

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

CITATION: Grant Forest Products Inc. (Re), 2013 ONSC 5933
FILE NO.: CV-09-8247-00CL
DATE: 20130920

**ONTARIO SUPERIOR COURT OF JUSTICE
(COMMERCIAL LIST)**

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

BETWEEN

**IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OF ARRANGEMENT OF GRANT
FOREST PRODUCTS INC., GRANT ALBERTA INC., GRANT FOREST PRODUCTS
SALES INC. and GRANT U.S. HOLDINGS GP, Applicants**

- and -

GE CANADA LEASING SERVICES COMPANY, et al, Defendants

BEFORE: C. CAMPBELL J.

COUNSEL: Craig J. Hill, Roger Jaipargas for West Face Capital

Alex Cobb, for PWC, Pension Administrator

Mark Bailey, for Superintendent of Financial Services

Richard Swan, Jonathan Bell, for Peter Grant Sr.

David Byers, Daniel Murdoch, for Ernst & Young

Jane Dietrich, for the remaining applicants

HEARD: July 23, 2013

REASONS FOR DECISION

[1] This decision deals with issues in respect of two defined benefit pension plans of Grant Forest Products Inc. (GFPI) both now in the process of being wound up.

Procedural Issues

[2] The motion seeking relief was originally made returnable June 25, 2012 and adjourned on several occasions, the latest being to enable counsel to make submissions following the release in February of this year of the decision of the Supreme Court of Canada in *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers* [2013] SCJ No.6. (*Indalex*).

[3] The several specific issues arise based on certain of the facts of this case which give rise to a priority claim by pension beneficiaries in respect of the remaining funds in the hands of the Monitor following the sale of the assets of GFPI. The priority issue is between the Administrator on behalf of the pension plans of GFPI and a Second Lien creditor of GFPI, namely, West Face Capital.

[4] The Initial Order under the CCAA was made June 25, 2009 and provided for a Stay of proceedings to enable a restructuring (liquidation) of the assets of the various entities which for the purposes of this decision can be referred to as the remaining applicant or GFPI.

[5] As at June 25, 2009 there was an outstanding Petition in Bankruptcy issued March 19, 2009 in respect of GFPI initiated by various senior secured creditors which has not to date been proceeded with.

[6] The Initial Order contained a term (standard model order language) that “entitled but not required” GFPI to make pension contributions among other ongoing expenses.

The Pension Plans

[7] As at the date of the Initial Order there were 4 pension plans of GFPI, two of which were defined benefit plans and are the ones at issue here.

[8] The relevant dates with respect to the windup of the two defined benefit plans are as follows:

Salaried Plan:

The initiation of windup was as a result of an Order dated February 27, 2012. The effective date of windup was made as of March 31, 2011.

Executive Plan:

The initiation of Plan windup was undertaken by the Superintendent of Financial Services as a result of the Order dated February 27, 2012 with the effective date of wind up being June 30, 2010.

[9] The “effective date” as the term appears in the *Pension Benefit Act* (PBA) Ontario is chosen for actuarial purposes as the last date of contributions to the Plans.

[10] None of the above dates preceded the Initial Order of June 2009. The major sale of assets to Georgia Pacific was by Order dated May 26, 2010 with the last significant sale of assets February 20, 2011.

[11] There were no deemed trusts in existence either at the date of the Initial Order of June 2009 or the last significant sale of assets in February 2011.

[12] The Court granted Orders that were unopposed on the 26th day of August and the 21st day of September 2011 which authorized the following:

- i) GFPI to take steps to initiate windup of the Timmins Salaried Plan, the appointment of a replacement administrator of such plan;
- ii) GFPI to take steps to initiate a windup of both the Salaried and Executive Plans.

[13] The orders directed the Monitor to hold back from any distribution to creditors of GFPI the amount estimated at that time to be the windup deficit in the plans. The Monitor began holding in escrow an amount of \$191,245 with respect to the Salaried Plan and \$2,185,000 with respect to the Executive Plan.

[14] The issue of deemed trust arising as a result of the Windup Orders was not sought to be determined by any party at the time of the August and September 2011 Orders.

[15] When motions now before the Court first came on for hearing on August 27, 2012 the Court was advised that the Supreme Court of Canada had under reserve its decision in *Indalex* which among other things was to deal with the existence and priority of deemed trust amounts under the *PBA* in the context of *CCAA* proceeding.

[16] The motion returnable on August 27, 2012 by the applicant was for direction with respect to the payment of amounts held in escrow by the Monitor in respect of pensions.

[17] The position of both the Monitor and GFPI at that time was that there should be no further payments made on behalf of the pension plans or distribution of any further amounts to the Second Lien Lenders until following release of the decision of the Supreme Court of Canada in *Indalex*.

[18] The Monitor reported for the motion of August 2012 that the expectation of a windup deficit of both plans would be in excess of \$2.3 million. The position of PWC as Administrator of the Plans was that amounts available by way of windup deficit under both plans should be made pursuant to the provisions of the *PBA*.

[19] The position of the Monitor and GFPI prevailed, and the motion for direction adjourned to November 2012 when both that motion and the companion motion of West Face on behalf of Second Lien Lenders for a lifting of the stay under the *CCAA* to permit the petition in bankruptcy to proceed were heard.

[20] Following submissions in November 2012, decision was reserved and following the decision of the Supreme Court of Canada in *Indalex* in February 2013 the parties to this proceeding were invited to provide further submissions based on that decision together with updated figures on amounts held and sums claimed due under the windup of the Pension Plans.

[21] In addition Counsel and their clients did attempt to see if the issues could be resolved without the necessity of further decision. Not surprisingly, given the complexity of issues that still remain following *Indalex* and despite diligent efforts a determination on the motions is required.

Legal Analysis

[22] In the *Indalex* decision — the members of Supreme Court of Canada were divided and in particular on the issue of deemed trust arising on windup in the context of a *CCAA* proceeding.

[23] Justice Cromwell in the introduction to his reasons in *Indalex* at paragraph 85 of the decision describes the general problem associated with pensions and insolvent corporations.

[85] When a business becomes insolvent, many interests are at risk. Creditors may not be able to recover their debts, investors may lose their investments and employees may lose their jobs. If the business is the sponsor of an employee pension plan, the benefits promised by the plan are not immune from that risk. The circumstances leading to these appeals show how that risk can materialize. Pension plans and creditors find themselves in a zero-sum game with not enough money to go around. At a very general level, this case raises the issue of how the law balances the interests of pension plan beneficiaries with those of other creditors.

[86] *Indalex Limited*, the sponsor and administrator of employee pension plans, became insolvent and sought protection from its creditors under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c.C-36 (“*CCAA*”). Although all current contributions were up to date, the company’s pension plans did not have sufficient assets to fulfill the pension promises made to their members. In a series of sanctioned steps, which were judged to be in the best interests of all stakeholders, the company borrowed a great deal of money to allow it to continue to operate. The parties injecting the operating money were given a super priority over the claims by other creditors. When the business was sold, thereby preserving hundreds of jobs, there was a shortfall between the sale proceeds and the debt. The pension plan beneficiaries thus found themselves in a dispute about the priority of their claims. The appellant, Sun Indalex Finance LLC, claimed it had priority by virtue of the super priority granted in the *CCAA* proceedings. The trustee in bankruptcy of the U.S. Debtors (George Miller) and the Monitor (FTI Consulting) joined in the appeal. The plan beneficiaries claimed that they had priority by virtue of a statutory deemed trust under the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“*PBA*”), and a constructive trust arising from the company’s alleged breaches of fiduciary duty.

[24] Justice Deschamps described in paragraph 44 the importance of the deemed trust under the *PBA*:

The deemed trust provision is a remedial one. Its purpose is to protect the interests of plan members. This purpose militates against the adopting the limited scope proposed by *Indalex* and some of the interveners. In the case of competing

priorities between creditors, the remedial purpose favors an approach that includes all wind up payments in the value of the deemed trust in order to achieve a broad protection.

[25] The majority position as set out above in the reasons of Justice Deschamps prevailed over the reasons of Justice Cromwell (for himself Chief Justice McLachlan and Rothstein J.) which held in essence the deficiency amounts could only “accrue” as that word is used in s.57(4) of the *PBA* when the amount is ascertainable. All of the justices agreed that the deemed trust provision contained in s.57(4) of the *PBA* does not apply to the windup deficit of a pension plan that has not been wound up (the Indalex Executive Plan) at the time of *CCAA* proceedings.

[26] The legal analysis in *Indalex* commenced with the 2010 decision of the Supreme Court of Canada in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)* 2010 SCC 60.

[27] In addition to providing definitive guidance on the purpose of the *CCAA* and the relationship between the *CCAA* and the *BIA*, more specifically on the facts of *Century Services* the Court held the deemed trust provisions of the *Federal Excise Tax Act* did not give rise to a priority over other creditors in a *CCAA* proceeding.

[28] It was held in *Century Services* that the *CCAA* and the *BIA* are to be read harmoniously and further that in the absence of express language carving out an exception for GST claims the provisions in both statutes nullify statutory deemed trusts in favour of the Crown.

[29] In summary, the more limited and general provisions of the *CCAA* permit insolvent corporations to restructure or indeed liquidate in a flexible and less formal fashion than would otherwise prevail with respect to priorities under the *BIA*.

[30] Prior to the arrival of *Indalex* in this Court in 2009¹, the governing decision dealing with pension claims of a deemed trust under the *PBA* seeking priority for unpaid pension contributions over secured creditors in a *CCAA* proceeding where the companies were unable to restructure and secured creditors sought to put the company into bankruptcy is *Ivaco (Re)* [2006] OJ No. 4152 (C.A.).

[31] Laskin JA for the Court of Appeal dealt with the argument that the provincial deemed trust takes priority based on a gap that exists between the *CCAA* and the *BIA* in the following passage:

[61] The Superintendent’s submission that the motions judge was required to order payment of the outstanding contributions rests on the proposition that a gap exists between the *CCAA* and the *BIA* in which the Provincial deemed trusts can be executed. This proposition runs contrary to the federal bankruptcy and insolvency regime and to the principle that the province cannot reorder priorities in bankruptcy.

¹ Decision in this Court at 2010, ONSC 1114 and in Court of Appeal for Ontario, 2011 ONCA 265.

[62] The federal insolvency regime includes the *CCAA* and the *BIA*. The two statutes are related. A debtor company under the *CCAA* is defined in s.2 by the company's bankruptcy or insolvency. Section 11(3) authorizes a thirty-day stay of any current or prospective proceedings under the *BIA*, and s.11(4) authorizes an extension of the initial thirty-day period. During the stay period, creditor claims and bankruptcy proceedings are suspended. Once the stay is lifted by court order or terminates by its own terms, simultaneously the creditor claims and bankruptcy proceedings are revived and may go forward.

[63] For the Superintendent's position to be correct, there would have to be a gap between the end of the *CCAA* period and bankruptcy proceedings, in which the pension beneficiaries' rights under the deemed trusts crystallize before the rights of all other creditors, including their right to bring a bankruptcy petition. That position is illogical. All rights must crystallize simultaneously at the end of the *CCAA* period. There is simply no gap in the federal insolvency regime in which the provincial deemed trusts alone can operate. That is obviously so on the facts in this case because the Bank of Nova Scotia had already commenced a petition for bankruptcy, which was stayed by the initial order under the *CCAA*. Once the motions judge lifted the stay, the petition was revived. In my view, however, the situation would be the same even if no bankruptcy petition was pending.

[64] Where a creditor seeks to petition a debtor company into bankruptcy at the end of *CCAA* proceedings, any claim under a provincial deemed trust must be dealt with in bankruptcy proceedings. The *CCAA* and the *BIA* create a complementary and interrelated scheme for dealing with the property of insolvent companies, a scheme that occupies the field and ousts the application of provincial legislation. Were it otherwise, creditors might be tempted to forgo efforts to restructure a debtor company and instead put the company immediately into bankruptcy. That would not be a desirable result.

[65] Also, giving effect to the Superintendent's position, in substance, would allow a province to do indirectly what it is precluded from doing directly. Just as a province cannot directly create its own priorities or alter the scheme of distribution of property under the *BIA*, neither can it do so indirectly. See *Husky Oil, supra*, at paras, 32 and 39. At bottom the Superintendent seeks to alter the scheme for distributing an insolvent company's assets under the *BIA*. It cannot do so.

[66] The Superintendent relies on one authority in support of its position: the decision of the motions judge in *Usarco, supra*. In that case, although a bankruptcy petition had been brought, Farley J. nonetheless ordered the receiver to pay to the pension plan administrator the amount of the deemed trusts under the *PBA*. However, the facts in *Usarco* differed materially from the facts in this case.

[67] In *Usarco*, *CCAA* proceedings did not precede the bankruptcy petition. Moreover, in *Usarco* the petitioning creditor was not proceeding with its bankruptcy petition because its principal had died, and no other creditor took steps to advance the petition. Thus, unlike in this case, in *Usarco* it was unclear whether bankruptcy proceedings would ever take place.

[68] Recently in *Re General Chemical Canada Ltd.*, [2005] O.J. No. 5436, Campbell J. relied on this distinction, followed the motions judge's decision in the present case and refused to order payment of the amount of the deemed trusts under the PBA. He wrote at para. 35:

To conclude otherwise (absent improper motive on the part of Company or a major creditor) would be to negate both *CCAA* proceedings and bankruptcy proceedings by preventing creditors from pursuing a process of equitable distribution of the debtor's property as they believe it to be when making their decisions.

I agree. The factual differences between *General Chemical* and this case on the one hand, and *Usarco* on the other, render *Usarco* of no assistance to the Superintendent on this appeal.

[69] Because the federal legislative regime under the *CCAA* and the *BIA* determines the claims of creditors of an insolvent company, if the rights of pension claimants are to be given greater priority, Parliament, not the courts, must do so. And Parliament has at least signalled its intention to do so.

[32] The further argument of unfairness in permitting a petition into bankruptcy to proceed if the companies was rejected (see paragraph 77 in *Ivaco*):

The motions judge took into account the likely result of the Superintendent's claims if the Companies are put into bankruptcy. He recognized that bankruptcy would potentially reverse the priority accorded to the pension claims outside bankruptcy. Nonetheless, having weighed all the competing considerations, he exercised his discretion to lift the stay and permit the bankruptcy petitions to proceed. In my view, he exercised his discretion properly. I would not give effect to this ground of appeal.

[33] The issues in *Indalex* involved, as those in this instance do, pension plans, but with a difference. While both the plans faced funding deficiencies when *Indalex* filed for an Initial Order under the *CCAA* and requested a stay, the financial distress threatened the interests of all plan members. Following the Initial Order the Company was authorized to borrow US\$24.4 million from DIP (Debtor in Possession) lenders who were granted priority over all other creditors.

[34] The plan members in *Indalex* sought, at the time of the Sanction and Approval Order a declaration that a deemed trust equal in amount to the unfunded pension liability was enforceable by way of priority over secured creditors with respect to the proceeds of assets sold. The parties reached agreement on an amount to be held by the Monitor subject to the Courts' determination as to whether or not the funds held were being held subject to a deemed trust.

[35] This Court's decision in *Indalex*² held that the deemed trust did not prevail over the priority of DIP financiers was appealed. On appeal to the Court of Appeal of Ontario the claims

² 2010 ONSC 114, 2011 ONCA 265.

of deemed trust, of breach of fiduciary duty against the company and the requested remedy of constructive trust were successful.

[36] At the time of the Initial Order in *Indalex* the *Indalex* salary plan was in windup with a windup deficiency order. As at the date of the *Indalex* Initial Order the executive plan had not been wound up.

[37] The Supreme Court of Canada in *Indalex* was divided on the issues before it. Four of the judges being Deschamps, Moldaver JJ joined by Lebel J. and Abella J. on the issue held that the deemed trust provision of s.57 (4) of the *PBA* did provide a statutory scheme to provide a deemed trust in respect of the plan which had been wound up, which trust extended to the windup deficiency payments required by s.75(1)(b) of the Act which had “accrued” but were not yet due at the time of the sale of assets.³

[38] The three judges of the minority on the issue, being Chief Justice McLachlin, Justices Rothstein and Cromwell JJ., concluded that given the legislative history and evolution of the provisions the legislature never intended to include windup deficiency in a statutory deemed trust — rather the legislative intent is to exclude from the deemed trust liabilities that arise only on the date of wind up.

[39] Five of the judges, which excluded Lebel and Abella JJ., concluded that given the doctrine of federal paramountcy the DIP charges superseded the provincial statutory deemed trust which Abella J., Lebel J., Deschamps J. and Moldaver J. had found.

[40] Those same five judges concluded that the circumstances for the application of a constructive trust were not met notwithstanding a breach of duty by the applicant to give all plan members notice prior to the return of the motion seeking an Initial Order.

[41] The context of *Indalex*'s distress was set out in the following paragraph from the reasons of Deschamps J.:

8. *Indalex*'s financial distress threatened the interests of all the Plan members. If the reorganization failed and *Indalex* were liquidated under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C, 1985, c.B-3 (“*BIA*”), they would not have recovered any of their claims against *Indalex* for the underfunded pension liabilities, because the priority created by the provincial statute would not be recognized under the federal legislation: *Husky Oil Operations Lid v. Minister of National Revenue*,

³ Pension Benefit Act RSO 1990, c. P.8 57 Accrued contributions

(3) An employer who is required to pay contributions to a pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to the employer contributions due and not paid into a pension fund. R.S.O. 1990, c. P.8, s. 57 (3).

Wind up

(4) Where a pension plan is wound up in whole or in part, an employer who is required to pay contributions to the pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations. R.S.O. 1990, c.P.9,s.57 (4).

[1995] 3 S.C.R. 453. Although the priority was not rendered ineffective by the *CCAA* the Plan Members' position was uncertain.

[42] As was noted by the Supreme Court of Canada in *Century Services*⁴ the *CCAA* and the *BIA* are two statutory regimes for re-organization and or liquidation. Of the two federal statutes the *CCAA* provides the opportunity for orderly restructuring and or liquidation with supervision by the Court.

[43] The *BIA* deals with priority distribution when there is no further purpose for the application of the *CCAA*. In the ordinary case under the *CCAA* an applicant company, following the Initial Order, seeks out agreement with its creditors and the formulation of a proposed Plan to be voted on by the creditors which when approved by the Court in effect creates a contract between the company and its creditors. (see *Red Cross* (2002) 35 CBR (4th) 43 (SCJ).

[44] What has become more prominent in recent times has been the occurrence of what has become to be known as the liquidating *CCAA* of which both *Indalex* and *GFPI* are leading examples.

The Factual Distinction between *Indalex* and *GFPI*

[45] In this case the 29th Report of the Monitor dated February 21, 2013 describes the nature of the business of *GFPI* and its subsidiaries which manufactured Strand Board from facilities located in Canada and the United States.

[46] The Report goes on at paragraphs 29 to 32 to detail the deficiencies in the special payments required to be paid under the PBA to fund the windup deficiencies in the plans. Unlike the situation in *Indalex* neither of the pension plans of *GFPI* were in windup process at the time of the Initial Order or for some time after. Unlike *Indalex* there was no request made for DIP prior to a sale of assets following the Initial Order.

[47] Unlike *Indalex*, the Initial Order re *GFPI* contemplated in this case that the business of the company would continue for the purpose of the orderly disposition of various assets being various types of mills in Canada and the United States. The most significant of which were sold to Georgia Pacific, which has continued the operation of some of the mills.

[48] The summary of the position of the Plans as of the date of July 2013 is as follows:

The Salaried Plan Wind Up Report disclosed an estimated windup deficit of \$726,481. The Required Salaried Plan Payment as of August 24, 2012 was \$328,298 plus interest from March 31, 2012, which amount was due to be paid by *GFPI* into the Salaried Plan.

The required Salaried Plan Payment as at November 27, 2012 was \$339,923. This amount includes interest in the amount of \$11,625 (determined using the same

⁴ 2010 SCC60 at para. 77.

rate used in determining the amount of the annual special payments needed to liquidate the windup deficiency). It is contested that interest should be included.

The Required Salaried Plan Payment as at March 31, 2013 was \$485,715, including interest in the amount of \$15,883. It is contested that interest should be included.

The Executive Plan Wind-Up Report disclosed an estimated wind-up deficit of \$2,384,688.

The required Executive Plan Payment as of August 24, 2012 was \$1,263,186 plus interest from February 29, 2012, which amount was due to be paid by GFPI into the Executive Plan.

The required Executive Plan Payment as at November 27, 2012 was \$1,281,639, including interest in the amount of \$18,453. It is contested that interest should be included.

The required Executive Plan Payment as at March 31, 2013 was \$1,764,275, including interest in the amount of \$20,803. GFPI does not accept that interest should be included.

