. Meanwhile, there is no express statutory basis for concluding that GST claims enjoy a preferred treatment under the *CCAA* or the *BIA*. Unlike source deductions, which are clearly and expressly dealt with under both these insolvency statutes, no such clear and express language exists

d'un texte de loi antérieur, la *Loi sur les cités et villes* du Québec, L.R.Q., ch. C-19, avec laquelle elle 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) inferrable from the court's order of April 29, 2008 sufficient to support an express trust.

de la LFI. Ce faisant, le tribunal doit veiller à ne pas perturber le plan de répartition établi par la LFI. La transition au régime de liquidation nécessite la levée partielle de la suspension des procédures ordonnée en vertu de la LACC, afin de permettre l'introduction de procédures en vertu de la LFI. Il ne faudrait pas que cette indispensable levée partielle de la suspension des procédures provoque une ruée des créanciers vers le palais de justice pour l'obtention d'une priorité inexistante sous le régime de la LFI.

[81] Je conclus donc que le juge en chef Brenner avait, en vertu de la LACC, le pouvoir de lever la suspension des procédures afin de permettre la transition au régime de liquidation.

3.4 *Fiducie expresse*

[82] La dernière question à trancher en l'espèce est celle de savoir si le juge en chef Brenner a créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne quand il a ordonné, le 29 avril 2008, que le produit de la vente des biens de LeRoy Trucking — jusqu'à concurrence des sommes de TPS non remises — soit détenu dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à ce que l'issue de la réorganisation soit connue. Un autre motif invoqué par le juge Tysoe de la Cour d'appel pour accueillir l'appel interjeté par la Couronne était que, selon lui, celle-ci était effectivement la bénéficiaire d'une fiducie expresse. Je ne peux souscrire à cette conclusion.

[83] La création d'une fiducie expresse exige la présence de trois certitudes : certitude d'intention, certitude de matière et certitude d'objet. Les fiducies expresses ou « fiducies au sens strict » découlent des actes et des intentions du constituant et se distinguent des autres fiducies découlant de l'effet de la loi (voir D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3^e éd. 2005), p. 28-29, particulièrement la note en bas de page 42).

[84] En l'espèce, il n'existe aucune certitude d'objet (c.-à-d. relative au bénéficiaire) pouvant être inférée de l'ordonnance prononcée le 29 avril 2008 par le tribunal et suffisante pour donner naissance à une fiducie expresse.

[85] At the time of the order, there was a dispute between Century Services and the Crown over part of the proceeds from the sale of the debtor's assets. The court's solution was to accept LeRoy Trucking's proposal to segregate those monies until that dispute could be resolved. Thus, there was no certainty that the Crown would actually be the beneficiary, or object, of the trust.

[86] The fact that the location chosen to segregate those monies was the Monitor's trust account has no independent effect such that it would overcome the lack of a clear beneficiary. In any event, under the interpretation of *CCAA* s. 18.3(1) established above, no such priority dispute would even arise because the Crown's deemed trust priority over GST claims would be lost under the *CCAA* and the Crown would rank as an unsecured creditor for this amount. However, Brenner C.J.S.C. may well have been proceeding on the basis that, in accordance with *Ottawa Senators*, the Crown's GST claim would remain effective if reorganization was successful, which would not be the case if transition to the liquidation process of the *BIA* was allowed. An amount equivalent to that claim would accordingly be set aside pending the outcome of reorganization.

[87] Thus, uncertainty surrounding the outcome of the *CCAA* restructuring eliminates the existence of any certainty to permanently vest in the Crown a beneficial interest in the funds. That much is clear from the oral reasons of Brenner C.J.S.C. on April 29, 2008, when he said: "Given the fact that [*CCAA* proceedings] are known to fail and filings in bankruptcy result, it seems to me that maintaining the status quo in the case at bar supports the proposal to have the monitor hold these funds in trust." Exactly who might take the money in the final result was therefore evidently in doubt. Brenner C.J.S.C.'s subsequent order of September 3, 2008 denying the Crown's application to enforce the trust once it was clear

[85] Au moment où l'ordonnance a été rendue, il y avait un différend entre Century Services et la Couronne au sujet d'une partie du produit de la vente des biens du débiteur. La solution retenue par le tribunal a consisté à accepter, selon la proposition de LeRoy Trucking, que la somme en question soit détenue séparément jusqu'à ce que le différend puisse être réglé. Par conséquent, il n'existait aucune certitude que la Couronne serait véritablement le bénéficiaire ou l'objet de la fiducie.

[86] Le fait que le compte choisi pour conserver séparément la somme en question était le compte en fiducie du contrôleur n'a pas à lui seul un effet tel qu'il suppléerait à l'absence d'un bénéficiaire certain. De toute façon, suivant l'interprétation du par. 18.3(1) de la *LACC* dégagée précédemment, aucun différend ne saurait même exister quant à la priorité de rang, étant donné que la priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur la fiducie réputée visant la TPS ne s'applique pas sous le régime de la *LACC* et que la Couronne est reléguée au rang de créancier non garanti à l'égard des sommes en question. Cependant, il se peut fort bien que le juge en chef Brenner ait estimé que, conformément à l'arrêt *Ottawa Senators*, la créance de la Couronne à l'égard de la TPS demeurerait effective si la réorganisation aboutissait, ce qui ne serait pas le cas si le passage au processus de liquidation régi par la *LFI* était autorisé. Une somme équivalente à cette créance serait ainsi mise de côté jusqu'à ce que le résultat de la réorganisation soit connu.