[49] Submissions with respect to the Pension Motion were heard on November 27, 2012. During the same hearing, submissions were also heard on a motion by West Face Capital Inc. for an order lifting the stay of proceedings herein to facilitate a bankruptcy order against GFPI (the Bankruptcy Motion). Following that hearing, further written submissions were provided by the parties concerning the impact of the decision of the Supreme Court of Canada in *Re Indalex* on the issues in the two motions.

[50] The GFPI situation is a prime example of the flexible operation of the *CCAA*. The assets of the liquidating company were sold in a manner to provide the maximum benefit possible to the widest group of stakeholders.

[51] In this case the sale of certain of the assets on a going concern basis permitted the continuation of employment and benefits for many in the locality of the plants that they had previously worked in. The alternative in bankruptcy under the *BIA* might well have resulted in loss of employment for many and less recovery for all the secured creditors.

[52] The liquidation of the applicant under the *CCAA* did not proceed under an explicit Plan voted on by the creditors and approved by the Court.

[53] What did proceed was an Initial Order that in addition to a stay of proceedings (which has continued), permitted, but did not require the Applicant to pay ordinary operating expenses in the course of liquidating assets under the *CCAA* for the benefit of all stakeholders.

[54] The Initial Order specifically provides in paragraph 5 as follows:

[5] **THIS COURT ORDERS** that the Applicants shall be entitled but not required to pay the following expenses whether incurred prior to or after this Order;

- (a) all outstanding and future wages, salaries, employee benefits and pension contributions, vacation pay, bonuses, and expenses payable on or after the date of this Order, in each case incurred in the ordinary course of business and consistent with existing compensation policies and arrangements, which, for greater certainty, shall not include any payments in respect of employee termination or severance; and

[55] No creditors including those representing the members of the pension plans opposed the granting of the Initial Order; the representatives of pension plans did not oppose the sale of assets on the occasions in which approval was sought and did not raise the issue of deemed trust until the windup orders made in August 2012.

[56] There was no objection on the part of any party to the payment which the Applicant made to the pension plans being the regular and ordinary contributions under the plans from 2009 until the wind up date.

[57] Up to August 2012 there was no request made on the part of the pension plans to set aside the Initial Order and provide for what might have been expected to be a deemed trust under wind up.

THE FIRST ISSUE.

Are any funds held by the Monitor and/or GFPI deemed to be held in trust pursuant to subsections 57(3) or 57(4) of the PBA for the beneficiaries of each of the Pension Plans as a result of the wind-up of the Pension Plans, and if so, what amounts of the funds held by the Monitor and/or GFPI are deemed to be held in trust?

[58] As noted above one of the two defined benefit pension plans at issue in *Indalex* was wound up prior to the commencement of the *CCAA* proceeding, and the other pension plan was wound up after the filing and the sale of *Indalex's* assets. The Supreme Court of Canada in *Indalex* did not find a deemed trust in respect of the latter pension plan. In considering this first issue, therefore, it is necessary to address the threshold issue of whether a deemed trust can be created during the pendency of a stay of proceedings.

[59] The majority in the Supreme Court of Canada in *Indalex* concluded that prior to an Initial Order a deemed trust did indeed arise when a pension plan was wound up in respect of windup deficits notwithstanding the difficulty in ascertaining the precise amount of the trust.

[60] One of the arguments made before the Supreme Court of Canada in *Indalex* and was rejected was that the priorities under the *CCAA* should parallel those under the *BIA* with the result that at the time of the Initial Order under the *CCAA* the *BIA* priorities by which pension claims would be unsecured would prevail. The following passage in the decision of Deschamps J. for herself and the majority that dealt with that issue rejected the proposition:

[50] The Appellants' first argument would expand the holding of *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60 (CanLII), 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, so as to apply federal bankruptcy priorities to *CCAA* proceedings, with the effect that claims would be treated similarly under the *CCAA* and the *BIA*. In *Century Services*, the Court noted that there are points at which the two schemes converge:

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. [para. 23]

[51] In order to avoid a race to liquidation under the *BIA*, courts will favour an interpretation of the *CCAA* that affords creditors analogous entitlements. Yet this does not mean that courts may read bankruptcy priorities into the *CCAA* at will. Provincial legislation defines the priorities to which creditors are entitled until that legislation is ousted by Parliament. Parliament did not expressly apply all bankruptcy priorities either to *CCAA* proceedings or to proposals under the *BIA*. Although the creditors of a corporation that is attempting to reorganize may bargain in the shadow of their bankruptcy entitlements, those entitlements remain only shadows until bankruptcy occurs. At the outset of the insolvency proceedings, Indalex opted for a process governed by the *CCAA*, leaving no doubt that although it wanted to protect its employees' jobs, it would not survive as their employer. This was not a case in which a failed arrangement forced a company into liquidation under the *BIA*. Indalex achieved the goal it was pursuing. It chose to sell its assets under the *CCAA*, not the *BIA*.

[52] The provincial deemed trust under the *PBA* continues to apply in *CCAA* proceedings, subject to the doctrine of federal paramountcy (*Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.*, 2004 SCC 3 (CanLII), 2004 SCC 3, [2004] 1 S.C.R. 60, at para. 43). The Court of Appeal therefore did not err in finding that at the end of a *CCAA* liquidation proceeding, priorities may be determined by the *PPSA*'s scheme rather than the federal scheme set out in the *BIA*.

[56] A party relying on paramountcy must "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" (*Canadian Western Bank*, at para. 75). This Court has in fact applied the doctrine of paramountcy in the area of bankruptcy and insolvency to come to the conclusion that a provincial legislature cannot, through measures such as a deemed trust, affect priorities granted under federal legislation (*Husky Oil*).

[57] None of the parties question the validity of either the federal provision that enables a *CCAA* court to make an order authorizing a DIP charge or the provincial provision that establishes the priority of the deemed trust. However, in considering whether the *CCAA* court has, in exercising its discretion to assess a claim, validly affected

a provincial priority, the reviewing court should remind itself of the rule of interpretation stated in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, 1982 CanLII 29 (SCC), [1982] 2 S.C.R. 307 (at p. 356), and reproduced in *Canadian Western Bank* (at para. 75):

When 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.

[61] In the context of evaluating the important policy considerations of maintaining a stay of proceedings under a liquidating *CCAA*, it is important for the Court to consider the appropriate time for the *CCAA* proceeding to either come to an end or to lift the stay of proceedings to provide for an orderly transition from the *CCAA* process to the *BIA*. These proceedings are a good example. Initially, GE Canada initiated bankruptcy proceedings against GFPI. The response of GFPI was to seek protection under the *CCAA* and carry out an orderly liquidation of its assets. The Court permitted the orderly liquidation of the assets in the context of the *CCAA* to maximize recovery in the assets.

[62] Now, the usefulness of the *CCAA* proceedings has come to an end. Is it appropriate for the Court to allow the Second Lien Lenders to institute bankruptcy proceedings and to forthwith issue a Bankruptcy Order in respect of GFPI? The Second Lien Lenders urge that the regime that will be in place as a result of the Bankruptcy Order will be that contemplated by Parliament in the context of a liquidation and distribution of a bankrupt's assets. The process carried out for the transition from the *CCAA* proceedings to the *BIA* will it is suggested be as intended by Parliament and consistent with the principles established by the Supreme Court of Canada in the *Re Century Services* case.

[63] It is clear that there are insufficient proceeds to pay the claims of all of the creditors of GFPI. Reversing priorities can be a legitimate purpose for the institution of bankruptcy proceedings. Lifting the stay provided for in the Initial Order at this time, the Second Lien Lenders submit is the logical extension of that legitimate purpose. Accordingly, it is said appropriate in the circumstances of this case that the stay be lifted and that a Bankruptcy Order be issued by the Court in respect of GFPI forthwith.

[64] I accept that to impose the same priorities under the *CCAA* as the *BIA* without careful consideration might well undermine the flexibility of the *CCAA*. For example the *CCAA* Court itself may make an order on application on notice declaring a person to be a critical supplier (s.11.4) with the charge in favour of that supplier. This is but one example of the flexibility of the *CCAA* that may not be available under the *BIA* once approved by the Court. The same is the case for DIP financing as was the case in *Indalex*.

(65) Where there is a *CCAA* Plan approved by creditors the effect of the contract created may alter what would otherwise be priorities under the *BIA*.

[66] Where there is a liquidating *CCAA* which proceeds by way of an Initial Order and the subsequent sale of assets with Vesting Orders all the creditors have an opportunity to object to the

sales or process which is in effect an implicit *CCAA* Plan. A vote becomes necessary only when there is lack of consensus and a priority dispute requires resolution by a vote. In this case the claim of the secured creditors exceeded and continues to exceed, the value of the assets.

[67] There may be good and solid reasons acceptable to creditors and stakeholders who agree to a process under the *CCAA* either in a formal Plan or during the course of a liquidation to alter the priorities that would come into play should there be an assignment or petition into bankruptcy.

[68] The position of the Pension Administrator, the Superintendent of Financial Services and those parties in support of their position, in this case is that in the circumstances the deemed trust which they say arises under the *PBA* should prevail over other creditor claims notwithstanding the *CCAA* Initial Order.

[69] The arguments in support of a deemed trust arising upon windup of the pension plans within the *CCAA* regime are summarized as follows:

- i) GFPI should not be excused from any obligation with respect to the pension plans.
- ii) The wind ups which triggered the deemed trusts were the subject of specific judicial authorization and even assuming the stay of proceedings under the Initial Order applies, leave of the Court has been given to windup which triggers the deemed trusts.
- iii) The deemed trusts are triggered automatically upon wind up by independent operation of a valid provincial law which has not been overridden by specific order.
- iv) The Second Lien Creditor should not be permitted to challenge the deemed trusts at this stage since they did not challenge the windup orders.⁵

[70] From my review of the decisions of the Supreme Court of Canada in *Century Services* and *Indalex* I am of the view that the task of a *CCAA* supervising judge when confronted with seeming conflict between Federal insolvency statute provisions and those of Provincial pension obligations is to make the provisions work without resort to the issue of federal paramountcy except where necessary.

[71] The decision of the Supreme Court of Canada in *Indalex* assists in the execution of this task. The deemed trust that arises upon wind up prevails when the windup occurs before insolvency as opposed to the position that arises when wind up arises after the granting of an Initial Order.

⁵ submission was made in the factum of PWC that all funds held by the Monitor should be regarded as proceeds of accounts and inventory therefore resulting in priority being directed by the Personal Property Security Act (PPSA) s.30 (7) which would subordinate other security to the deemed trusts. This submission was not seriously pursued and in view of the conclusion I reached on other grounds it is not necessary to deal with the argument.

[72] The *Indalex* decision provides predictability and certainty of entitlement to the stakeholders of an insolvent company. If on the application for an Initial Order any party seeks to challenge that priority for the purpose of providing DIP financing in furtherance of a Plan or work out liquidation they are free to do so at the time of the Initial Order. Secured creditors can then decide whether they are willing to pursue a Plan or immediately apply for a bankruptcy order.⁶

Should GFPI be excused from wind up deficiency payments?

[73] I am of the view that the question advanced by the Pension Administrators should be put another way “Is GFPI obligated in view of the provisions in para. 5 of the Initial Order (see paragraph 54) above to make the special payments that arise by virtue of the provisions of the *PBA*?

[74] I accept the argument of the Pension Administrator and all those urging the deemed trust application that the Approval and Vesting Orders necessarily do not for all purposes freeze priorities at the point of sale. Absent other order of the Court, made at the time however, they do provide the certainty required by creditors who are asked to concur with the sales.

[75] In the situation of GFPI there was a recognition in para. 5 of the Initial Order that there may be a challenge to expenses on an ongoing basis.

[76] Where distribution to creditors is made following a sale of assets on full notice, that distribution in accordance with an Approval and Vesting Order does freeze the priorities with respect to that distribution, absent specific direction otherwise.

[77] In this case, the issue of priority is said to arise in respect of a specific sum of money in the hands of the Monitor in respect of funds from assets sold and not distributed and is said to be determined in accordance with the Court Order made at the time of determination which acknowledged all the pension obligations including wind up.

[78] To suggest that all claims and priorities never sought would apply to the Approval Orders past or future would, in my view, be entirely contrary to the principles and scheme of the *CCAA*. To conclude otherwise would risk that secured creditors to whom distribution had been made would be at risk of disgorgement and unpaid secured creditors to uncertainty of priority in future recovery.

[79] This is why in my view the only consistent and predictable operation of the *CCAA* should give predictability as of the Initial Order to enable an informed decision to be made whether or not to proceed with bankruptcy. This issue is implicitly revisited every time there is a sale and distribution of assets.

⁶ It is not entirely clear from the various decisions in *Indalex* as to precisely when the deemed trust which can take priority operates. The date of the Initial Order was given as one possibility the other being the date of sale of the assets. In this case it does not really matter which date applies as the Initial Order and primary asset sale pre-date any deemed trust.

[80] The Supreme Court of Canada decision in *Indalex* stands for the proposition that provincial provisions in pension areas prevail prior to insolvency but once the federal statute is involved the insolvency provision regime applies.

[81] Justice Cromwell at paragraphs 177 and 178 in *Indalex* spoke of the problem of extending the deemed trust. While he was speaking of the entirety of the issue his comments below are equally applicable to a deemed trust said to arise during insolvency:

177 Second, extending the deemed trust protections to the wind-up deficiency might well be viewed as counter-productive in the greater scheme of things. A deemed trust of that nature might give rise to considerable uncertainty on the part of other creditors and potential lenders. This uncertainty might not only complicate creditors' rights, but it might also affect the availability of funds from lenders. The wind-up liability is potentially large and, while the business is ongoing, the extent of the liability is unknown and unknowable for up to five years. Its amount may, as the facts of this case disclose, fluctuate dramatically during this time. A liability of this nature could make it very difficult to assess the creditworthiness of a borrower and make an appropriate apportionment of payment among creditors extremely difficult.

178 While I agree that the protection of pension plans is an important objective, it is not for this Court to decide the extent to which that objective will be pursued and at what cost to other interests. In her conclusion, Justice Deschamps notes that although the protection of pension plans is a worthy objective, courts should not use the law of equity to re-arrange the priorities that Parliament has established under the *CCAA*.

[82] That consistency prevails if the limitation on deemed trust is limited to those plans already in windup as of the date of the Initial Order.

[83] During the course of the sale of assets the Initial Order continued to operate presumably to the advantage of all stakeholders since the asset sale as here proceeded in an advantageous fashion for maximizing return on assets, for the benefit of those who were able to transfer employment and in an advantageous fashion for the pension plans which received the benefit of ongoing regular payments.

[84] The alternative had the bankruptcy petition proceeded would have seen a significant loss particularly to the pension plans.

[85] I note as have many judges before me that the solution to the problem created by section 67 of the *BIA* which leaves pension obligations unsecured and Provincial statutes which seek to raise the priority lies with the federal and provincial governments not with judicial determination. As Justice Deschamps noted in *Indalex*:

[81] There are good reasons for giving special protection to members of pension plans in insolvency proceedings. Parliament considered doing so before enacting the most recent amendments to the *CCAA*, but chose not to (*An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005*, S.C. 2007, c. 36, in force September 18, 2009, SI/2009- 68; see also Bill C-

501, *An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and other Acts (pension protection)*, 3rd Sess., 40th Parl., March 24, 2010 (subsequently amended by the Standing Committee on Industry, Science and Technology, March 1, 2011)). A report of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce gave the following reasons for this choice:

Although the Committee recognizes the vulnerability of current pensioners, we do not believe that changes to the BIA regarding pension claims should be made at this time. Current pensioners can also access retirement benefits from the Canada/Quebec Pension Plan, and the Old Age Security and Guaranteed Income Supplement programs, and may have private savings and Registered Retirement Savings Plans that can provide income for them in retirement. The desire expressed by some of our witnesses for greater protection for pensioners and for employees currently participating in an occupational pension plan must be balanced against the interests of others. As we noted earlier, insolvency — at its essence — is characterized by insufficient assets to satisfy everyone, and choices must be made.

The Committee believes that granting the pension protection sought by some of the witnesses would be sufficiently unfair to other stakeholders that we cannot recommend the changes requested. For example, we feel that super priority status could unnecessarily reduce the moneys available for distribution to creditors. In turn, credit availability and the cost of credit could be negatively affected, and all those seeking credit in Canada would be disadvantaged.

[86] I conclude that given the uncertainty in this area of legal decision together with the provisions of paragraph 5 of the Initial Order that GFPI was not under an obligation to make the special windup payments and was correct in seeking direction from this Court.

[87] I can only presume that had GFPI sought to make the special payments that they would have been opposed on much the same grounds as now advanced by the Second Lien Lenders.

THE SECOND ISSUE

Did the Court Order authorize the Deemed Trust?

[88] It is urged in the second ground for priority of the deemed trust that this Court authorized the wind up of the Pension plans which by the operation of the *PBA* imposes the deemed trust.

[89] The Order authorizing the windup in its operative provisions with respect to wind up is as follows:

This Court Orders that the Monitor is hereby authorized and directed, until further Court Order, to hold back from any distribution to creditors of GFPI an

amount of \$191,245.00 which is estimated to be the amount necessary to satisfy the wind-up deficit of the Timmins Salaried Plan. For greater certainty nothing in this order affects or determines the priority or security of the claims against these funds.

This Court Orders that with respect to the Remaining Applicants, the Stay Period as defined by the Initial Order, be and is hereby extended to November 30, 2011.

[90] Similar wording was in the order with respect to the Executive Plan.

[91] Nothing in those Orders dealt with the issue of deemed trust. No one appearing raised the issue of deemed trust. The paragraph above dealt with the issue presented and preserved the argument that arises today namely whether in context of a claimed deemed trust the estimated windup deficit was to be held from distribution.

[92] One can understand why the issue was not raised beyond setting aside the amount and leaving the issue for later determination. For their own reasons each side was content to have the *CCAA* process continued. It was to the benefit of all party stakeholders.

[93] When a pension plan is wound up the precise amount of money necessary to fulfill the obligation to each and every pensioner is at that time uncertain. Over time as windup occurs those amounts become more certain and that is why the deemed trust concept comes into play.

[94] It does seem to me that a commitment to make wind up deficiency payments is not in the ordinary course of business of an insolvent company subject to a *CCAA* order unless agreed to. Even if the obligation could be said to be in the ordinary course for an insolvent company GFPI was not obliged to make the payments, (See paragraph 45 of the Initial Order above).

[95] This is precisely the reason for the granting of a stay of proceedings that is provided for by the *CCAA*. Anyone seeking to have a payment made that would be regarded as being outside the ordinary course of business must seek to have the stay lifted or if it is to be regarded as an ordinary course of business obligation, persuade the applicant and creditors that it should be made. The decision of the Supreme Court of Canada in *Indalex* appears to stand for the proposition that once a valid Initial Order is made under the *CCAA* the Federal insolvency regime is paramount, and absent any agreement or other Order where there is conflict, the Initial Order prevails over an applicant's obligation under the provincial statute.

[96] This conclusion provides the predictability and certainty that is necessary for those who are willing to consider financing a distressed entity. It is unlikely that lenders would be willing to support a distressed entity if they had little or no information on the amount or timing of pension obligations.

[97] The Supreme Court of Canada decision in *Indalex* alerts lenders who are aware or are taken to be aware prior to insolvency of the fact of a deemed trust when there is wind up even though the amount may not be known.

[98] Where a pension plan has not been wound up prior to insolvency the potential for a windup deficiency is entirely uncertain. Since a deemed trust does not arise until there is a windup order it would be entirely inconsistent with the insolvency regime of the *CCAA* (absent additional legislation) to expose lending creditors to an uncertain priority both in time and amount.

[99] It is to be noted that on the sale of assets as they occurred there was no issue raised about the priority of claims prior to those sales or distribution of assets as reflected in the fact that payments were made to entirely discharge the security of the First Lien Lenders and a portion of the obligation to the Second Lien lenders.

[100] The Court did not authorize a deemed trust to prevail in insolvency by granting windup orders.

Should the Stay be lifted to permit the petition in bankruptcy to proceed?

[101] If one accepts the above analysis a lifting of the stay to permit bankruptcy is not necessary to defeat a deemed trust said to arise after the Initial Order.

[102] The basis of the motion on behalf of West Face Capital Inc. (the Second Lien Lenders) is set out in paragraph 2 of their factum:

The Second Lien Lenders seek an Order lifting the stay of proceedings in respect of GFPI for the purpose of facilitating the issuance of a Bankruptcy Order in respect of GFPI forthwith. It is appropriate that a bankruptcy proceeding be put into place immediately, otherwise the priority secured interests of the Second Lien Lenders will be irrevocably prejudiced. In the absence of a bankruptcy proceeding, certain parties with an interest in advancing the claims of the pension beneficiaries have taken steps to re-position claims as priority claims or claims that must be paid immediately. The factual and legal basis for those claims have been advanced during the *CCAA* proceedings, notwithstanding the stay of proceedings.

[103] Those opposed to the motion to lift the stay (which is supported by GFPI and the Monitor) urge that what is being requested is extraordinary relief from the requirements of the *PBA* and GFPI should not be excused from its obligation to make special payments simply at the asking.

[104] While acknowledging that the court does have broad discretion, it is urged there is nothing in the circumstances of this case which would justify relieving GFPI of its obligation to make special payments.

[105] It is further submitted that there is no decision that stands for the proposition that bankruptcy is automatic at the end of a *CCAA* proceeding and no independent reason for granting the bankruptcy order.

[106] It is well settled that bankruptcy may well be an appropriate outcome of a *CCAA* process that has failed or has run its course. In *Century Services* 2010 SCC 60 at paragraph 23, Justice Deschamps noted “because the *CCAA* is silent about what happens if reorganization fails, the

BIA scheme of liquidation distribution necessarily supplies the backdrop for what will happen if a *CCAA* is ultimately unsuccessful”.

[107] The issue of terminating a *CCAA* proceeding by permitting a petition in bankruptcy to proceed is one of discretion on the part of the supervising judge (see *Ivaco* (Re) [2006] O.J. No. 4152 para. 77 and *Nortel Networks Corp.* (Re) 2009 ONCA 833 at para 41.)

[108] Those who seek to have a stay lifted or to oppose the stay being lifted to obtain other relief must be acting in good faith. There is no evidence of lack of good faith here beyond the suggestion of delay.

[109] The parties resisting the lifting of the stay urge that it not be granted on several grounds. The first is based on the delay on the part of West Face in bringing the motion. It is asserted that the motion should have been brought when the applicant first made it returnable on its motion for direction.

[110] It is also urged that given the passage of time that the Monitor should be directed to make payments of those amounts which would otherwise have been made to date under the windup orders of the Superintendent.

[111] The argument advanced by the Pension Administrator is that the *CCAA* process has completed what it set out to do, namely, liquidate the assets of GFPI and therefore there is no purpose to be served by lifting the stay and therefore the Order should not be granted to allow bankruptcy.

[112] West Face seeks to lift the stay of proceedings granted by the Initial Order to enable the Petition commenced in March 2010 to proceed.

[113] Like those opposing, West Face takes the position that the *CCAA* process has run its course and there is no likelihood of recovery on any other assets and adds therefore no reason for the applicant to continue to make any pension payments on account of pension plans. Since the security of West Face on behalf of the Second Liens Lenders is valid they are entitled to be paid from the assets on hand and a bankruptcy Order would expedite recovery.

[114] What then is the process that is involved under the *CCAA* when there is not one but several sales of assets of an insolvent company over a period of time during which no one objects to the continuation of “payments being made in the ordinary course” which include ongoing payments to pension plans.

[115] The *CCAA* continues to be sufficiently flexible to allow for an ongoing sale of assets without the necessity of a formal plan voted on by creditors. As I noted above, a sale of assets following an Initial Order is an implicit plan.

[116] In this case following the sale of the major assets to Georgia Pacific there was a distribution the effect of which was to pay out the First Lien Lenders in entirety and indeed some payments to the Second Lien Lenders.

[117] Following the granting of leave in *Indalex* by the Supreme Court of Canada all of the parties in this case recognized that the issue of priority of deemed trusts would likely be clarified by that Court's decision in that case.

[118] From the time that the motion of GFPI for direction with respect to payments on windup deficiency was first brought before this court, there was agreement by all Counsel that the Supreme Court decision in *Indalex* if not determinative would provide considerable guidance on the issues in this case.

[119] To my knowledge no party has been prejudiced by the delay in dealing with the priority issue. For this reason I do not accept the proposition that West Face should be denied leave on the basis of delay.

[120] This leaves the question as to whether or not on the facts of this case leave to lift the stay should be granted. It was to the advantage of all stakeholders presumably including the pension plans and the Second Lien Lenders that the *CCAA* process be utilized for the sale of assets rather than the *BIA* process.

[121] I am of the view that in the absence of provisions in a Plan under the *CCAA* or a specific court order, any creditor is at liberty to request that the *CCAA* proceedings be terminated if that creditor's position may be better advanced under the *BIA*.

[122] The question then is whether it is fair and reasonable bearing in mind the interests of all creditors that those of the creditor seeking preference under the *BIA* be allowed to proceed. In this Court's decision in *Indalex*, I questioned whether it would be fair to permit the stay to be lifted if it was simply because of the uncertainty as to whether at that time prior to the later appeals that the deemed trust provisions of the *PBA* prevailed.

[123] In this case West Face urges its interests should prevail because otherwise a deemed trust which did not exist at the time of the Initial Order would *de facto* be given priority by the requirement that GFPI make wind up deficiency payments, to pay priorities that would not be recognized under the *BIA*.

[124] I conclude that the argument on behalf of West Face should succeed. The purpose of the process under insolvency is to provide predictability to the interests of creditors but at the same time allow for flexibility as under the *CCAA* where that provides a greater return than would the operation of the *BIA*. That has been the case here.

[125] If the purpose under the insolvency statutes is to maximize recovery to the extent possible for all concerned, then the imposition of a priority which arises only in the middle of insolvency except where made like a DIP financing, for the purpose of enhancing recovery would likely result in credit being much more difficult if not impossible to obtain in the first instance.

[126] The Supreme Court of Canada in *Indalex* limited the deemed trust provisions of the *PBA* to obligations prior to insolvency. To deny the relief sought by West Face would in my view be at odds with that decision.

[127] For the above reasons the Order sought by West Face will be granted. Those opposing the stay urged that all payments that should have been made under the deficiency wind up be made until the date of this decision.

[128] While I have some sympathy for the position of the pension plans in these circumstances I am satisfied that the amounts held by the Monitor should not be applied to the pension plans. From the time of the return of the motion for directions all parties were aware of the need for a determination to be made following the Supreme Court of Canada decision in *Indalex*.

Conclusion

[129] As noted above in this decision virtually all of the judges who have had to deal with this difficult issue of pensions and insolvency have commented that ultimately these are matters to be dealt with by the Federal and Provincial governments.

[130] The difficulty of dealing with these complex issues is not restricted to Canada. In her book of 2008⁷ Prof. Janis Sara has chronicled the way in which various countries around the world have sought to deal with the difficulty of pension priority in the context of business financing and insolvency. The conclusion is there is no easy answer.

[131] I have no doubt that the question of pensions will be an ongoing issue for some time to come. There is an urgency that legislators both Federal and Provincial address the issue.

[132] In this case and for the above reasons the priority of proceeds will be to the Secured Creditors in respect of those amounts that otherwise would be payable in respect of windup deficiencies.

[133] I would not think this is an appropriate matter for costs disposition but if any Counsel disagrees or there is any further issue with respect to an Order following from this decision I may be spoken to.

C. L. CAMPBELL J.

Date: September 20, 2013

⁷ Employee & Pension Claims during Company Insolvency – A Comparative Study of 62 Jurisdictions, Thomson & Carswell.

Workers' Compensation Board *Appellant*
(*Respondent*)

v.

Husky Oil Operations Ltd. *Respondent*
(*Applicant*)

and

Her Majesty The Queen in right of Canada, as represented by the Minister of National Revenue, Her Majesty The Queen in right of the Province of Saskatchewan, as represented by the Minister of Human Resources, Labour and Employment, Her Majesty The Queen in right of the province of Saskatchewan, as represented by the Minister of Finance, Bank of Montreal, Eric Zimmerman, Garth Price, Trevor Brown, Arthur Gingras, Kelly Houston, Darcy Kuzio, Hans Bohle, Charles Pshebenicki, Terry Sapergia, SBW—Wright Construction Inc., Campbell West (1991) Ltd., Fuller Austin Insulation Inc., United Industrial Equipment Rentals Ltd., Atco Enterprises Ltd. and Deloitte & Touche Inc., as Trustee in Bankruptcy of the Estate of Metal Fabricating & Construction Ltd. *Respondents*

and

The Attorney General for Saskatchewan *Respondent (Intervener in the Court of Appeal)*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Workers' Compensation Board of Ontario,

Workers' Compensation Board *Appelante*
(*Intimée*)

c.

Husky Oil Operations Ltd. *Intimée*
(*Requérante*)

et

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre du Revenu national, Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan, représentée par le ministre des Ressources humaines, du Travail et de l'Emploi, Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan, représentée par le ministre des Finances, Banque de Montréal, Eric Zimmerman, Garth Price, Trevor Brown, Arthur Gingras, Kelly Houston, Darcy Kuzio, Hans Bohle, Charles Pshebenicki, Terry Sapergia, SBW—Wright Construction Inc., Campbell West (1991) Ltd., Fuller Austin Insulation Inc., United Industrial Equipment Rentals Ltd., Atco Enterprises Ltd. et Deloitte & Touche Inc., syndic de faillite de l'actif de Metal Fabricating & Construction Ltd. *Intimés*

et

Le procureur général de la Saskatchewan *Intimé (Intervenant en Cour d'appel)*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta,

**the Workers' Compensation Board of
British Columbia,
the Workers' Compensation Board of
Alberta and
the Yukon Workers' Compensation Health
and Safety Board** *Interveniers*

**INDEXED AS: HUSKY OIL OPERATIONS LTD. v. MINISTER
OF NATIONAL REVENUE**

File No.: 23936.

1995: January 25; 1995: October 19.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN**

Bankruptcy — Priorities — Set-off — Provincial law allowing Board to seek payments of monies owed by bankrupts from the bankrupt's creditors and the creditors entitled to set off that amount from any payment made to trustee in bankruptcy — Whether or not conflict with priorities established by Bankruptcy Act — The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1, ss. 133(1), (3) — Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 97(3), 136.

Constitutional law — Division of powers — Paramountcy — Conflict between provincial and federal law — Provincial law allowing Board to seek payments of monies owed by bankrupts from the bankrupt's creditors and the creditors entitled to set off that amount from any payment made to trustee in bankruptcy — Whether or not conflict with priorities established by Bankruptcy Act.

Husky Oil Operations Ltd. (Husky) owed Metal Fabricating & Construction Ltd. (Metal Fab), a firm which, after being formally notified of its arrears to the Workers' Compensation Board (the Board) and after making a general assignment of its book debts to the Bank of Montreal, made an assignment in bankruptcy and ceased operations. The Board, when it learned that Metal Fab had ceased operations, looked to Husky for payment under s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act, 1979*. Section 133(1) of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, permitted the Board to obtain amounts owing its Injury Fund from a principal of a

**la Commission des accidents du travail de
l'Ontario,
la Workers' Compensation Board de la
Colombie-Britannique,
la Workers' Compensation Board de
l'Alberta et
la Commission de la santé et de la sécurité
au travail du Yukon** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ: HUSKY OIL OPERATIONS LTD. c. MINISTRE
DU REVENU NATIONAL**

N° du greffe: 23936.

1995: 25 janvier; 1995: 19 octobre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN**

Faillite — Ordre de priorité — Compensation — Loi provinciale permettant à la Commission d'obtenir des créanciers d'un failli paiement des sommes dues par celui-ci et aux créanciers d'opérer compensation entre ce montant et tout paiement fait au syndic de la faillite — Y a-t-il conflit avec l'ordre de priorité établi par la Loi sur la faillite? — The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1, art. 133(1), (3) — Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 97(3), 136.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Prépondérance — Conflit entre une loi provinciale et une loi fédérale — Loi provinciale permettant à la Commission d'obtenir des créanciers d'un failli paiement des sommes dues par celui-ci et aux créanciers d'opérer compensation entre ce montant et tout paiement fait au syndic de la faillite — Y a-t-il conflit avec l'ordre de priorité établi par la Loi sur la faillite?

Husky Oil Operations Ltd. (Husky) était propriétaire de Metal Fabricating & Construction Ltd. (Metal Fab), une firme qui, après avoir été dûment avisée des arriérés qu'elle devait à la Workers' Compensation Board (la Commission) et après avoir fait une cession générale de ses comptes débiteurs à la Banque de Montréal, a fait cession de ses biens et cessé ses opérations. Lorsqu'elle a appris la cessation des opérations de Metal Fab, la Commission s'est adressée à Husky pour obtenir paiement en vertu du par. 133(1) de *The Workers' Compensation Act, 1979*. Le paragraphe 133(1) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan permettait

defaulting contractor. Husky in turn would be able to recover the amount paid on the Metal Fab's behalf by setting off that amount, pursuant to s. 133(3), from the amount it would otherwise pay Metal Fab. Husky and Metal Fab's creditors maintained that the operation of s. 133 conflicted with s. 136 of the federal *Bankruptcy Act*, which sets out the priorities of creditors on bankruptcy, in that the Board was able to obtain full payment to the detriment of the creditors who had a higher priority under the *Bankruptcy Act*. On a non-suit application made by Husky, *The Workers' Compensation Act, 1979*, was found to be inapplicable in a bankruptcy scenario and the Court of Appeal upheld this finding. The constitutional questions queried whether, in situations where the contractor is bankrupt, these provisions are constitutionally non-operational because of conflict with the *Bankruptcy Act* and whether they applied in the circumstances of this case.

Held (Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act, 1979*, operates in tandem with s. 133(3). Section 133 was inapplicable when the contractor entered bankruptcy.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The gravamen of this appeal was the alleged conflict between s. 133 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, and s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act* which set the priorities for recovery. The question, however, was not whether the provisions in s. 133 were independently valid, but rather, whether when combined they had the effect of reordering priorities in bankruptcy. The combined effect of the statutory deemed debt and the right to set off against property of the bankrupt, when s. 133(1) is read with s. 133(3), is to secure the Board's claim against the bankrupt's estate. In so doing, s. 133 read as a whole conflicts with Parliament's intention to accord the Board's claim the priority established in s. 136 of the *Bankruptcy Act*.

The first goal of ensuring an equitable distribution of a debtor's assets is to be pursued in accordance with the federal system of bankruptcy priorities. The quartet (*Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers'*

à la Commission d'obtenir du commettant d'un entrepreneur fautif les montants dus à sa caisse des accidents. Husky pourrait ensuite recouvrer le montant versé pour le compte de Metal Fab en opérant compensation, conformément au par. 133(3), entre ce montant et tout montant qu'elle paierait par ailleurs à Metal Fab. Les créanciers de Husky et de Metal Fab ont soutenu que l'application de l'art. 133 était incompatible avec l'art. 136 de la *Loi sur la faillite* fédérale, qui établit l'ordre de priorité des créanciers de la faillite, du fait que la Commission pouvait se faire payer intégralement au détriment des créanciers qui occupaient un rang supérieur en vertu de la *Loi sur la faillite*. À la suite d'une demande de non-lieu présentée par Husky, il a été conclu que *The Workers' Compensation Act, 1979*, n'était pas applicable dans le contexte d'une faillite, et la Cour d'appel a confirmé cette conclusion. Les questions constitutionnelles consistaient à se demander si, dans le cas où l'entrepreneur est en faillite, ces dispositions sont inopérantes du point de vue constitutionnel pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, et si elles s'appliquaient dans les circonstances de la présente affaire.

Arrêt (les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. L'article 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, s'appliquent ensemble. L'article 133 était inapplicable lorsque l'entrepreneur a fait faillite.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: L'essence du présent pourvoi est le conflit qui existerait entre l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan et l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*, qui établit l'ordre de priorité de recouvrement. Cependant, il s'agissait de déterminer non pas si ces dispositions étaient valides indépendamment l'une de l'autre, mais plutôt si elles avaient pour effet conjugué de modifier l'ordre de priorité en matière de faillite. Lorsque le par. 133(1) est lu conjointement avec le par. 133(3), la créance légale réputée et le droit à la compensation sur les biens du failli ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre l'actif du failli. De ce fait, l'art. 133, pris dans son ensemble, est incompatible avec l'intention du législateur fédéral d'accorder à la réclamation de la Commission la priorité établie à l'art. 136 de la *Loi sur la faillite*.

Il faut chercher à atteindre le premier objectif, celui d'assurer un partage équitable de l'actif du débiteur, en respectant l'ordre de priorité établi par le régime fédéral en matière de faillite. Le quatuor d'arrêts (*Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35, *Deloitte*

Compensation Board, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24 does not stand for the sole proposition that the provinces cannot “jump the queue” but rather embodies a consistent and general philosophy as to the purposes of the federal system of bankruptcy and its relation to provincial property arrangements. The following propositions can be distilled from the quartet:

- (1) provinces cannot create priorities between creditors or change the scheme of distribution on bankruptcy under s. 136(1) of the *Bankruptcy Act*;
- (2) while provincial legislation may validly affect priorities in a non-bankruptcy situation, once bankruptcy has occurred s. 136(1) of the *Bankruptcy Act* determines the status and priority of the claims specifically dealt with in that section;
- (3) if the provinces could create their own priorities or affect priorities under the *Bankruptcy Act* this would invite a different scheme of distribution on bankruptcy from province to province, an unacceptable situation;
- (4) the definition of terms such as “secured creditor”, if defined under the *Bankruptcy Act*, must be interpreted in bankruptcy cases as defined by the federal Parliament, not the provincial legislatures. Provinces cannot affect how such terms are defined for the purposes of the *Bankruptcy Act*;
- (5) in determining the relationship between provincial legislation and the *Bankruptcy Act*, the form of the provincial interest created must not be allowed to triumph over its substance. The provinces are not entitled to do indirectly what they are prohibited from doing directly; and
- (6) there need not be any provincial intention to intrude into the exclusive federal sphere of bankruptcy and to conflict with the order of priorities of the *Bankruptcy Act* in order to render the provincial law inapplicable. It is sufficient that the effect of provincial legislation is to do so.

The fifth and sixth propositions bear a close resemblance to the doctrine of colourability, but with two fun-

Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board, [1985] 1 R.C.S. 785, *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061, et *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24) ne signifie pas uniquement qu'il ne saurait y avoir «anticipation de rang» par les provinces, mais il s'en dégage plutôt une philosophie cohérente et générale quant aux objets du régime fédéral de la faillite et au lien qu'il a avec les dispositions provinciales en matière de droit des biens. Les propositions suivantes se dégagent du quatuor:

- (1) les provinces ne peuvent ni créer des priorités entre les créanciers ni modifier le plan de répartition en matière de faillite, prévu au par. 136(1) de la *Loi sur la faillite*;
- (2) bien qu'une loi provinciale puisse valablement modifier l'ordre de priorité dans un contexte autre que celui d'une faillite, dès qu'il y a faillite, c'est le par. 136(1) de la *Loi sur la faillite* qui détermine le statut et l'ordre de priorité des réclamations qui y sont visées expressément;
- (3) si les provinces pouvaient créer leur propre ordre de priorité ou modifier celui établi en vertu de la *Loi sur la faillite*, cela aurait pour effet d'inciter à l'établissement, en matière de faillite, d'un plan de répartition différent d'une province à l'autre, ce qui est inacceptable;
- (4) en matière de faillite, des expressions comme «créancier garanti», lorsqu'elles sont définies dans la *Loi sur la faillite*, doivent être interprétées selon la définition que leur donne le législateur fédéral et non celle que leur donnent les législatures provinciales. Les provinces ne peuvent modifier la façon dont ces expressions sont définies aux fins de la *Loi sur la faillite*;
- (5) pour déterminer le lien qui existe entre une loi provinciale et la *Loi sur la faillite*, il ne faut pas que la forme du droit créé par la province l'emporte sur le fond. Les provinces n'ont pas le droit de faire indirectement ce qui leur est interdit de faire directement; et
- (6) pour que la loi provinciale soit inapplicable, il n'est pas nécessaire que la province ait eu l'intention d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'être en conflit avec la *Loi sur la faillite*. Il suffit que la loi provinciale ait cet effet.

Les cinquième et sixième propositions ont une proche parenté avec la théorie du détournement de pouvoir,

1995 CanLII 69 (SCC)

damental differences. First, the doctrine of colourability is a concept which only applies in assessing the pith and substance of the impugned legislation whereas propositions 5 and 6 continue to apply after the validity of the impugned provincial law has been determined. None of the quartet cases was concerned with colourable provincial legislation. Second, a legislative intention to intrude into an exclusive federal sphere is neither necessary nor sufficient to scrutinize the applicability of provincial law. The intrusion, and not the intention to intrude, is determinative for division of powers purposes.

When ss. 133(1) and (3) operate in tandem, the contractor discharges its own liability to the Board, mediated through the legally compelled agency of the principal. This is not a scheme of joint and several liability, since the principal and the contractor are not joint co-debtors at the outset and since the Board does not have an unfettered choice as to which party to sue for recovery for outstanding fund payments. This provision, rather, is more accurately characterized as creating a form of involuntary, statutory suretyship.

While the contractor is potentially liable for two debts (the debt to the Board for the unpaid assessment and the potential debt to the principal if the principal pays the contractor's assessment) in a formal way, these in reality are one and the same as against the contractor. The contractor cannot be liable for both cumulatively. There is thus an inseparable nexus between the Board's claim against the contractor and the principal's potential claim against the contractor.