[87] Par conséquent, l'incertitude entourant l'issue de la restructuration tentée sous le régime de la *LACC* exclut l'existence d'une certitude permettant de conférer de manière permanente à la Couronne un intérêt bénéficiaire sur la somme en question. Cela ressort clairement des motifs exposés de vive voix par le juge en chef Brenner le 29 avril 2008, lorsqu'il a dit : [TRADUCTION] « Comme il est notoire que [des procédures fondées sur la *LACC*] peuvent échouer et que cela entraîne des faillites, le maintien du statu quo en l'espèce me semble militer en faveur de l'acceptation de la proposition d'ordonner au contrôleur de détenir ces fonds en fiducie. » Il y avait donc manifestement un doute quant à la question de savoir qui au juste pourrait toucher l'argent

that bankruptcy was inevitable, confirms the absence of a clear beneficiary required to ground an express trust.

4. Conclusion

[88] I conclude that Brenner C.J.S.C. had the discretion under the *CCAA* to continue the stay of the Crown's claim for enforcement of the GST deemed trust while otherwise lifting it to permit LeRoy Trucking to make an assignment in bankruptcy. My conclusion that s. 18.3(1) of the *CCAA* nullified the GST deemed trust while proceedings under that Act were pending confirms that the discretionary jurisdiction under s. 11 utilized by the court was not limited by the Crown's asserted GST priority, because there is no such priority under the *CCAA*.

[89] For these reasons, I would allow the appeal and declare that the \$305,202.30 collected by LeRoy Trucking in respect of GST but not yet remitted to the Receiver General of Canada is not subject to deemed trust or priority in favour of the Crown. Nor is this amount subject to an express trust. Costs are awarded for this appeal and the appeal in the court below.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

[90] I am in general agreement with the reasons of Justice Deschamps and would dispose of the appeal as she suggests.

[91] More particularly, I share my colleague's interpretation of the scope of the judge's discretion under s. 11 of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("*CCAA*").

en fin de compte. L'ordonnance ultérieure du juge en chef Brenner — dans laquelle ce dernier a rejeté, le 3 septembre 2008, la demande de la Couronne sollicitant le bénéfice de la fiducie présumée après qu'il fut devenu évident que la faillite était inévitable — confirme l'absence du bénéficiaire certain sans lequel il ne saurait y avoir de fiducie expresse.

4. Conclusion

[88] Je conclus que le juge en chef Brenner avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir discrétionnaire de maintenir la suspension de la demande de la Couronne sollicitant le bénéfice de la fiducie réputée visant la TPS, tout en levant par ailleurs la suspension des procédures de manière à permettre à LeRoy Trucking de faire cession de ses biens. Ma conclusion selon laquelle le par. 18.3(1) de la *LACC* neutralisait la fiducie réputée visant la TPS pendant la durée des procédures fondées sur cette loi confirme que les pouvoirs discrétionnaires exercés par le tribunal en vertu de l'art. 11 n'étaient pas limités par la priorité invoquée par la Couronne au titre de la TPS, puisqu'il n'existe aucune priorité de la sorte sous le régime de la *LACC*.

[89] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer que la somme de 305 202,30 \$ perçue par LeRoy Trucking au titre de la TPS mais non encore versée au receveur général du Canada ne fait l'objet d'aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne. Cette somme ne fait pas non plus l'objet d'une fiducie expresse. Les dépens sont accordés à l'égard du présent pourvoi et de l'appel interjeté devant la juridiction inférieure.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

[90] Je souscris dans l'ensemble aux motifs de la juge Deschamps et je disposerais du pourvoi comme elle le propose.

[91] Plus particulièrement, je me rallie à son interprétation de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par l'art. 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C.

And I share my colleague's conclusion that Brenner C.J.S.C. did not create an express trust in favour of the Crown when he segregated GST funds into the Monitor's trust account (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[92] I nonetheless feel bound to add brief reasons of my own regarding the interaction between the CCAA and the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 ("ETA").

[93] In upholding deemed trusts created by the *ETA* notwithstanding insolvency proceedings, *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), and its progeny have been unduly protective of Crown interests which Parliament itself has chosen to subordinate to competing prioritized claims. In my respectful view, a clearly marked departure from that jurisprudential approach is warranted in this case.

[94] Justice Deschamps develops important historical and policy reasons in support of this position and I have nothing to add in that regard. I do wish, however, to explain why a comparative analysis of related statutory provisions adds support to our shared conclusion.

[95] Parliament has in recent years given detailed consideration to the Canadian insolvency scheme. It has declined to amend the provisions at issue in this case. Ours is not to wonder why, but rather to treat Parliament's preservation of the relevant provisions as a deliberate exercise of the legislative discretion that is Parliament's alone. With respect, I reject any suggestion that we should instead characterize the apparent conflict between s. 18.3(1) (now s. 37(1)) of the CCAA and s. 222 of the *ETA* as a drafting anomaly or statutory lacuna properly subject to judicial correction or repair.

1985, ch. C-36 (« LACC »). Je partage en outre sa conclusion suivant laquelle le juge en chef Brenner n'a pas créé de fiducie expresse en faveur de la Couronne en ordonnant que les sommes recueillies au titre de la TPS soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[92] J'estime néanmoins devoir ajouter de brefs motifs qui me sont propres au sujet de l'interaction entre la *LACC* et la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« *LTA* »).

[93] En maintenant, malgré l'existence des procédures d'insolvabilité, la validité de fiducies réputées créées en vertu de la *LTA*, l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), et les décisions rendues dans sa foulée ont eu pour effet de protéger indûment des droits de la Couronne que le Parlement avait lui-même choisi de subordonner à d'autres créances prioritaires. À mon avis, il convient en l'espèce de rompre nettement avec ce courant jurisprudentiel.

[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 “override” 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.