When s. 133(1) operates in combination with s. 133(3), the effect is to secure the claim of the Board against assets of the contractor. This is accomplished through the combined operation of the statutorily deemed debt imposed on the principal in the event of the contractor's default and the right of the principal to withhold and be indemnified from monies owing to the contractor. Thus, the combined effect of the deemed debt in s. 133(1) and set-off in s. 133(3) secures the Board's claim against the contractor's assets.

Parliament has recognized that the "law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt" (s. 97(3) of the *Bankruptcy Act*). In the bankruptcy

mais à deux différences fondamentales près. Premièrement, la théorie du détournement de pouvoir est un concept qui ne s'applique qu'en examinant le caractère vérifiable de la loi attaquée, alors que les cinquième et sixième propositions continuent de s'appliquer une fois établie la validité de la loi provinciale attaquée. Aucun des arrêts du quatuor ne portait sur une loi provinciale déguisée. Deuxièmement, il n'est ni nécessaire ni suffisant que le législateur ait eu l'intention d'empiéter sur un domaine de compétence fédérale exclusive pour que puisse être examinée l'applicabilité d'une loi provinciale. C'est l'empiètement, et non l'intention d'empiéter, qui est déterminant aux fins du partage des pouvoirs.

Si les par. 133(1) et (3) sont appliqués ensemble, l'entrepreneur s'acquitte de sa propre obligation envers la Commission, par l'intermédiaire du commettant comme l'exige la Loi. Il ne s'agit pas d'un régime de responsabilité solidaire puisque le commettant et l'entrepreneur ne sont pas codébiteurs au départ et que la Commission n'est pas libre de choisir la partie contre qui elle intentera une action en recouvrement des montants non payés à la caisse. En réalité, il est plus exact de dire que cette disposition crée une forme de cautionnement légal involontaire.

Même si, formellement, l'entrepreneur peut éventuellement être responsable de deux dettes (celle envers la Commission au titre de la cotisation impayée et la dette potentielle envers le commettant si ce dernier paie la cotisation en question), il reste qu'il s'agit d'une seule et même dette exigible de l'entrepreneur. L'entrepreneur ne peut être responsable des deux cumulativement. Il existe donc un lien indissociable entre la réclamation de la Commission contre l'entrepreneur et la réclamation potentielle du commettant contre l'entrepreneur.

L'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de garantir la réclamation de la Commission de la Saskatchewan contre les biens de l'entrepreneur. C'est ce qui se produit lorsque l'on conjugue la dette réputée que la loi impose au commettant en cas de défaut de paiement de la part de l'entrepreneur et le droit du commettant de faire des retenues et de s'indemniser sur les sommes dues à l'entrepreneur. En conséquence, la dette réputée, visée au par. 133(1), et la compensation prévue au par. 133(3) ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur.

Le législateur fédéral a reconnu que «[l]es règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli» (par. 97(3) de la *Loi sur la*

context, the law of set-off allows a debtor of a bankrupt who is also a creditor of the bankrupt to refrain from paying the full debt owing to the estate, since it may be that the estate will only fulfil a portion, if that, of the bankrupt's debt. But there is an inherent limit to this deference to the provincial law of set-off. While the operation of set-off is permitted to allow for the party claiming set-off to recover from the estate ahead of the stipulated order of his claim under the *Bankruptcy Act*, it most emphatically is not permitted to allow for the operation of provincial legislation to reorder the priorities of third parties against the estate.

The operation of s. 133 has the effect of reordering federal priorities with respect to the claims of any third parties against the estate. Prior to bankruptcy, the security device created by s. 133(3) and triggered by s. 133(1) is within the province's jurisdiction. However, if applicable in the event of bankruptcy, it would enter into conflict with the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act*. Parliament has expressly indicated in s. 136(1)(h) that "all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act" is to rank eighth in the list of preferred claims and is to be distributed after the claims of secured creditors. By contrast, the combined effect of ss. 133(1) and (3) of the *Saskatchewan Workers' Compensation Act, 1979*, is to secure the Board's claim against the bankrupt's estate ahead of its priority under the *Bankruptcy Act*. The two laws in their operation give rise to different and inconsistent orders of priority and are thereby in conflict.

Section 133(4), which states that "[a]ll questions as to the right to and the amount of such indemnity shall be determined by the board", also has the effect of intruding into the exclusive federal sphere of bankruptcy. If allowed to apply in bankruptcy, this provision would have the effect of empowering a creditor of the estate (here the Board) to determine unilaterally the extent of its claim against the estate. As a result, the Board would be empowered to decide the size of the estate which is to remain available for the other secured, preferred and ordinary creditors. A province cannot empower a creditor of a bankrupt to determine the extent of a bankrupt's estate which is to be available for distribution. Thus, while otherwise perfectly valid provincial law, s. 133(4) is also inapplicable in the event of bankruptcy.

faillite). Dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler la totalité de la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli. Cependant, il existe une limite inhérente à ce respect envers les règles provinciales de la compensation. Bien qu'on permette que la compensation autorise la partie qui l'invoque à être colloquée plus favorablement qu'elle ne le serait suivant l'ordre de priorité établi en vertu de la *Loi sur la faillite*, elle ne peut absolument pas être admise de façon à ce que l'application d'une loi provinciale modifie l'ordre de priorité des réclamations de tierces parties contre la faillite.

L'application de l'art. 133 a pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la loi fédérale relativement aux réclamations produites par des tierces parties contre l'actif. Avant une faillite, l'instrument de garantie, créé par le par. 133(3) et déclenché par le par. 133(1), relève de la compétence de la province. Cependant, s'il était applicable en cas de faillite, il entrerait en conflit avec le plan de répartition établi par la *Loi sur la faillite*. Le législateur fédéral a expressément indiqué, à l'al. 136(1)(h), que «toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail» occupent le huitième rang dans la liste des réclamations privilégiées et passent après les réclamations des créanciers garantis. Par contre, les par. 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan ont pour effet conjugué de colloquer plus favorablement la réclamation de la Commission contre l'actif du failli qu'elle ne le serait en vertu de la *Loi sur la faillite*. Ces deux lois, dans leur application, établissent des ordres de priorité différents et incompatibles et sont de ce fait en conflit.

Le paragraphe 133(4), qui prévoit que «[l]a commission tranche toutes les questions relatives au droit à cette indemnité et à son montant», a aussi pour effet d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite. Si on en permettait l'application en matière de faillite, cette disposition aurait pour effet d'habiliter un créancier de l'actif (en l'espèce la Commission) à déterminer unilatéralement l'étendue de sa réclamation contre l'actif. La Commission serait alors habilitée à déterminer la taille de l'actif qui devrait servir au paiement des autres créanciers garantis, privilégiés et ordinaires. Une province ne saurait permettre à un créancier d'un failli de déterminer la taille de l'actif d'un failli qui doit servir au partage. En conséquence, bien qu'il constitue une disposition législative provinciale par ailleurs parfaitement valide, le par. 133(4) est également inapplicable en cas de faillite.

Section 133 is inapplicable, rather than inoperable, in bankruptcy for intruding into an exclusive federal sphere because bankruptcy is an exclusive federal domain within which provincial legislation does not apply, as distinguished from areas of joint or overlapping jurisdiction where federal legislation will prevail, rendering provincial legislation inoperable to the extent of any conflict. As bankruptcy is carved out from the domain of property and civil rights of which it is conceptually a part, valid provincial legislation of general application continues to apply in bankruptcy until Parliament legislates pursuant to its exclusive jurisdiction in relation to bankruptcy and insolvency. At that point, provincial legislation which conflicts with federal law must yield to the extent of the conflict and it becomes inapplicable to that extent. Consistent with the presumption of constitutionality — that the enacting body is presumed to have intended to enact provisions which do not transgress the limits of its constitutional powers — the provincial law should be interpreted so as not to apply to the matter that is outside the jurisdiction of the enacting body.

Where federal and provincial legislation potentially conflict, it must be first determined whether the laws are respectively valid federal or provincial legislation. If so, the actual operation of the laws must be examined to determine whether they are in operational conflict, and if so, the federal legislation prevails and the provincial legislation is without effect to the extent of this conflict. If the operational conflict is in a field of exclusive federal jurisdiction, the provincial legislation will be inapplicable as being *ultra vires* to that extent. If the conflict is in an area of concurrent or overlapping jurisdictions, the provincial legislation will remain *intra vires* but be inoperative. To the extent that there is operational conflict, there is no room for an incidental or ancillary effect of provincial legislation. If, on the other hand, there is no operational conflict, then both laws continue to operate and both continue to have effect to the extent that operational conflict does not arise. Short of operational conflict, provincial law may validly have an effect on bankruptcy. A clear operational conflict existed here in that ss. 133(1) and (3) in their operation together entailed a reordering or subverting of the federal order of priorities under the *Bankruptcy Act*. Such an intrusion

L'article 133 est inapplicable, plutôt qu'inopérant, en matière de faillite parce qu'il empiète sur un chef de compétence fédérale exclusive et du fait que la faillite est un domaine de compétence fédérale exclusive à l'intérieur duquel les lois provinciales ne s'appliquent pas, ce qui est différent des domaines où il y a compétence concurrente ou chevauchement de compétence, auquel cas la loi fédérale l'emporte et rend la loi provinciale inopérante dans la mesure du conflit. Puisque le domaine de la faillite est dégagé de celui de la propriété et des droits civils dont il relève au niveau conceptuel, une loi provinciale valide d'application générale continue de s'appliquer en matière de faillite jusqu'à ce que le législateur fédéral légifère conformément à sa compétence exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité. À ce moment, la loi provinciale cède le pas à la loi fédérale dans la mesure où il y a conflit entre les deux et devient inapplicable dans cette mesure. Conformément à la présomption de constitutionnalité — l'autorité législative étant présumée avoir eu l'intention d'adopter des dispositions à l'intérieur de son champ de compétence constitutionnelle — la loi provinciale doit être interprétée de façon à ne pas s'appliquer à la matière qui ne relève pas de la compétence de l'autorité qui l'a adoptée.

En cas de possibilité de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale, il faut d'abord décider s'il s'agit de lois fédérale et provinciale valides. Dans l'affirmative, il faut examiner leur application concrète pour déterminer s'il existe une incompatibilité d'application entre les deux, auquel cas la loi fédérale l'emporte et la loi provinciale est sans effet dans la mesure du conflit. S'il existe une incompatibilité d'application dans un domaine de compétence fédérale exclusive, la loi provinciale sera inapplicable comme étant inconstitutionnelle dans cette mesure. Si le conflit se situe dans un domaine où il y a une compétence concurrente ou chevauchement de compétence, la loi provinciale demeurera constitutionnelle, mais sera inopérante. Dans la mesure où il y a incompatibilité d'application, une loi provinciale ne peut avoir un effet incident ou accessoire. Par contre, s'il n'y a pas d'incompatibilité d'application, alors les deux lois continuent de s'appliquer et d'avoir effet dans la mesure où aucune incompatibilité d'application ne surgit. À moins d'une incompatibilité d'application, une loi provinciale peut valablement avoir une incidence sur la faillite. Il existe, en l'espèce, une incompatibilité d'application manifeste vu que l'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite* fédérale, ou d'y contrevenir. Un tel empiètement sur un domaine de compétence fédérale exclusive constitue

into an exclusive federal sphere necessarily goes far beyond an incidental and ancillary effect.

Since as outlined s. 133 has no application in the event of bankruptcy, a number of threshold factual questions need not be addressed.

Per Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. (dissenting): Sections 133(1) and (3) of *The Workers' Compensation Act, 1979*, are severable and should be considered separately. Both are valid even where the contractor is or becomes bankrupt.

The doctrine of paramountcy, which arises where there is clear operational conflict between valid federal and provincial legislation, requires that the provincial legislation be declared inoperative to the extent of the conflict. Conflict for purposes of paramountcy analysis is found when compliance with the enactment of one level of government entails defiance with that of the other. Courts in applying the paramountcy doctrine should be restrained and look for co-existence rather than conflict.

A review of the legislative history and purpose of workers' compensation statutes did not give any indication that s. 133 was enacted for the purpose of improving the ranking of the Board in a bankruptcy.

The quartet of cases dealing with the paramountcy of the *Bankruptcy Act* over provincial enactments which directly interfered with the scheme of priorities established by s. 136 of the Act (*Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24) should be given a narrow interpretation. The quartet stands for the position that only those provincial laws which directly improve the priority of a claim upon the actual property of the bankrupt over that accorded by the *Bankruptcy Act* are inoperative. The broader approach, which would find a province to be improperly attempting to alter the priorities of distribution any time provincial law affected the final result of a bankruptcy, would produce unacceptable results because it risks nullifying the broad array of provincial legislation underpinning the *Bankruptcy Act*.

nécessairement bien plus qu'un effet incident et accessoire.

Puisque, tel qu'exposé, l'art. 133 ne s'applique pas en matière de faillite, il n'est pas nécessaire de répondre à un certain nombre de questions de fait préliminaires.

Les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major (dissidents): Les paragraphes 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, sont dissociables et devraient être examinés séparément. Les deux sont valides même dans le cas où l'entrepreneur est ou devient failli.

La règle de la prépondérance, qui s'applique lorsqu'il y a clairement un conflit d'application entre une loi fédérale et une loi provinciale, toutes deux valides, exige que la loi provinciale soit déclarée inopérante dans la mesure du conflit. Pour les fins de l'analyse de la prépondérance, il y a conflit lorsque l'observance d'une loi d'un palier de gouvernement entraîne l'inobservance de celle de l'autre palier de gouvernement. En appliquant la règle de la prépondérance, les tribunaux devraient faire preuve de retenue et chercher la coexistence plutôt que des conflits.

Un examen de l'historique et de l'objet des lois sur l'indemnisation des accidents du travail n'a donné aucune raison de croire que l'art. 133 a été adopté dans le but d'améliorer le rang de la Commission dans une faillite.

Le quatuor d'arrêts portant sur la prépondérance de la *Loi sur la faillite* sur des lois provinciales qui modifiaient directement l'ordre de priorité établi à l'art. 136 de la Loi (*Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35, *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785, *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061, et *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24) devrait recevoir une interprétation restrictive. Le quatuor d'arrêts étaye le point de vue selon lequel ne sont inopérantes que les lois provinciales qui améliorent directement le rang d'une réclamation contre l'actif réel du failli par rapport à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*. L'interprétation large, selon laquelle une province se trouverait à tenter irrégulièrement de modifier l'ordre de priorité en matière de partage chaque fois qu'une loi provinciale touche l'issue d'une faillite, produirait des résultats inacceptables puisqu'elle risque d'annuler le vaste éventail de lois provinciales qui sous-tendent l'application de la *Loi sur la faillite*.

Provincial law plays a critical role in defining both the number and type of participants in the bankruptcy process and the size of the bankrupt's estate. A bankruptcy priority is a category and its precise content can and does vary to some extent from one province to the next. Because the federal legislation already contemplates that provincial law will impact upon the bankruptcy process, the respondents must do more than simply show that s. 133 has an effect on a particular bankruptcy. They must demonstrate that s. 133 actually reorders the federally established priority scheme with regard to the property of the bankrupt by directly creating interests in that property.

Section 133(1) has nothing to do with the property of the bankrupt. It creates a strict *in personam* obligation from the principal owing to the Board. The property of the principal is in no way subject to the *Bankruptcy Act*. The bankrupt is not even involved. The provision simply creates a third-party guarantee by the principal that the contractor will pay its debts to the board. Section 133(1) only alters the Board's recovery by permitting it to recover from a non-bankrupt third-party. No direct conflict within the meaning of the quartet or of paramountcy doctrine more generally exists between s. 133(1) and the *Bankruptcy Act*. Nothing in the *Bankruptcy Act* precludes any creditor, even if specifically mentioned in s. 136, from pursuing its remedies against a third-party as well as or instead of proving a claim in bankruptcy. Section 133(1) does not involve property that is related to or part of the estate of the bankrupt and it is consequently not in operational conflict with the bankruptcy scheme. Section 136 encompasses a claim against the property of the bankrupt. The Board claim under s. 133(1) targets a solvent principal. The two provisions are co-extensive and complementary, not mutually exclusive.

Section 133(3) engages a more direct interference with the bankruptcy scheme than subs. (1) because, since it is the actual property of the bankrupt that is involved in the restitutionary claim launched by the principal, it constitutes the only linkage between the property of the principal and the estate of the bankrupt contractor.

Section 133(3) is merely declaratory of two different remedies existing at equity, set-off and indemnification. Set-off is the more intrusive of the two since it permits the principal to stand first in the priority scheme by taking away the property of the bankrupt before it enters the estate. A claim for indemnification would have only

Les lois provinciales jouent un rôle crucial dans la détermination tant du nombre que du type de participants au processus de faillite et de la taille de l'actif du failli. Une priorité de rang en matière de faillite est une catégorie et son contenu précis peut varier jusqu'à un certain point d'une province à l'autre, et c'est effectivement le cas. Parce que la loi fédérale prévoit déjà que les lois provinciales auront une incidence sur le processus de faillite, les intimés doivent faire plus que simplement établir que l'art. 133 a une incidence sur une faillite particulière. Ils doivent démontrer que l'art. 133 modifie en fait l'ordre de priorité fédéral applicable aux biens du failli, en créant directement des droits sur ces biens.

Le paragraphe 133(1) n'a rien à voir avec les biens du failli. Il assujettit le commettant à une obligation personnelle stricte envers la Commission. Les biens du commettant ne sont aucunement assujettis à la *Loi sur la faillite*. Le failli n'est même pas en cause. Cette disposition crée simplement une garantie, de la part d'un tiers, le commettant, que l'entrepreneur paiera ses dettes à la Commission. Le paragraphe 133(1) ne modifie le recouvrement par la Commission qu'en lui permettant de s'adresser à un tiers non failli. Il n'existe pas de conflit direct, au sens du quatuor d'arrêts ou plus généralement de la règle de la prépondérance, entre le par. 133(1) et la *Loi sur la faillite*. Rien dans la *Loi sur la faillite* n'empêche un créancier, même expressément mentionné à l'art. 136, de s'adresser à un tiers pour obtenir réparation ou de faire la preuve d'une réclamation en matière de faillite, ou encore les deux à la fois. Le paragraphe 133(1) ne touche pas les biens qui ont un rapport avec l'actif du failli ou qui en font partie, et il ne présente donc aucune incompatibilité d'application avec le régime de faillite. L'article 136 vise une réclamation contre les biens du failli. La réclamation de la Commission, fondée sur le par. 133(1), vise un commettant solvable. Les deux dispositions coïncident et se complètent, et ne s'excluent pas mutuellement.

Le paragraphe 133(3) enclenche une ingérence plus directe dans le régime de faillite que le par. (1) du fait que, puisque c'est l'actif réel du failli qui est en cause dans la demande de restitution présentée par le commettant, il constitue le seul lien entre les biens du commettant et le patrimoine de l'entrepreneur failli.

Le paragraphe 133(3) ne fait que déclarer deux réparations différentes qui existent en *equity*: la compensation et l'indemnisation. La compensation est la plus envahissante des deux puisqu'elle permet au commettant d'occuper le premier rang dans l'ordre de priorité, en enlevant au failli des biens avant qu'ils ne fassent

an ancillary effect on the bankrupt's estate since it only permits the principal to join the ranks of the unsecured creditors. Neither remedy is invalid as s. 97(3) of the *Bankruptcy Act*, which provides that the law of set-off is to persist in bankruptcy, reconciles the priority scheme of the Act with the common law of set-off (and implicitly, of indemnification), and the claims embodied in s. 133(3) are merely reflective of those common law causes of action. Absent s. 133(3), such a claim would exist according to the law of restitution or the law of contract. In terms of restitution, it is settled that a person may claim for recoupment or reimbursement of monies expended by that person under compulsion of law if the effect of such a payment is to discharge the liability of another.

Set-off, independent of s. 133(3), also arises from the contractual relationship. The contracts oblige the contractor to "comply with all laws" and indemnify the principal from any expense arising from the "negligent performance, purported performance or non-performance of the contract" by the contractors.

The fact that the property of the bankrupt has been assigned to the Bank and, thus, that the debt is no longer technically owed to Metal Fab but to the Bank of Montreal, does not militate against a finding that the law of set-off applies. Equitable set-off (unlike legal set-off) can operate within the context of an assignment. The only pre-requisite to set-off against the assignee is that the claim against the assignee is to arise out of the same contract or series of events which gave rise to the original claim or be closely connected with that contract or series of events.

Although s. 133 renders the principal and the contractor jointly and severally liable to the Board, as between the principal and contractor, the primary liability lies with the contractor and, consequently, the solicitation of contribution for payments made on behalf of that contractor by the principal is consonant with commercial fairness.

Section 133(1) is still fully applicable in cases where there is either no indebtedness between the principal and the contractor or insufficient indebtedness to cover the full liability involved. To this end, not only does s. 133(1) operate in isolation of the bankruptcy, it also operates independently from s. 133(3). Subsection (1) is

partie de son actif. Une demande d'indemnisation n'aurait qu'une incidence accessoire sur l'actif du failli puisqu'elle ne permet au commettant que de joindre les rangs des créanciers non garantis. Ni l'une ni l'autre de ces réparations n'est invalide étant donné que le par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*, qui prévoit que les règles de la compensation continuent de s'appliquer en matière de faillite, concilie l'ordre de priorité établi par la Loi et les règles de compensation (et, implicitement d'indemnisation) reconnues en common law, et que les réclamations visées au par. 133(3) reflètent simplement ces causes d'action reconnues en common law. En l'absence du par. 133(3), une telle réclamation existerait en vertu du droit en matière de restitution ou du droit des contrats. En ce qui concerne la restitution, il est bien établi qu'une personne peut réclamer le recouvrement ou le remboursement de sommes dépensées sous contrainte légale si l'effet de ce paiement est de décharger une autre personne de toute responsabilité.

La compensation, indépendamment du par. 133(3), découle aussi du lien contractuel. Les contrats obligent l'entrepreneur à «se conformer à toutes les lois» et à indemniser le commettant de toute dépense résultant «de l'exécution négligente, de la prétendue exécution ou de l'inexécution du contrat» par les entrepreneurs.

Le fait que les biens du failli aient été cédés à la Banque et, par conséquent, que la dette ne soit plus techniquement envers Metal Fab, mais envers la Banque de Montréal, ne justifie pas de ne pas conclure à l'application des règles de la compensation. La compensation en *equity* (contrairement à la compensation en common law) peut s'appliquer dans le contexte d'une cession. La seule condition préalable pour qu'il y ait compensation opposable au cessionnaire est que la réclamation contre celui-ci découle du même contrat ou de la même série d'événements à l'origine de la réclamation initiale, ou qu'elle leur soit étroitement reliée.

Bien que l'art. 133 rende le commettant et l'entrepreneur solidairement responsables envers la Commission, en ce qui les concerne, c'est l'entrepreneur qui est principalement responsable et, par conséquent, la demande de cotisation pour les paiements que le commettant a effectués pour le compte de cet entrepreneur est compatible avec l'équité commerciale.

Le paragraphe 133(1) est pleinement applicable dans le cas où soit qu'il n'y aura pas de dette entre le commettant et l'entrepreneur, soit que la dette sera insuffisante pour couvrir le plein montant de la responsabilité en cause. À cette fin, non seulement le par. 133(1) s'applique-t-il indépendamment de la faillite, mais encore il

the key feature of s. 133 as a whole. It aims at preserving the integrity of the Injury Fund. Section 133(3) is clearly secondary in this regard and s. 133(1) accordingly was not intended to operate solely in conjunction with s. 133(3). While s. 133(3) and the equitable rights it codifies might not be able to operate independently from s. 133(1), s. 133(1) can operate independently from s. 133(3).

Cases Cited

By Gonthier J.

Considered: *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; **disapproved:** *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742; **referred to:** *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, aff'g [1926] S.C.R. 218; *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia v. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626; *County of Parkland No. 31 v. Stetar*, [1975] 2 S.C.R. 884; *Re Melton*; *Milk v. Towers*, [1918] 1 Ch. 37; *Re Coughlin & Co.* (1923), 4 C.B.R. 294; *Lister v. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174; *Fredericton Co-operative Ltd. v. Smith* (1921), 2 C.B.R. 154; *Atlantic Acceptance Corp. v. Burns & Dutton Construction (1962) Ltd.* (1970), 14 D.L.R. (3d) 175; *Stein v. Blake*, [1995] 2 All E.R. 961; *Re Invitation Prêt-à-Porter Inc.*; *Miller v. Polbro Realty Co.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 54; *Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Crown Grain Co. v. Day*, [1908] A.C. 504; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121.

By Iacobucci J. (dissenting)

Deputy Minister of Revenue v. Rainville, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)*

s'applique indépendamment du par. 133(3). Le paragraphe (1) est l'élément clé de l'art. 133. Il vise à préserver l'intégrité de la caisse des accidents. Le paragraphe 133(3) joue nettement un rôle secondaire à cet égard, et le par. 133(1) n'était donc pas destiné qu'à s'appliquer conjointement avec le par. 133(3). Bien qu'il se puisse que le par. 133(3) et les droits d'*equity* qu'il codifie ne soient pas applicables indépendamment du par. 133(1), le par. 133(1) peut, quant à lui, s'appliquer indépendamment du par. 133(3).

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêts examinés: *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; **arrêt critiqué:** *Ontario (Workers' Compensation Board) c. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742; **arrêts mentionnés:** *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187, conf. [1926] R.C.S. 218; *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia c. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Madden c. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626; *Comté de Parkland n° 31 c. Stetar*, [1975] 2 R.C.S. 884; *Re Melton*; *Milk c. Towers*, [1918] 1 Ch. 37; *Re Coughlin & Co.* (1923), 4 C.B.R. 294; *Lister c. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174; *Fredericton Co-operative Ltd. c. Smith* (1921), 2 C.B.R. 154; *Atlantic Acceptance Corp. c. Burns & Dutton Construction (1962) Ltd.* (1970), 14 D.L.R. (3d) 175; *Stein c. Blake*, [1995] 2 All E.R. 961; *Re Invitation Prêt-à-Porter Inc.*; *Miller c. Polbro Realty Co.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 54; *Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Crown Grain Co. c. Day*, [1908] A.C. 504; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.

Citée par le juge Iacobucci (dissent)

Sous-ministre du Revenu c. Rainville, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Ontario (Workers' Compensation Board) c. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100

(1993), 100 D.L.R. (4th) 742, rev'g *Re Evelyn Stevens Interiors Ltd.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 712; *Serdula Construction Management Inc. v. Workers' Compensation Board*, Q.B. (Regina), Q.B.M. 126/91 (April 12, 1991); *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, aff'g [1926] S.C.R. 218; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Medwid v. Ontario* (1988), 48 D.L.R. (4th) 272; *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 501, aff'd [1989] 1 S.C.R. 992; *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176; *TransGas Ltd. v. Mid-Plains Contractors Ltd.*, [1994] 3 S.C.R. 753; *Ecarnot (Trustee of) v. Western Credit Union Ltd.* (1991), 7 C.B.R. (3d) 207; *John M. M. Troup Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1962] S.C.R. 487; *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, [1991] 5 W.W.R. 577; *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753; *Re French River Contracting Co.*, [1937] O.W.N. 665; *MacDonald v. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *Holt v. Telford*, [1987] 2 S.C.R. 193; *Lister v. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174; *Moule v. Garrett* (1872), L.R. 7 Ex. 101; *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. v. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534; *Government of Newfoundland v. Newfoundland Railway Co.* (1888), 13 App. Cas. 199; *Hanak v. Green*, [1958] 2 All E.R. 141; *Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd.*, [1985] 6 W.W.R. 14; *Federal Commerce and Navigation Ltd. v. Molena Alpha Inc.*, [1978] 3 All E.R. 1066, aff'd [1979] A.C. 757; *New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101; *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *Board of Industrial Relations v. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 699.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 2, 17(1), 67, 72(1), 95, 97(3), 136, 141, 148, 158(a), 198(a).
Constitution Act, 1867, ss. 91(21), 92(13).
Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1, ss. 133(1), (3), (4).
Workers' Compensation Amendment Act, 1993, S.S. 1993, c. 63, s. 40.

D.L.R. (4th) 742, inf. *Re Evelyn Stevens Interiors Ltd.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 712; *Serdula Construction Management Inc. c. Workers' Compensation Board*, B.R. Sask. (Regina), Q.B.M. 126/91 (12 avril 1991); *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187, conf. [1926] R.C.S. 218; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Medwid c. Ontario* (1988), 48 D.L.R. (4th) 272; *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 501, conf. par [1989] 1 R.C.S. 992; *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176; *TransGas Ltd. c. Mid-Plains Contractors Ltd.*, [1994] 3 R.C.S. 753; *Ecarnot (Trustee of) c. Western Credit Union Ltd.* (1991), 7 C.B.R. (3d) 207; *John M. M. Troup Ltd. c. Royal Bank of Canada*, [1962] R.C.S. 487; *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, [1991] 5 W.W.R. 577; *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753; *Re French River Contracting Co.*, [1937] O.W.N. 665; *MacDonald c. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Holt c. Telford*, [1987] 2 R.C.S. 193; *Lister c. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174; *Moule c. Garrett* (1872), L.R. 7 Ex. 101; *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. c. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534; *Government of Newfoundland c. Newfoundland Railway Co.* (1888), 13 App. Cas. 199; *Hanak c. Green*, [1958] 2 All E.R. 141; *Coba Industries Ltd. c. Millie's Holdings (Canada) Ltd.*, [1985] 6 W.W.R. 14; *Federal Commerce and Navigation Ltd. c. Molena Alpha Inc.*, [1978] 3 All E.R. 1066, conf. par [1979] A.C. 757; *New Brunswick c. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 R.N.-B. (2^e) 201; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101; *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *Commission des relations de travail c. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 699.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(21), 92(13).
Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 2, 17(1), 67, 72(1), 95, 97(3), 136, 141, 148, 158(a), 198(a).
Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1, art. 133(1), (3), (4).
Workers' Compensation Amendment Act, 1993, S.S. 1993, ch. 63, art. 40.

Authors Cited

- Abel, Albert S. "The Neglected Logic of 91 and 92" (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.
- Crépeau, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*. Montréal: Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989.
- Dadson, Aleck. "Comment" (1986), 64 *Can. Bar Rev.* 755.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Duncan, Lewis and John D. Honsberger. *Bankruptcy in Canada*, 3rd ed. Toronto: Canadian Legal Authors Ltd., 1961.
- Edinger, Elizabeth. "Comment" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 203.
- Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Houlden, L. W. and C. H. Morawetz. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1993.
- Judge, John A. M. and Margaret E. Grottenthaler. "Legal and Equitable Set-Offs" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 91.
- Lacy, Philip T. "Setoff and the Principle of Creditor Equality" (1992), 43 *S. Cal. L. Rev.* 951.
- Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 1, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswell, 1986.
- McCoid, John C. "Setoff: Why Bankruptcy Priority?" (1989), 75 *Va. L. Rev.* 15.
- Palmer, Kelly Ross. *The Law of Set-Off in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.
- Roman, Andrew J. and M. Jasmine Sweatman. "The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 77.
- Williams, Glanville L. *Joint Torts and Contributory Negligence*. London: Stevens & Sons, 1951.
- Wood, Philip R. *English and International Set-Off*. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Ziegel, Jacob S. "Personal Property Security and Bankruptcy: There is no War! — A Reply to Roman and Sweatman" (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 44.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1993), 116 Sask. R. 46, 108 D.L.R. (4th) 681, 11 C.L.R. (2d) 1, 22 C.B.R. (3d) 153, [1994] 1 W.W.R. 629, dismissing an appeal from a judgment of Wedge J. (1992), 104 Sask. R.

Doctrine citée

- Abel, Albert S. «The Neglected Logic of 91 and 92» (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.
- Crépeau, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*. Montréal: Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989.
- Dadson, Aleck. «Commentaire» (1986), 64 *R. du B. can.* 755.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Duncan, Lewis and John D. Honsberger. *Bankruptcy in Canada*, 3rd ed. Toronto: Canadian Legal Authors Ltd., 1961.
- Edinger, Elizabeth. «Commentaire» (1985), 63 *R. du B. can.* 203.
- Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Houlden, L. W. and C. H. Morawetz. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1993.
- Judge, John A. M. and Margaret E. Grottenthaler. «Legal and Equitable Set-Offs» (1991), 70 *R. du B. can.* 91.
- Lacy, Philip T. «Setoff and the Principle of Creditor Equality» (1992), 43 *S. Cal. L. Rev.* 951.
- Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 1, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswell, 1986.
- McCoid, John C. «Setoff: Why Bankruptcy Priority?» (1989), 75 *Va. L. Rev.* 15.
- Palmer, Kelly Ross. *The Law of Set-Off in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.
- Roman, Andrew J. and M. Jasmine Sweatman. «The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over» (1992), 71 *R. du B. can.* 77.
- Williams, Glanville L. *Joint Torts and Contributory Negligence*. London: Stevens & Sons, 1951.
- Wood, Philip R. *English and International Set-Off*. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Ziegel, Jacob S. «Personal Property Security and Bankruptcy: There is no War! — A Reply to Roman and Sweatman» (1993), 72 *R. du B. can.* 44.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1993), 116 Sask. R. 46, 108 D.L.R. (4th) 681, 11 C.L.R. (2d) 1, 22 C.B.R. (3d) 153, [1994] 1 W.W.R. 629, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Wedge (1992), 104

225, 96 D.L.R. (4th) 495, 3 C.L.R. (2d) 194, 16 C.B.R. (3d) 290. Appeal dismissed, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. dissenting. Section 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act, 1979*, operates in tandem with s. 133(3). Section 133 was inapplicable when the contractor entered bankruptcy.

Robert G. Richards and Evan L. Bennett, for the appellant.

James S. Ehmann and Paul J. Harasen, for the respondent Husky Oil Operations Ltd.

Edward R. Sojonky, Q.C., and *Gordon Berscheid*, for the respondent Her Majesty The Queen in right of Canada.

Thomson Irvine, for the respondent the Attorney General for Saskatchewan.

Brian J. Scherman, for the respondent Bank of Montreal.

Hart Schwartz, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Cedric L. Haines, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

R. Richard M. Butler, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submission only by *Nolan D. Steed* for the intervener the Attorney General for Alberta.

Written submission only by *Elizabeth Kosmidis* for the intervener the Workers' Compensation Board of Ontario.

Written submission only by *Gerald W. Massing* for the intervener the Workers' Compensation Board of British Columbia.

Written submission only by *Douglas R. Mah* for the intervener the Workers' Compensation Board of Alberta.

Sask. R. 225, 96 D.L.R. (4th) 495, 3 C.L.R. (2d) 194, 16 C.B.R. (3d) 290. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major sont dissidents. L'article 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, s'appliquent ensemble. L'article 133 était inapplicable lorsque l'entrepreneur a fait faillite.

Robert G. Richards et Evan L. Bennett, pour l'appelante.

James S. Ehmann et Paul J. Harasen, pour l'intimée Husky Oil Operations Ltd.

Edward R. Sojonky, c.r., et *Gordon Berscheid*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

Thomson Irvine, pour l'intimé le procureur général de la Saskatchewan.

Brian J. Scherman, pour l'intimée la Banque de Montréal.

Hart Schwartz, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Cedric L. Haines, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

R. Richard M. Butler, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Nolan D. Steed*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Elizabeth Kosmidis*, pour l'intervenante la Commission des accidents du travail de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Gerald W. Massing*, pour l'intervenante la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Douglas R. Mah*, pour l'intervenante la Workers' Compensation Board de l'Alberta.

Written submission only by *Bruce L. Willis, Q.C.*, for the intervener the Workers' Compensation Health and Safety Board of Yukon.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

GONTHIER J. — I have had the benefit of the reasons of my colleague Justice Iacobucci. I respectfully disagree with his conclusion that s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1, is applicable in bankruptcy, and that provincial legislation can, through the operation of set-off in this manner, effectively reorder the priorities otherwise provided in the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3.

In my opinion, the combined effect of the deemed debt in s. 133(1) and set-off against property of the bankrupt in s. 133(3) is to secure the Workers' Compensation Board's (the Board) claim against the estate of the bankrupt. When ss. 133(1) and (3) operate in tandem as intended by the Legislature, the effect is that the Board's claim is satisfied with property of the bankrupt in the form of the monies withheld by the principal. The principal becomes nothing more than a conduit for transferring to the Board monies which form property of the bankrupt's estate. The end result is that the bankrupt's estate is diminished to the extent of the contractor's liability to the Board, and the Board is correspondingly enriched by an identical amount, thereby recovering its claim in full. On the other hand, the principal's estate or patrimony remains entirely unaffected. The Board's claim is thus secured against the bankrupt's estate, mediated through the legally compelled agency of the principal. In this way, the Board recovers against the estate ahead of the priority mandated by Parliament in s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*, creating an operational conflict.

Recourse to s. 97(3) of the *Bankruptcy Act*, which incorporates by reference the provincial law of set-off, does not provide much assistance to the Board in this case. It is true that set-off itself may

Argumentation écrite seulement par *Bruce L. Willis, c.r.*, pour l'intervenante la Commission de la santé et de la sécurité au travail du Yukon.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE GONTHIER — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Iacobucci. En toute déférence, je ne souscris pas à sa conclusion que l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, est applicable en matière de faillite, et que la loi provinciale peut, par une telle application de la compensation, effectivement modifier l'ordre de priorité par ailleurs prévu dans la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3.

À mon avis, la dette réputée, visée au par. 133(1), et la compensation sur les biens du failli, prévue au par. 133(3), ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Workers' Compensation Board (la Commission) contre l'actif du failli. Lorsque les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble comme l'a voulu le législateur, la réclamation de la Commission est alors réglée sur les biens du failli, grâce aux sommes retenues par le commettant. Ce dernier ne devient rien de plus qu'un intermédiaire qui transfère à la Commission des sommes qui font partie des biens de l'actif du failli. L'actif du failli se trouve alors diminué de la somme que l'entrepreneur doit à la Commission, et la Commission se trouve enrichie d'un montant identique et recouvre ainsi en totalité le montant qu'elle réclame. Par contre, l'actif ou le patrimoine du commettant demeure intact. La réclamation de la Commission est donc garantie sur l'actif du failli, par l'intermédiaire du commettant comme l'exige la Loi. Cette réclamation se trouve donc colloquée plus favorablement qu'elle ne le serait suivant l'ordre de priorité prescrit par le législateur à l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*, d'où une incompatibilité d'application.

Un recours au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*, qui incorpore par renvoi les règles provinciales de la compensation, n'est pas vraiment utile à la Commission en l'espèce. Il est vrai que la compen-

give rise to a reordering of priorities in bankruptcy in the limited sense that the party claiming set-off will secure his or her claim against the estate rather than recover under the priority otherwise provided by the *Bankruptcy Act*. This much is acknowledged by Parliament in enacting s. 97(3). However, the real question is the extent to which Parliament has deferred to the relevant provincial law. Here, Parliament has deferred to the extent of allowing the party claiming set-off to recover exceptionally ahead of his priority. But Parliament has not deferred to the extent of allowing third parties the same benefit as a result of the operation of provincial legislation. Set-off, in other words, is simply a defence to the payment of a debt, not a basis for validating statutory security devices which have the effect of securing the claims of third parties against the estate ahead of the priority stipulated by Parliament. The question is thus not whether the province has created a proprietary interest, but rather, it is whether that interest can have the effect of defeating the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act*. Here, s. 133 not only gives a priority to the principal claiming set-off, which is permissible under s. 97(3), it also has the effect of securing the Board's claim against the estate, which most assuredly is impermissible. As a result, if s. 133 were applicable in bankruptcy, it would enter into conflict with the order of priorities required by the *Bankruptcy Act*. Consistent with the presumption of constitutionality, it is my opinion that s. 133 should be read down to the extent of the conflict; that is, s. 133 is inapplicable in bankruptcy. I would therefore dismiss the appeal with costs throughout.

I. Background Facts, Relevant Legislation and the Courts Below

Since my colleague Iacobucci J. has helpfully summarized the relevant factual and legislative

sation peut donner lieu à un changement d'ordre de priorité en matière de faillite, en ce sens restreint que la partie qui invoque la compensation garantit sa réclamation contre l'actif au lieu de la recouvrer suivant l'ordre de priorité par ailleurs prévu par la *Loi sur la faillite*. C'est précisément ce qu'a reconnu le législateur fédéral lorsqu'il a adopté le par. 97(3). Cependant, la véritable question est de savoir jusqu'à quel point le législateur fédéral s'en est remis à la loi provinciale pertinente. En l'espèce, il est allé jusqu'à permettre à la partie qui invoque la compensation d'être colloquée plus favorablement qu'elle ne le serait normalement. Cependant, le législateur fédéral n'a pas voulu aller jusqu'à accorder à une tierce partie le même avantage par application d'une loi provinciale. En d'autres termes, la compensation n'est qu'un moyen de défense opposable au paiement d'une créance; elle n'est pas un moyen de valider des instruments de garantie créés par la loi, qui font en sorte que les réclamations ainsi garanties de tierces parties contre l'actif se trouvent alors colloquées plus favorablement qu'elles ne le seraient suivant l'ordre de priorité établi par le législateur fédéral. C'est pourquoi il s'agit de savoir non pas si la province a créé un droit de propriété, mais plutôt si ce droit peut avoir pour effet de contrecarrer le plan de répartition établi dans la *Loi sur la faillite*. En l'espèce, non seulement l'art. 133 accorde-t-il la priorité au commettant qui invoque la compensation, ce que permet le par. 97(3), mais encore il a pour effet de garantir la réclamation de la Commission contre l'actif, ce qui est très certainement inacceptable. En conséquence, si l'art. 133 était applicable en matière de faillite, il entrerait en conflit avec l'ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite*. Conformément à la présomption de constitutionnalité, je suis d'avis que l'art. 133 devrait recevoir une interprétation atténuée dans la mesure du conflit, c'est-à-dire que l'art. 133 est inapplicable en matière de faillite. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

I. Les faits, les textes législatifs pertinents et les juridictions inférieures

Puisque mon collègue le juge Iacobucci a résumé utilement les contextes factuels et législa-

background together with the judgments of the courts below, I need not repeat that discussion. However, for reasons that will become apparent, it is important to reproduce the impugned provision, s. 133 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, in its entirety:

133. — (1) Where a person, whether carrying on an industry included under this Act or not, in this section referred to as the principal, contracts with any other person, in this section referred to as the contractor, for the execution by or under the contractor of the whole or any part of any work for the principal, it is the duty of the principal to ensure that any sum that the contractor or any subcontractor is liable to contribute to the fund is paid and, where the principal fails to do so and the sum is not paid, he is personally liable to pay that sum to the board.

(2) The board shall have the same powers and be entitled to the same remedies for enforcing payment under subsection (1) that it possesses in respect of an assessment under this Act.

(3) Where the principal is liable to make payment to the board under subsection (1), he is entitled to be indemnified by any person who should have made the payment and is entitled to withhold, out of any indebtedness due to that person, a sufficient amount in respect of that indemnity.

(4) All questions as to the right to and the amount of such indemnity shall be determined by the board.

II. Issues on Appeal

The constitutional questions raised by this appeal were stated by the Chief Justice on September 14, 1994 as follows:

1. Where a contractor as referred to in s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1, is in bankruptcy and but for the bankruptcy, the principal as referred to in s. 133 would be liable to pay the assessment due by the contractor under the Act, is s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, and in particular ss. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) and 198(a) thereof?

tifs pertinents ainsi que les jugements des tribunaux d'instance inférieure, je n'ai pas à les reprendre. Cependant, pour des motifs que l'on comprendra, il est important de reproduire intégralement la disposition contestée, l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan:

[TRADUCTION] 133. — (1) Si une personne, appelée le commettant dans le présent article, qu'elle exploite ou non une industrie visée par la présente loi, conclut un contrat avec une autre personne, appelée l'entrepreneur dans le présent article, pour l'exécution, par l'entrepreneur ou sous sa direction, de la totalité ou d'une partie d'un travail pour le compte du commettant, il incombe à ce dernier de veiller à ce que toute somme que l'entrepreneur ou un sous-traitant est tenu de verser à la caisse soit versée. Le commettant qui néglige de le faire est, à défaut de paiement, personnellement tenu de payer cette somme à la commission.

(2) La commission possède les mêmes pouvoirs et a droit aux mêmes recours pour l'exécution du paiement visé au paragraphe (1) que ceux dont elle dispose relativement à une cotisation en vertu de la Loi.

(3) Le commettant qui est tenu de faire un paiement à la commission en vertu du paragraphe (1) a le droit d'être indemnisé par toute personne qui aurait dû faire ce paiement et il a le droit de retenir, sur toute somme due à cette personne, un montant suffisant correspondant à cette indemnité.

(4) La commission tranche toutes les questions relatives au droit à cette indemnité et à son montant.

II. Les questions en litige

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 14 septembre 1994:

1. Lorsque l'entrepreneur mentionné à l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, est en faillite et que, n'eût été cette faillite, le commettant mentionné à ce même article serait tenu de payer la cotisation due par l'entrepreneur en vertu de la Loi, l'art. 133 de ladite loi est-il inopérant ou inapplicable en totalité ou en partie pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, et, en particulier, avec les art. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) et 198(a) de cette loi?

2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?

2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?

6 I agree with my colleague Iacobucci J. that the parties before this Court focused their arguments on the alleged conflict between s. 133 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, and s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. Certainly, that is the gravamen of this appeal. However, I respectfully disagree with Iacobucci J.'s restatement of the issues in the constitutional questions posed by the Chief Justice. Iacobucci J.'s reasons adopt the appellant's reformulation of the issues and examine the constitutional validity of ss. 133(1) and (3) separately. As will become apparent, in my view this manner of proceeding obscures the response to the constitutional questions. The question is not whether these provisions are independently valid, but rather, it is whether when combined they have the effect of reordering priorities in bankruptcy. When s. 133(1) is read together with s. 133(3), it is clear that the combined effect of the statutory deemed debt and the right to set-off against property of the bankrupt is to secure the Board's claim against the bankrupt's estate. In so doing, s. 133 read as a whole conflicts with Parliament's intention to accord the Board's claim the priority established in s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*.

Je conviens avec mon collègue le juge Iacobucci que les arguments des parties qui ont comparu devant nous ont surtout porté sur le conflit qui existerait entre l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan et l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*. Certes, il s'agit là de l'essence du présent pourvoi. En toute déférence, cependant, je ne suis pas d'accord avec sa reformulation des questions constitutionnelles posées par le Juge en chef. Dans ses motifs, le juge Iacobucci adopte la reformulation des questions faite par l'appelante et examine séparément la constitutionnalité des par. 133(1) et (3). Comme on le verra, cette façon de procéder dissimule, à mon avis, l'enjeu véritable des questions constitutionnelles. Il s'agit de déterminer non pas si ces dispositions sont valides indépendamment l'une de l'autre, mais plutôt si elles ont pour effet conjugué de modifier l'ordre de priorité en matière de faillite. Lorsque le par. 133(1) est lu conjointement avec le par. 133(3), il est évident que la créance légale réputée et le droit à la compensation sur les biens du failli ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre l'actif du failli. De ce fait, l'art. 133, pris dans son ensemble, est incompatible avec l'intention du législateur fédéral d'accorder à la réclamation de la Commission la priorité établie à l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*.

III. Analysis

A. *The Purposes of Federal Bankruptcy Legislation*

7 At the outset, it is useful to remember that our bankruptcy system serves two distinct goals. The first is to ensure the equitable distribution of a bankrupt debtor's assets among the estate's creditors *inter se*. As one commentator has noted (Aleck Dadson, "Comment" (1986), 64 *Can. Bar Rev.* 755, at p. 755):

Bankruptcy serves this goal by replacing a regime of individual action with a regime of collective action. While the pre-bankruptcy regime of individual action

III. Analyse

A. *Les objets de la loi fédérale sur la faillite*

Il est tout d'abord utile de se rappeler que notre régime de faillite a deux objectifs distincts. Le premier est d'assurer un partage équitable des biens du débiteur failli entre les créanciers de l'actif. Comme l'a fait remarquer un commentateur (Aleck Dadson, «Commentaire» (1986), 64 *R. du B. can.* 755, à la p. 755):

[TRADUCTION] Une faillite permet d'atteindre ce but en remplaçant un régime d'action individuelle par un régime d'action collective. Alors que le régime d'action

allows creditors to pursue their separate and competing claims to the debtor's assets, bankruptcy's regime of collective action sorts out those diverse claims and deals with the debtor's assets in a way which brings benefits to creditors as a group (reduced costs, increased recovery)

The collectivization of insolvency proceedings can only be achieved by denying to creditors the use of pre-bankruptcy remedies.

See also Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 1, at p. 25-3. The second goal of the bankruptcy system is the financial rehabilitation of insolvent individuals (Dadson, *supra*, at p. 755). This goal is furthered through the opportunity for an insolvent individual's discharge from outstanding debts.

It has long been accepted that the first goal of ensuring an equitable distribution of a debtor's assets is to be pursued in accordance with the federal system of bankruptcy priorities. In the seminal case of *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, affirming [1926] S.C.R. 218, Viscount Cave L.C. confirmed that the exclusive federal power over bankruptcy and insolvency in s. 91(21) of the *Constitution Act, 1867* enables Parliament to provide for the ranking of creditors in bankruptcy. He observed at p. 197:

In *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1894] A.C. 189, 200, Lord Herschell observed that a system of bankruptcy legislation might frequently require various ancillary provisions for the purpose of preventing the scheme of the Act from being defeated, and added: "It may be necessary for this purpose to deal with the effect of executions and other matters which would otherwise be within the legislative competence of the Provincial Legislature. Their Lordships do not doubt that it would be open to the Dominion Parliament to deal with such matters as part of a bankruptcy law, and the Provincial Legislature would doubtless be then precluded from interfering with this legislation inasmuch as such interference would affect the bankruptcy law of the Dominion Parliament." Taking these observations as affording assistance in the construction of s. 91, head 21, of the Act of 1867, their Lordships are of the opinion that the exclusive authority thereby given to the

individuelle antérieur à la faillite permet aux créanciers de demander paiement de leurs réclamations distinctes et concurrentes sur les biens du débiteur; le régime d'action collective instauré par la faillite classe ces diverses réclamations et traite l'actif du débiteur d'une façon qui confère des avantages aux créanciers en tant que groupe (réduction des coûts, recouvrement plus important) . . .

Ce n'est qu'en privant les créanciers du recours aux redressements antérieurs à la faillite qu'on arrive à collectiviser les procédures en matière d'insolvabilité.

Voir aussi Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), vol. 1, à la p. 25-3. Le deuxième objectif du régime de faillite est la réhabilitation financière de la personne insolvable (Dadson, *loc. cit.*, à la p. 755). On en favorise la réalisation en permettant à la personne insolvable de se libérer de ses dettes.

On reconnaît depuis longtemps qu'il faut chercher à atteindre le premier objectif, celui d'assurer un partage équitable de l'actif du débiteur, en respectant l'ordre de priorité établi par le régime fédéral en matière de faillite. Dans l'arrêt de principe *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187, confirmant [1926] R.C.S. 218, le vicomte Cave, lord chancelier, confirme que la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité, conférée au par. 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, permet au législateur fédéral d'établir l'ordre des créanciers dans une faillite. Il fait remarquer, à la p. 197:

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

2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?

2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?

6 I agree with my colleague Iacobucci J. that the parties before this Court focused their arguments on the alleged conflict between s. 133 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, and s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. Certainly, that is the gravamen of this appeal. However, I respectfully disagree with Iacobucci J.'s restatement of the issues in the constitutional questions posed by the Chief Justice. Iacobucci J.'s reasons adopt the appellant's reformulation of the issues and examine the constitutional validity of ss. 133(1) and (3) separately. As will become apparent, in my view this manner of proceeding obscures the response to the constitutional questions. The question is not whether these provisions are independently valid, but rather, it is whether when combined they have the effect of reordering priorities in bankruptcy. When s. 133(1) is read together with s. 133(3), it is clear that the combined effect of the statutory deemed debt and the right to set-off against property of the bankrupt is to secure the Board's claim against the bankrupt's estate. In so doing, s. 133 read as a whole conflicts with Parliament's intention to accord the Board's claim the priority established in s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*.

Je conviens avec mon collègue le juge Iacobucci que les arguments des parties qui ont comparu devant nous ont surtout porté sur le conflit qui existerait entre l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan et l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*. Certes, il s'agit là de l'essence du présent pourvoi. En toute déférence, cependant, je ne suis pas d'accord avec sa reformulation des questions constitutionnelles posées par le Juge en chef. Dans ses motifs, le juge Iacobucci adopte la reformulation des questions faite par l'appelante et examine séparément la constitutionnalité des par. 133(1) et (3). Comme on le verra, cette façon de procéder dissimule, à mon avis, l'enjeu véritable des questions constitutionnelles. Il s'agit de déterminer non pas si ces dispositions sont valides indépendamment l'une de l'autre, mais plutôt si elles ont pour effet conjugué de modifier l'ordre de priorité en matière de faillite. Lorsque le par. 133(1) est lu conjointement avec le par. 133(3), il est évident que la créance légale réputée et le droit à la compensation sur les biens du failli ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre l'actif du failli. De ce fait, l'art. 133, pris dans son ensemble, est incompatible avec l'intention du législateur fédéral d'accorder à la réclamation de la Commission la priorité établie à l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*.

III. Analysis

A. *The Purposes of Federal Bankruptcy Legislation*

7 At the outset, it is useful to remember that our bankruptcy system serves two distinct goals. The first is to ensure the equitable distribution of a bankrupt debtor's assets among the estate's creditors *inter se*. As one commentator has noted (Aleck Dadson, "Comment" (1986), 64 *Can. Bar Rev.* 755, at p. 755):

Bankruptcy serves this goal by replacing a regime of individual action with a regime of collective action. While the pre-bankruptcy regime of individual action

III. Analyse

A. *Les objets de la loi fédérale sur la faillite*

Il est tout d'abord utile de se rappeler que notre régime de faillite a deux objectifs distincts. Le premier est d'assurer un partage équitable des biens du débiteur failli entre les créanciers de l'actif. Comme l'a fait remarquer un commentateur (Aleck Dadson, «Commentaire» (1986), 64 *R. du B. can.* 755, à la p. 755):

[TRADUCTION] Une faillite permet d'atteindre ce but en remplaçant un régime d'action individuelle par un régime d'action collective. Alors que le régime d'action

allows creditors to pursue their separate and competing claims to the debtor's assets, bankruptcy's regime of collective action sorts out those diverse claims and deals with the debtor's assets in a way which brings benefits to creditors as a group (reduced costs, increased recovery)

The collectivization of insolvency proceedings can only be achieved by denying to creditors the use of pre-bankruptcy remedies.

See also Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 1, at p. 25-3. The second goal of the bankruptcy system is the financial rehabilitation of insolvent individuals (Dadson, *supra*, at p. 755). This goal is furthered through the opportunity for an insolvent individual's discharge from outstanding debts.

It has long been accepted that the first goal of ensuring an equitable distribution of a debtor's assets is to be pursued in accordance with the federal system of bankruptcy priorities. In the seminal case of *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, affirming [1926] S.C.R. 218, Viscount Cave L.C. confirmed that the exclusive federal power over bankruptcy and insolvency in s. 91(21) of the *Constitution Act, 1867* enables Parliament to provide for the ranking of creditors in bankruptcy. He observed at p. 197:

In *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1894] A.C. 189, 200, Lord Herschell observed that a system of bankruptcy legislation might frequently require various ancillary provisions for the purpose of preventing the scheme of the Act from being defeated, and added: "It may be necessary for this purpose to deal with the effect of executions and other matters which would otherwise be within the legislative competence of the Provincial Legislature. Their Lordships do not doubt that it would be open to the Dominion Parliament to deal with such matters as part of a bankruptcy law, and the Provincial Legislature would doubtless be then precluded from interfering with this legislation inasmuch as such interference would affect the bankruptcy law of the Dominion Parliament." Taking these observations as affording assistance in the construction of s. 91, head 21, of the Act of 1867, their Lordships are of the opinion that the exclusive authority thereby given to the

individuelle antérieur à la faillite permet aux créanciers de demander paiement de leurs réclamations distinctes et concurrentes sur les biens du débiteur; le régime d'action collective instauré par la faillite classe ces diverses réclamations et traite l'actif du débiteur d'une façon qui confère des avantages aux créanciers en tant que groupe (réduction des coûts, recouvrement plus important) . . .

Ce n'est qu'en privant les créanciers du recours aux redressements antérieurs à la faillite qu'on arrive à collectiviser les procédures en matière d'insolvabilité.

Voir aussi Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), vol. 1, à la p. 25-3. Le deuxième objectif du régime de faillite est la réhabilitation financière de la personne insolvable (Dadson, *loc. cit.*, à la p. 755). On en favorise la réalisation en permettant à la personne insolvable de se libérer de ses dettes.

On reconnaît depuis longtemps qu'il faut chercher à atteindre le premier objectif, celui d'assurer un partage équitable de l'actif du débiteur, en respectant l'ordre de priorité établi par le régime fédéral en matière de faillite. Dans l'arrêt de principe *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187, confirmant [1926] R.C.S. 218, le vicomte Cave, lord chancelier, confirme que la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité, conférée au par. 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, permet au législateur fédéral d'établir l'ordre des créanciers dans une faillite. Il fait remarquer, à la p. 197:

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

Dominion Parliament to deal with all matters arising within the domain of bankruptcy and insolvency enables that Parliament to determine by legislation the relative priorities of creditors under a bankruptcy or an authorized assignment. [Emphasis added.]

9 The power to determine the priorities of distribution of the bankrupt's assets thus confirmed, Parliament has created an equitable distribution wherein the general rule is that creditors are to rank equally, with claims provable in bankruptcy being paid rateably (*Bankruptcy Act*, s. 141). The rule of creditor equality is subject to 10 classes of debt which are accorded priority in a stated order, the so-called list of "preferred" creditors (s. 136). Included in these classes of exceptions is "all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act" in s. 136(1)(h), ranked eighth in the list. Lastly, the entire scheme of distribution is "[s]ubject to the rights of secured creditors" (s. 136) which, as Professor Hogg has noted, "enables secured creditors to realize their security as if there were no bankruptcy" (Hogg, *supra*, at p. 25-9).

B. The "Quartet" of Supreme Court Bankruptcy Decisions

10 In recent years, the constitutional relationship between the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act* and various branches of provincial law governing property has received heightened scrutiny in the so-called "quartet" of decisions of this Court. Since my interpretation of the quartet differs from Iacobucci J.'s, I hope that I will be forgiven for re-canvassing that familiar terrain in order to explain the basis of my position.

(i) Overview of the Quartet

11 First, in *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35 (hereinafter *Re Bourgault*), the trustee in bankruptcy sought to cancel a privilege registered by the Quebec Deputy Minister of Revenue on the bankrupt's immovable

sur toutes les questions relevant du domaine de la faillite et de l'insolvabilité permet à ce dernier de légiférer sur la priorité relative des créanciers en cas de faillite ou de cession autorisée. [Je souligne.]

Après avoir ainsi reçu confirmation de son pouvoir d'établir l'ordre de priorité applicable au partage de l'actif du failli, le législateur fédéral a créé un plan de répartition équitable qui, en règle générale, veut que les créanciers soient sur un pied d'égalité et qu'il y ait paiement au prorata des réclamations pouvant être établies dans la faillite (*Loi sur la faillite*, art. 141). La règle de l'égalité des créanciers est assujettie à 10 catégories de créances classées selon un ordre de priorité, soit la liste dite des créanciers «privilegiés» (art. 136). L'une de ces catégories d'exceptions, «toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail», prévue à l'al. 136(1)(h), est au huitième rang de la liste. Enfin, l'ensemble du plan de répartition est appliqué «[s]ous réserve des droits des créanciers garantis» (art. 136), ce qui, comme l'a fait remarquer le professeur Hogg, [TRADUCTION] «permet aux créanciers garantis de réaliser leur garantie comme s'il n'y avait pas de faillite» (Hogg, *op. cit.*, à la p. 25-9).

B. Le «quatuor» d'arrêts de la Cour suprême en matière de faillite

Au cours des dernières années, dans quatre arrêts qualifiés de «quatuor», notre Cour a fait une étude particulière des rapports qui, du point de vue constitutionnel, existent entre le plan de répartition fondé sur la *Loi sur la faillite* et les divers aspects du droit provincial régissant la propriété. Puisque mon interprétation du quatuor d'arrêts diffère de celle du juge Iacobucci, j'espère que l'on me pardonnera de revenir en terrain battu pour expliquer le fondement de ma position.

(i) Aperçu du quatuor d'arrêts

Dans le premier arrêt, *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35 (ci-après *Re Bourgault*), le syndic de faillite cherchait à faire annuler un privilège enregistré par le sous-ministre du Revenu du Québec sur l'immeuble du failli en

property under the provincial *Retail Sales Tax Act*, R.S.Q. 1964, c. 71. The Quebec Deputy Minister of Revenue argued that the province was a “secured creditor” under s. 2 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, since the Quebec *Retail Sales Tax Act* provided that sums due to the Crown under the Act were “a privileged debt ranking immediately after law costs”.

Writing for the majority, Pigeon J. rejected the priority claimed by the province. In so doing, he offered the following remarks on the interpretation of s. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act* (now s. 136(1)(j)) (at p. 44):

Accordingly, I find that the case turns upon the interpretation of para. 107(1)(j) . . . It is abundantly clear that this was intended to put on an equal footing all claims by Her Majesty in right of Canada or of a province except in cases where it was provided otherwise, namely, para. (c), the levy, and para. (h), workmen’s compensation or unemployment insurance assessments and withholdings for income tax. Paragraph (j) ends with the following words, “notwithstanding any statutory preference to the contrary”. The purpose of this part of the provision is obvious. Parliament intended to put all debts to a government on an equal footing; it therefore cannot have intended to allow provincial statutes to confer any higher priority. In my opinion, this is precisely what is being contended for when it is argued that, because the Quebec statute creates a privilege on immovable property effective from the date of registration, the Crown thereby becomes a “secured creditor” and thus escapes the effect of the provision which gives it only a lower priority. [Emphasis in original.]

Pigeon J. later concluded at p. 46:

If the contention of the Deputy Minister of Revenue in the case at bar was upheld, it would mean that the Quebec tax collector, provided his privilege was registered before the bankruptcy, would obtain a special preference on the proceeds of the sale of the immovable property in question, instead of having only the *pari passu* priority contemplated in the scheme of distribution established by the *Bankruptcy Act*. In my opinion, such result would be contrary to the intent of Parliament and no imperfection in drafting could justify it.

vertu de la *Loi de l’impôt sur la vente en détail*, S.R.Q. 1964, ch. 71, de la province. Le sous-ministre du Revenu du Québec soutenait que la province était un «créancier garanti» au sens de l’art. 2 de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3, puisque la *Loi de l’impôt sur la vente en détail* du Québec prévoyait que les sommes dues à Sa Majesté en vertu de la Loi étaient «une dette privilégiée prenant rang immédiatement après les frais de justice».

S’exprimant au nom de la majorité, le juge Pigeon a rejeté la priorité réclamée par la province. Ce faisant, il a fait les commentaires suivants relativement à l’interprétation de l’al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite* (maintenant l’al. 136(1)(j)) (à la p. 44):

C’est donc à l’interprétation de l’al. 107(1)(j) qu’il faut s’arrêter. [. . .] Il est manifeste que celle-ci vise à mettre sur un pied d’égalité toutes les créances de Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province sauf dans les cas autrement prévus, c’est-à-dire, al. c) le prélèvement et al. h) les cotisations pour accidents du travail ou assurance-chômage et les retenues à la source pour l’impôt sur le revenu. Le texte de l’al. j) se termine par les mots suivants: «nonobstant tout privilège statutaire à l’effet contraire». Le but de cette partie de la disposition est évident. Le législateur fédéral a entendu mettre sur pied d’égalité toutes les dettes dues à un gouvernement; il ne peut donc pas avoir voulu permettre que les lois provinciales accordent une autre priorité. À mon avis, c’est précisément ce que l’on réclame en soutenant que, parce que la loi du Québec accorde un privilège sur les immeubles qui prend effet à compter de la date de son enregistrement, le fisc y devient un «créancier garanti» et échappe ainsi à la disposition qui ne lui accorde qu’une certaine priorité. [Souligné dans l’original.]

Le juge Pigeon conclut, à la p. 46:

Si l’on admettait dans la présente cause la prétention du sous-ministre du Revenu, il en résulterait que le fisc provincial québécois jouirait, à la seule condition que son privilège ait été enregistré avant la faillite, d’une préférence particulière sur le produit de la vente de l’immeuble visé, au lieu de n’avoir droit qu’à la priorité *pari passu* prévue au plan de répartition établi par la *Loi sur la faillite*. C’est un résultat qui me paraît contraire à l’intention du législateur fédéral et que ne sauraient justifier des imperfections de rédaction.

13

This Court confirmed and extended this approach to the relationship between the *Bankruptcy Act* and provincial law in *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785. Section 78(4)(a) of the *Alberta Workers' Compensation Act*, S.A. 1973, c. 87, provided that the provincial Workers' Compensation Board retained a "charge upon the property or proceeds of property of the employer" for unpaid assessments under the Act. The question before the Court was whether this provision rendered the Board a secured creditor of the bankrupt employer for the purposes of the opening words of s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* which subjected the list of preferred claims "to the rights of secured creditors", or whether the Board's claim was postponed to s. 107(1)(h) which expressly addressed "all indebtedness of the bankrupt under any Workers' Compensation Act".

14

A majority of the Court ruled that the Board was not a secured creditor and could only recover under s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. Speaking for the majority on this point, Wilson J. cited approvingly (at pp. 804-5) the following remarks of Jones J.A. in *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia v. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253 (N.S.C.A.), at p. 260, on the ratio of the *Re Bourgault* decision:

Mr. Justice Pigeon made it abundantly clear that priorities of provincial claims must be determined in accordance with s. 107(1) of the Bankruptcy Act notwithstanding any statutory preference to the contrary. Debts under the Workers' Compensation Act fall under s. 107(1)(h) of the Act. Claims for wages are governed by s. 107(1)(d). With deference, it is not open to the province to provide any higher or more extensive priority for wages in view of the express provisions contained in that clause. It is clear from [Re Bourgault] that the provincial Crown cannot claim as a secured creditor under the Bankruptcy Act, notwithstanding the form of the

Notre Cour a confirmé et élargi cette analyse du lien entre la *Loi sur la faillite* et le droit provincial dans l'arrêt *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785. L'alinéa 78(4)a de *The Workers' Compensation Act* de l'Alberta, S.A. 1973, ch. 87, prévoyait que la Worker's Compensation Board (la Commission) détenait une charge [TRADUCTION] «[grevant] les biens ou le produit des biens de l'employeur» relativement aux cotisations impayées au sens de la Loi. La question soulevée devant notre Cour était de savoir si cette disposition faisait de la Commission un créancier garanti de l'employeur failli, aux fins de l'application des premiers mots du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*, qui assujettissaient la liste des réclamations privilégiées aux «droits des créanciers garantis», ou si la réclamation de la Commission relevait de l'al. 107(1)(h) qui visait explicitement «toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail».

Notre Cour à la majorité a statué que la Commission n'était pas un créancier garanti et qu'elle ne pouvait recouvrer qu'en vertu de l'al. 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite*. S'exprimant au nom de notre Cour à la majorité sur ce point, le juge Wilson cite en les approuvant (aux pp. 804 et 805) les remarques suivantes que le juge Jones a formulées dans l'arrêt *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia c. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253 (C.A.N.-É.), à la p. 260, quant au raisonnement de l'arrêt *Re Bourgault*:

[TRADUCTION] Monsieur le juge Pigeon a dit très clairement que les priorités des réclamations fondées sur la loi provinciale se déterminent selon le par. 107(1) de la Loi sur la faillite nonobstant tout privilège statuaire à l'effet contraire. Les dettes contractées en vertu de la Workers' Compensation Act tombent sous le coup de l'al. 107(1)(h) de la Loi. Les réclamations pour salaires sont régies par l'al. 107(1)(d). Avec égards, il n'est pas loisible à la province d'accorder une priorité plus grande ou plus étendue pour les salaires vu les dispositions expresses de cet alinéa. Il ressort clairement de l'arrêt [Re Bourgault] que Sa Majesté du chef de la province ne peut faire valoir de réclamation à titre de créancière garantie en vertu de la Loi sur la faillite, en dépit de la formulation de la loi provinciale, si la réclamation est

provincial legislation, where the claim is governed by s. 107(1) of the *Bankruptcy Act*. [Emphasis added.]

In the same vein, Wilson J. later added the following important comments at p. 806:

With respect, the issue in *Re Bourgault* and *Re Black Forest Restaurant Ltd.* was not whether a proprietary interest has been created under the relevant provincial legislation. It was whether provincial legislation, even if it did create a proprietary interest, could defeat the scheme of distribution under s. 107(1) [now s. 136(1)] of the *Bankruptcy Act*. These cases held that it could not, that while the provincial legislation could validly secure debts on the property of the debtor in a non-bankruptcy situation, once bankruptcy occurred s. 107(1) determined the status and priority of the claims specifically dealt with in the section. It was not open to the claimant in bankruptcy to say: By virtue of the applicable provincial legislation I am a secured creditor within the meaning of the opening words of s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* and therefore the priority accorded my claim under the relevant paragraph of s. 107(1) does not apply to me [This position] cannot be supported as a matter of statutory interpretation of s. 107(1) since, if the section were to be read in this way, it would have the effect of permitting the provinces to determine priorities on a bankruptcy, a matter within exclusive federal jurisdiction.

Having concluded that the case was governed by *Re Bourgault*, the majority of the Court considered the question of the appropriate response to the constitutional question: Was the provincial legislation inapplicable or inoperative? Wilson J. (McIntyre J. and Lamer J. (as he then was) concurring) noted that by virtue of the presumption of constitutionality, a province should be presumed to be legislating within its competence rather than outside it. As a result, she concluded that there was no conflict between s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act* and s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* since the former should be construed or read down as simply having no application in the event of bankruptcy (p. 808). By contrast, Chouinard J. (Dickson J. (as he then was) and Beetz J. concurring) agreed with the body of Wilson J.'s reasons but ruled that s. 78(4) was inoperative in the event of

régie par le par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*. [Je souligne.]

Dans la même veine, le juge Wilson ajoute ensuite les importants commentaires suivants, à la p. 806:

Avec égards, dans les arrêts *Re Bourgault* et *Re Black Forest Restaurant Ltd.*, le litige n'était pas de savoir s'il y avait eu création d'un droit de propriété en vertu des lois provinciales applicables. Il s'agissait de savoir si, même si elle créait un droit de propriété, la loi provinciale pouvait aller à l'encontre du plan de distribution prévu au par. 107(1) [maintenant le par. 136(1)] de la *Loi sur la faillite*. Ces arrêts ont décidé qu'elle ne pouvait pas et que, même si la loi provinciale pouvait valablement créer une sûreté pour des dettes sur les biens du débiteur en dehors de la faillite, dès qu'il y avait faillite, le par. 107(1) déterminait le statut et la priorité des réclamations expressément mentionnées dans cet article. Il n'était pas loisible au créancier de la faillite de dire: en vertu de la loi provinciale applicable, je suis un créancier garanti au sens des premiers mots du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite* et en conséquence la priorité que l'alinéa pertinent du par. 107(1) accorde à ma réclamation ne s'applique pas à moi. [. . .] Cette position n'est pas étayée par l'interprétation législative du par. 107(1) puisque, si on interprétait l'article dans ce sens, il aurait pour effet de permettre aux provinces de déterminer les priorités en cas de faillite, ce qui relève de la compétence fédérale exclusive.

Après avoir conclu que l'arrêt *Re Bourgault* était applicable, notre Cour à la majorité a examiné la façon dont il convenait de répondre à la question constitutionnelle: la loi provinciale était-elle inapplicable ou inopérante? Le juge Wilson (avec l'appui des juges McIntyre et Lamer (maintenant Juge en chef)) a souligné qu'il y avait lieu de tenir pour acquis, en vertu de la présomption de constitutionnalité, qu'une province légifère dans le cadre de sa compétence. C'est pourquoi elle a conclu qu'il n'y avait pas de conflit entre le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act*, et l'al. 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite* puisque la disposition provinciale devait être considérée comme étant tout simplement inapplicable en cas de faillite (p. 808). Par contre, le juge Chouinard (avec l'appui du juge Dickson (plus tard Juge en chef) et du juge Beetz) s'est dit d'accord avec l'ensemble des motifs du

bankruptcy since it conflicted with s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* (pp. 788-89).

juge Wilson, mais a conclu que le par. 78(4) était inopérant en cas de faillite puisqu'il entraînait en conflit avec l'al. 107(1)h) de la *Loi sur la faillite* (pp. 788 et 789).

17 This Court's decision in *Deloitte Haskins* is thus "significant because it confirms that any statutory lien conferred by a province on creditors listed in [s. 136] will nonetheless be inoperative [or inapplicable] in bankruptcy proceedings" (Dadson, *supra*, at p. 758).

L'arrêt *Deloitte Haskins* de notre Cour est donc [TRADUCTION] «important parce qu'il confirme que tout privilège d'origine législative accordé par une province à des créanciers figurant sur la liste énumérée à [l'art. 136] sera néanmoins inopérant [ou inapplicable] dans des procédures de faillite» (Dadson, *loc. cit.*, à la p. 758).

18 The third decision in the bankruptcy quartet is *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061 (*FBDB*). Subject to certain restrictions, s. 49(2) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3 (now s. 69(2)), entitled a secured creditor to "realize or otherwise deal with his security in the same manner as he would have been entitled to realize or deal with it if this section had not been passed". The question before the Court was whether federal or provincial law determined the order of priorities of distribution when a secured creditor availed himself of s. 49(2) to liquidate his security outside of the bankruptcy proceedings. Interestingly, the provincial security interest was a privilege registered on the debtor's immovable property by the Commission de la santé et de la sécurité du travail under s. 110(1) of the *Quebec Workmen's Compensation Act*, R.S.Q. 1977, c. A-3, which ranked its privilege as a claim "ranking immediately after law costs without registration".

Le troisième arrêt du quatuor en matière de faillite est *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061 (*BFD*). Sous réserve de certaines restrictions, le par. 49(2) de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3 (maintenant le par. 69(2)), permettait à un créancier garanti de «réaliser sa garantie ou autrement en disposer de la même manière qu'il aurait eu droit de la réaliser ou d'en disposer si le présent article n'eût pas été adopté». Notre Cour devait déterminer laquelle de la loi fédérale ou de la loi provinciale déterminait l'ordre de priorité en matière de partage lorsqu'un créancier garanti se prévalait du par. 49(2) pour liquider sa garantie en dehors des procédures de faillite. Fait intéressant, la garantie de la province était un privilège enregistré sur le bien immobilier de la débitrice par la Commission de la santé et de la sécurité du travail, en vertu du par. 110(1) de la *Loi sur les accidents du travail* du Québec, L.R.Q. 1977, ch. A-3, qui classait son privilège comme une réclamation «prenant rang immédiatement après les frais de justice sans enregistrement».

19 Speaking for the Court, Lamer J. noted at p. 1066 that this provincial legislation was in direct conflict with the *Bankruptcy Act*:

S'exprimant au nom de notre Cour, le juge Lamer fait remarquer, à la p. 1066, que la loi provinciale est directement en conflit avec la *Loi sur la faillite*:

If the provincial law rules prevail, respondent is a secured creditor and its debt ranks before that of the trustee. If on the other hand the *Bankruptcy Act* has priority, the scheme of distribution set out in s. 107 of the Act determines the priority ranking. According to the decision of this Court in *Deloitte*, *supra*, respondent would then lose the benefit of its privilege and become

Si les règles du droit québécois doivent prévaloir, l'intimée est un créancier garanti et sa créance est colloquée avant celle du fiduciaire. Par ailleurs, si la *Loi sur la faillite* a préséance, le plan de répartition prévu à l'art. 107 de cette loi détermine l'ordre de collocation. Selon la décision rendue par cette Cour dans *Deloitte*, précité, l'intimée perd alors l'avantage de son privilège et

merely a preferred creditor, since its claim is dealt with by s. 107(1)(h)

After concluding that the immovable property remained “property of the bankrupt” within the meaning of s. 47 (now s. 67) of the *Bankruptcy Act* notwithstanding its seizure by the bankrupt’s trustee and mandatary (p. 1068), Lamer J. stated at p. 1069:

The issue then is to determine what legislation, provincial or federal, applies here. A problem of the same type came before this Court in *Re Bourgault* and *Deloitte*, *supra*. In *Re Bourgault*, this Court held that in a bankruptcy matter s. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act* determines the priority of any claim covered by that provision. A provincial statute cannot override the scheme of distribution set out in s. 107 of the Act. To borrow the words of Pigeon J. (at p. 44), “Parliament intended to put all debts to a government on an equal footing; it therefore cannot have intended to allow provincial statutes to confer any higher priority”. Similarly, the majority of the Court in *Deloitte* held that a creditor who holds a privilege under a provincial statute cannot claim the status of a secured creditor within the meaning of the *Bankruptcy Act* so as to avoid the order of distribution of s. 107 of the Act. In the event of bankruptcy, priorities are exclusively a matter for federal jurisdiction. [Emphasis added.]

It is important to stress that the respondent in *FBDB* sought to distinguish the Court’s earlier decisions of *Re Bourgault* and *Deloitte Haskins*. Lamer J. stated the respondent’s argument thus (at p. 1070):

. . . respondent is arguing that, as the hypothecated property was liquidated outside the bankruptcy proceeding, without involvement by the trustee in bankruptcy, the solution must be sought not in federal but in Quebec law. Respondent added that, as the trustee chose to realize his security himself outside the bankruptcy, he must bear the consequences of that choice and accept the order of collocation determined by provincial statutes.

But the Court rejected this attempt to circumvent the order of priorities required by the *Bankruptcy Act*. Lamer J. ruled at p. 1071:

devient un simple créancier privilégié, puisque sa réclamation est prévue à l’al. 107(1)(h)

Après avoir conclu que le bien immobilier demeurerait «un bien du failli» au sens de l’art. 47 (maintenant l’art. 67) de la *Loi sur la faillite*, même s’il avait été saisi par le fiduciaire et mandataire du failli (p. 1068), le juge Lamer affirme, à la p. 1069:

Il convient donc de déterminer quelle législation — provinciale ou fédérale — s’applique en l’occurrence. Un problème de même nature s’était soulevé devant nous dans les affaires *Re Bourgault* et *Deloitte*, précitées. Dans *Re Bourgault*, cette Cour a statué qu’en cas de faillite, l’al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite* détermine la priorité de toute réclamation prévue à cette disposition. La loi provinciale ne peut aller à l’encontre du plan de répartition établi à l’art. 107 de la Loi. Pour reprendre les paroles du juge Pigeon, à la p. 44, «[] le législateur fédéral a entendu mettre sur [un] pied d’égalité toutes les dettes dues à un gouvernement; il ne peut donc avoir voulu permettre que les lois provinciales accordent une autre priorité.» Continuant dans la même voie, la majorité de la Cour, dans l’affaire *Deloitte*, a conclu qu’un créancier qui détient un privilège en vertu d’une loi provinciale ne peut revendiquer le statut de créancier garanti au sens de la *Loi sur la faillite* pour éviter de se soustraire à l’ordre de distribution de l’art. 107 de la Loi. En cas de faillite, les priorités relèvent exclusivement de la compétence fédérale. [Je souligne.]

Il importe de souligner que l’intimée, dans l’arrêt *BFD*, cherchait à établir une distinction d’avec les arrêts *Re Bourgault* et *Deloitte Haskins* rendus antérieurement par notre Cour. Voici comment le juge Lamer formule l’argument de l’intimée (à la p. 1070):

Elle prétend [. . .] que, la liquidation du bien hypothéqué s’étant déroulée en dehors de la procédure de faillite, sans intervention du syndic, la solution au litige doit être recherchée, non pas dans la loi fédérale, mais dans le droit québécois. L’intimée ajoute que, le fiduciaire ayant choisi de réaliser lui-même sa garantie en marge de la faillite, il doit accepter les conséquences qui découlent de ce choix et, partant, se soumettre à l’ordre de collocation établi par les lois provinciales.

Cependant, notre Cour a rejeté cette tentative de contourner l’ordre de priorité prescrit par la *Loi sur la faillite*. Le juge Lamer décide ceci, à la p. 1071:

... I feel that the decisions in *Re Bourgault* and *Deloitte* are conclusive as to the fate of the appeal. These cases stand for the following proposition: in a bankruptcy matter, it is the *Bankruptcy Act* which must be applied. If a bankruptcy occurs, the order of priority is determined by the ranking in s. 107 of the Act, and any debt mentioned in that provision must therefore be given the specified priority. [Emphasis added.]

22

As a result, Lamer J. classified the respondent as a preferred creditor in s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. He accepted, at p. 1072, that this result might encourage secured creditors "to bring about the bankruptcy of their debtor in order to improve their title". Nevertheless, he was mindful that "this solution has obvious advantages". As he explained at p. 1072:

As soon as the bankruptcy occurs the *Bankruptcy Act* will be applied: the mere fact that a creditor is mentioned in s. 107 of the Act suffices for such creditor to be ranked as a preferred creditor and in the position indicated in that provision. As provincial statutes cannot affect the priorities created by the federal statute, consistency in the order of priority in bankruptcy situations is ensured from one province to another. [Emphasis added.]

23

Finally, in *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, at issue was whether the deemed statutory trust created by s. 18 of the *British Columbia Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, in favour of the province for provincial sales tax collected was a valid trust within the meaning of s. 47(a) (now s. 67(a)) of the *Bankruptcy Act*. Section 47(a) exempted "property held by the bankrupt in trust for any other person" from "[t]he property of a bankrupt divisible among his creditors". A majority of the Court ruled that this deemed statutory trust was not a valid trust. Instead, the province's claim for the monies collected under the purported trust was really a Crown preferred claim under s. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act*, which covered "claims of the Crown... in right of Canada or of any province".

... j'estime que les décisions rendues dans *Re Bourgault* et *Deloitte* tranchent le pourvoi de façon déterminante. Le principe qui se dégage de ces arrêts est le suivant: en cas de faillite, c'est la *Loi sur la faillite* qui doit recevoir application. S'il y a faillite, l'ordre de collocation est établi selon les priorités prévues à l'art. 107 de la Loi, et toute créance mentionnée à cette disposition doit donc être colloquée selon le rang prescrit. [Je souligne.]

Le juge Lamer a donc qualifié l'intimée de créancière privilégiée visée par l'al. 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite*. Il a reconnu, à la p. 1072, que cela pourrait inciter des créanciers garantis «à provoquer la faillite de leur débiteur en vue de bonifier leur titre». Il était néanmoins conscient que «cette solution présente des avantages évidents». Comme il l'explique, à la p. 1072:

Dès la survenance de la faillite, la *Loi sur la faillite* reçoit application; la seule mention d'un créancier à l'art. 107 de la Loi suffit pour que celui-ci soit colloqué à titre de créancier privilégié et au rang prévu à cette disposition. Comme les lois provinciales ne peuvent porter atteinte aux priorités créées par la loi fédérale, l'ordre de collocation bénéficie donc, en cas de faillite, d'une certaine uniformité d'une province à l'autre. [Je souligne.]

Enfin, dans l'arrêt *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24, il s'agissait de déterminer si la fiducie réputée créée par l'art. 18 de la *Social Service Tax Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 388, en faveur de la province relativement à la taxe de vente provinciale perçue constituait une fiducie valide au sens de l'al. 47(a) (maintenant l'al. 67(a)) de la *Loi sur la faillite*. Cet alinéa prévoyait que «[l]es biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers» ne comprenaient pas «les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne». Notre Cour à la majorité a statué que la fiducie légale réputée ne constituait pas une fiducie valide. En fait, la réclamation de la province visant les sommes perçues en vertu de la prétendue fiducie constituait plutôt une réclamation privilégiée de la Couronne, au sens de l'al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite*, qui visait les «réclamations [...] de la Couronne du chef du Canada ou d'une province du Canada».

Speaking for the majority, McLachlin J. noted at p. 30 that the impugned deemed statutory trust lacked the essential attributes of a trust under general principles of trust law, namely the possibility of being identified and traced. She stated at p. 33:

To interpret s. 47(a) as applying not only to trusts as defined by the general law, but to statutory trusts created by the provinces lacking the common law attributes of trusts, would be to permit the provinces to create their own priorities under the *Bankruptcy Act* and to invite a differential scheme of distribution on bankruptcy from province to province.

Significantly, McLachlin J. also stated, at pp. 33-34, the Court's preference for an interpretation of s. 47(a) consistent with "the clear intention of Parliament, in enacting the *Bankruptcy Act*, of setting up a clear and orderly scheme for the distribution of the bankrupt's assets".

Moving to the nature of the legal interests created by s. 18 of the *Social Service Tax Act*, McLachlin J. noted at p. 34 that at the moment of collection the "trust property is identifiable and the trust meets the requirements for a trust under the principles of trust law". However, she was cautious to note that the trust monies are soon mingled with other money in the hands of the merchant and converted to other property, and as a result they could not be traced. She observed at p. 34:

... as the presence of the deeming provision tacitly acknowledges, the reality is that after conversion the statutory trust bears little resemblance to a true trust. There is no property which can be regarded as being impressed with a trust. Because of this, s. 18(2) goes on to provide that the unpaid tax forms a lien and charge on the entire assets of the collector, an interest in the nature of a secured debt. [Emphasis added.]

McLachlin J. was thus at pains to stress that the reality of the property interest created by the

Le juge McLachlin a fait remarquer, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 30, que la fiducie légale réputée qui était contestée ne possédait pas les attributs essentiels d'une fiducie selon les principes généraux du droit des fiducies, soit la possibilité d'identifier ou de retracer les biens. Elle affirme, à la p. 33:

Interpréter l'al. 47a) comme s'appliquant non seulement aux fiducies établies en vertu du droit général, mais aussi aux fiducies légales établies par les provinces, qui ne possèdent pas les attributs des fiducies de *common law*, reviendrait à permettre aux provinces d'établir leur propre ordre de priorité applicable à la *Loi sur la faillite* et à ouvrir la porte à l'établissement de régimes de répartition en cas de faillite différents d'une province à l'autre.

Fait révélateur, le juge McLachlin a aussi dit, à la p. 34, que notre Cour préférerait une interprétation de l'al. 47a) qui soit compatible avec «l'intention clairement exprimée par le législateur, en adoptant la *Loi sur la faillite*, d'établir un régime clair et ordonné de répartition de l'actif d'un failli».

Passant à l'examen de la nature des droits créés par l'art. 18 de la *Social Service Tax Act*, le juge McLachlin a souligné, à la p. 34, qu'au moment de la perception «le bien en fiducie est identifiable et la fiducie répond aux exigences d'une fiducie établie en vertu des principes généraux du droit». Cependant, elle a pris soin de préciser que les sommes en fiducie sont bientôt confondues avec d'autres sommes que détient le marchand et affectées à l'acquisition d'autres biens, de sorte qu'il est impossible de les retracer. Elle fait observer, à la p. 34:

... comme l'existence de la disposition déterminative le reconnaît tacitement, en réalité, après l'affectation de la somme, la fiducie légale ressemble peu à une fiducie véritable. Il n'y a pas de bien qu'on puisse considérer comme sujet à la fiducie. Aussi, pour cette raison, le par. 18(2) ajoute que la taxe impayée emporte un privilège sur la totalité des biens de celui qui l'a perçue, c'est-à-dire un droit tenant d'une créance garantie. [Je souligne.]

Le juge McLachlin a donc pris soin de préciser que la substance du droit de propriété créé par la

24

1995 CanLII 69 (SCC)

25

26

province ought to govern over the form, and as a result the province's claim necessarily failed.

27 McLachlin J. also addressed the province's contention that it remained sovereign over the definition of what constitutes a trust. She made the following important observations at p. 35:

The province . . . argues that it is open to it to define "trust" however it pleases, property and civil rights being matters within provincial competence. The short answer to this submission is that the definition of "trust" which is operative for purposes of exemption under the *Bankruptcy Act* must be that of the federal Parliament, not the provincial legislatures. The provinces may define "trust" as they choose for matters within their own legislative competence, but they cannot dictate to Parliament how it should be defined for purposes of the *Bankruptcy Act*: *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*. [Emphasis added.]

28 As a result, McLachlin J. ruled that the provincial legislation was inapplicable in bankruptcy and that the province's claim was governed by s. 107(1)(f) of the *Bankruptcy Act*.

(ii) The Principles and Philosophy Embodied in the Quartet

29 What principles should be distilled from the quartet? The intervenor Attorney General for Saskatchewan suggested that there are two possible interpretations of these decisions: what it called a broader "bottom line" approach which posits that "any time provincial law affects the final result of a bankruptcy, the province is improperly attempting to alter the priorities of distribution"; and a narrower "jump the queue" approach to the effect that "the province cannot attempt to alter the position of a person within the scheme of distribution created by Parliament, vis à vis the other creditors who are claiming from the bankrupt's estate".

30 My colleague Iacobucci J. properly rejects the broader "bottom line" approach since, as he indi-

province devait l'emporter sur la forme, et que, par conséquent, la réclamation de la province devait nécessairement échouer.

Le juge McLachlin a aussi examiné l'argument de la province selon lequel il lui était entièrement loisible de définir ce qui constitue une fiducie. Elle fait les observations importantes suivantes, à la p. 35:

La province soutient [. . .] qu'il lui est loisible de définir le mot «fiducie» comme elle l'entend puisque la propriété et les droits civils relèvent de sa compétence. À cette affirmation, il suffit de répondre que la définition applicable du mot «fiducie» pour les fins des exceptions prévues à la *Loi sur la faillite* est celle du législateur fédéral et non celle des législateurs provinciaux. Les provinces peuvent définir à leur gré le mot «fiducie» pour les matières relevant de leur compétence, mais elles ne peuvent imposer au Parlement la définition que la fiducie doit recevoir pour les fins de la *Loi sur la faillite*: voir l'arrêt *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*. [Je souligne.]

En conséquence, le juge McLachlin a statué que la loi provinciale était inapplicable en matière de faillite et que la réclamation de la province était régie par l'al. 107(1)f) de la *Loi sur la faillite*.

(ii) Les principes et la philosophie qui se dégagent du quatuor d'arrêts

Quels principes devrait-on dégager du quatuor d'arrêts? L'intervenant le procureur général de la Saskatchewan affirme que ces arrêts peuvent s'interpréter de deux manières: ce qu'il appelle la méthode plus générale du «résultat final», qui part du principe voulant que [TRADUCTION] «chaque fois qu'une loi provinciale touche l'issue d'une faillite, la province se trouve alors à tenter irrégulièrement de modifier l'ordre de priorité en matière de partage»; et la méthode plus restrictive de l'«anticipation de rang», selon laquelle [TRADUCTION] «la province ne peut tenter de modifier le rang d'une personne au sein du plan de répartition établi par le législateur fédéral, par rapport aux autres créanciers qui produisent une réclamation contre l'actif du failli».

Mon collègue le juge Iacobucci rejette à bon droit la méthode plus générale du «résultat final»

cates, such an approach “risks nullifying the broad array of provincial legislation underpinning the *Bankruptcy Act*” (para. 142). It is trite to observe that the *Bankruptcy Act* is contingent on the provincial law of property for its operation. The Act is superimposed on those provincial schemes when a debtor declares bankruptcy. As a result, provincial law necessarily affects the “bottom line”, but this is contemplated by the *Bankruptcy Act* itself. Indeed, it is no exaggeration to say that there is no “bottom line” without provincial law. The “bottom line” approach is therefore not the appropriate characterization of the quartet.

However, even rejecting the simplistic “bottom line” approach, I do not agree that the quartet stands for the sole proposition that the provinces cannot “jump the queue”. In my opinion, the quartet embodies a consistent and general philosophy as to the purposes of the federal system of bankruptcy and its relation to provincial property arrangements. That philosophy cannot be captured in the pithy but limited proposition that the provinces cannot “jump the queue”.

The quartet is better stated, in my view, as standing for a number of related propositions which are themselves part of a consistent philosophy. In their lucid and thorough study of the quartet, “The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over” (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 77, at pp. 78-79, Andrew J. Roman and M. Jasmine Sweatman state that the quartet stands for the following four propositions:

- (1) provinces cannot create priorities between creditors or change the scheme of distribution on bankruptcy under s. 136(1) of the *Bankruptcy Act*;
- (2) while provincial legislation may validly affect priorities in a non-bankruptcy situation, once

car, comme il l’indique, une telle méthode «risque d’annuler le vaste éventail de lois provinciales qui sous-tendent l’application de la *Loi sur la faillite*» (par. 142). C’est un truisme de dire que la *Loi sur la faillite* dépend, pour son application, du droit provincial en matière de propriété. La Loi se superpose à ces régimes provinciaux lorsqu’un débiteur déclare faillite. C’est pourquoi le droit provincial modifie nécessairement le «résultat final», mais cela est prévu par la *Loi sur la faillite* elle-même. En fait, il n’est pas exagéré de dire qu’il n’y a pas de «résultat final» en l’absence du droit provincial. La méthode du «résultat final» ne reflète donc pas correctement la pensée du quatuor d’arrêts.

Pendant, même si je rejette la méthode simpliste du «résultat final», je n’accepte pas que le quatuor d’arrêts signifie uniquement qu’il ne saurait y avoir «anticipation de rang» par les provinces. À mon avis, il se dégage du quatuor une philosophie cohérente et générale quant aux objets du régime fédéral de la faillite et au lien qu’il a avec les dispositions provinciales en matière de droit des biens. Cette philosophie ne saurait s’exprimer par la proposition concise, mais restreinte, selon laquelle il ne saurait y avoir «anticipation de rang» par les provinces.

À mon avis, il est préférable d’affirmer que le quatuor d’arrêts étaye un certain nombre de propositions connexes qui s’inscrivent elles-mêmes dans le cadre d’une philosophie cohérente. Dans leur étude lucide et approfondie du quatuor d’arrêts, intitulée «The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over» (1992), 71 *R. du B. can.* 77, aux pp. 78 et 79, Andrew J. Roman et M. Jasmine Sweatman affirment que le quatuor d’arrêts permet de formuler les quatre propositions suivantes:

[TRADUCTION]

- (1) les provinces ne peuvent ni créer des priorités entre les créanciers ni modifier le plan de répartition en matière de faillite, prévu au par. 136(1) de la *Loi sur la faillite*;
- (2) bien qu’une loi provinciale puisse valablement modifier l’ordre de priorité dans un contexte

bankruptcy has occurred section 136(1) of the Bankruptcy Act determines the status and priority of the claims specifically dealt with in that section;

- (3) if the provinces could create their own priorities or affect priorities under the Bankruptcy Act this would invite a different scheme of distribution on bankruptcy from province to province, an unacceptable situation; and
- (4) the definition of terms such as "secured creditor", if defined under the Bankruptcy Act, must be interpreted in bankruptcy cases as defined by the federal Parliament, not the provincial legislatures. Provinces cannot affect how such terms are defined for purposes of the Bankruptcy Act.

autre que celui d'une faillite, dès qu'il y a faillite, c'est le par. 136(1) de la Loi sur la faillite qui détermine le statut et l'ordre de priorité des réclamations qui y sont visées expressément;

- (3) si les provinces pouvaient créer leur propre ordre de priorité ou modifier celui établi en vertu de la Loi sur la faillite, cela aurait pour effet d'inciter à l'établissement, en matière de faillite, d'un plan de répartition différent d'une province à l'autre, ce qui est inacceptable;
- (4) en matière de faillite, des expressions comme «créancier garanti», lorsqu'elles sont définies dans la Loi sur la faillite, doivent être interprétées selon la définition que leur donne le législateur fédéral et non celle que leur donnent les législatures provinciales. Les provinces ne peuvent modifier la façon dont ces expressions sont définies aux fins de la Loi sur la faillite.

33 See also for concurrence with Roman and Sweatman's general conclusions drawn from the quartet, Jacob S. Ziegel, "Personal Property Security and Bankruptcy: There is no War! — A Reply to Roman and Sweatman" (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 44, at p. 45.

Voir aussi, à l'appui des conclusions générales que Roman et Sweatman tirent du quatuor d'arrêts, l'article de Jacob S. Ziegel, «Personal Property Security and Bankruptcy: There is no War! — A Reply to Roman and Sweatman» (1993), 72 *R. du B. can.* 44, à la p. 45.

34 My colleague Iacobucci J. states at para. 141 that the quartet "stands for the position that only those provincial laws which directly improve the priority of a claim upon the actual property of the bankrupt over that accorded by the *Bankruptcy Act* are inoperative" (emphasis added). This statement falls within Roman and Sweatman's proposition 1. However, as my summary of those cases has hopefully indicated, the quartet is clearly not limited to provincial "laws which directly improve the priority of a claim". To quote Roman and Sweatman, *supra*, at p. 78:

Mon collègue le juge Iacobucci affirme, au par. 141, que le quatuor d'arrêts «étaye le point de vue selon lequel ne sont inopérantes que les lois provinciales qui améliorent directement le rang d'une réclamation contre l'actif réel du failli par rapport à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*» (je souligne). Cela correspond à la première proposition de Roman et Sweatman. Cependant, comme mon résumé du quatuor l'a indiqué, je l'espère, le quatuor d'arrêts n'est clairement pas limité aux cas où des «lois provinciales [...] améliorent directement le rang d'une réclamation». Pour reprendre les propos de Roman et Sweatman, *loc. cit.*, à la p. 78:

... the reasoning in [the quartet] is not limited to trusts, nor to situations of colourable legislation attempting to give an artificial preference to government. Rather, these rulings are broad enough to encompass any potential area of conflict between provincial power to legislate in the area of property and civil rights, and exclusive federal jurisdiction over bankruptcy and insolvency.

[TRADUCTION] ... le raisonnement [du quatuor d'arrêts] n'est aucunement limité aux fiducies ou aux cas de législation déguisée qui tente d'accorder une préférence artificielle au gouvernement. Ces arrêts ont plutôt une portée suffisamment large pour englober toute possibilité de conflit entre le pouvoir d'une province de légiférer dans le domaine de la propriété et des droits civils d'une part, et la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité, d'autre part.

In a similar vein these authors add at p. 81:

The Supreme Court of Canada's quartet of decisions, although dealing with provincial statutory trusts which affected priorities in bankruptcy, has progressively and finally provided a definite ruling on the relationship between priorities under the Bankruptcy Act and *any* other provincial statute which directly or indirectly affects priorities. [Emphasis in original.]

Importantly, they conclude at p. 105:

The law, in our opinion, is settled by these four judgments of the Supreme Court of Canada. In all four cases the issues were not whether the provinces could directly and blatantly attempt to alter the scheme of interests of secured and other creditors under what is now section 136(1) of the Bankruptcy Act. Rather, the issue was whether a province could indirectly influence priorities under the Bankruptcy Act. Even in this weaker version of influence, the Supreme Court of Canada has held that the provinces could not.

And in so concluding, they are also quick to caution at p. 106:

It is also incorrect to state that in all four cases the provinces attempted to redistribute or change priorities by explicitly elevating one of the lower ranked claims to a higher rank. As seen from an examination of the dissenting judgments in *Deloitte Haskins* and *Henfrey*, the provinces were not attempting specifically to target the bankruptcy situation but, rather, to create a general priority.

As a result, the "jump the queue" or "directly improve bankruptcy priorities" approach captures only part of the reasoning of the quartet. As Roman and Sweatman noted, in the *Deloitte Haskins* and *Henfrey Samson* cases, for example, the provinces were not directly or intentionally attempting to influence bankruptcy priorities. Rather, the provinces enacted laws of general application which sought to create a general priority not necessarily targeted to bankruptcy, but which had the effect of altering bankruptcy priorities. This Court nevertheless ruled that such pro-

Les auteurs ajoutent, dans la même veine, à la p. 81:

[TRADUCTION] Le quatuor d'arrêts de la Cour suprême du Canada, même s'il portait sur des fiducies établies par des lois provinciales qui modifiaient l'ordre de priorité en matière de faillite, a progressivement et finalement constitué une décision définitive sur le lien entre l'ordre de priorité établi en vertu de la Loi sur la faillite et *toute* autre loi provinciale qui modifie directement ou indirectement cet ordre. [En italique dans l'original.]

Leur conclusion est à souligner, à la p. 105:

[TRADUCTION] À notre avis, ces quatre arrêts de la Cour suprême du Canada établissent les règles de droit applicables. Dans ces arrêts, la question en litige n'était pas de savoir si les provinces pouvaient directement et ouvertement tenter de modifier le régime des droits des créanciers garantis et autres en vertu de ce qui est maintenant le paragraphe 136(1) de la Loi sur la faillite. Il s'agissait plutôt de savoir si une province pouvait influencer indirectement l'ordre de priorité établi en vertu de la Loi sur la faillite. Même en ce qui concerne cette forme plus faible d'influence, la Cour suprême du Canada a statué que les provinces ne pouvaient le faire.

Et, en tirant cette conclusion, ils s'empressent de faire la mise en garde suivante, à la p. 106:

[TRADUCTION] Il est également incorrect de dire que les provinces avaient, dans les quatre cas, tenté de modifier l'ordre de priorité en colloquant explicitement à un meilleur rang une réclamation de rang inférieur. Comme le révèle l'examen des motifs de dissidence rédigés dans les arrêts *Deloitte Haskins* et *Henfrey*, les provinces ne tentaient pas expressément de viser la situation de faillite, mais plutôt de créer un ordre général de priorité.

En conséquence, la méthode de l'«anticipation de rang» ou de l'«amélioration directe de l'ordre de priorité en matière de faillite» ne reflète qu'une partie du raisonnement du quatuor d'arrêts. Comme Roman et Sweatman l'ont fait remarquer, dans les arrêts *Deloitte Haskins* et *Henfrey Samson*, par exemple, les provinces ne tentaient ni directement ni intentionnellement d'influer sur l'ordre de priorité en matière de faillite. Les provinces avaient plutôt adopté des lois d'application générale qui cherchaient à créer un ordre général de priorité ne visant pas nécessairement les situa-

vincial laws were inapplicable in the event of bankruptcy.

36 I underline that the “effect” which Roman and Sweatman speak of is the effect on bankruptcy priorities (Roman and Sweatman, *supra*, at pp. 81-105). Consequently, clear conflict, that is an inconsistent or mutually exclusive result, which in this case entails a reordering of federal priorities, is necessary in order to declare a provincial law to be inapplicable in bankruptcy.

37 I also think it is important to emphasize the importance of Roman and Sweatman’s proposition 3. While I agree with my colleague Iacobucci J. that complete standardization of the distribution of property in bankruptcies is not possible across Canada having regard to the diversity of provincial laws relating to property and civil rights, yet the value of a national bankruptcy system is confirmed by the placing of bankruptcy under exclusive federal jurisdiction. As Professor Hogg has explained (*supra*, at pp. 25-1 and 25-2):

... debtors may move from one province to another, and may have property and creditors in more than one province. A national body of law is required to ensure that all of a debtor’s property is available to satisfy his debts, that all creditors are fairly treated, and that all are bound by any arrangements for the settlement of the debtor’s debts. Indeed, without these assurances, lenders would be reluctant to extend credit to persons who could evade their obligations simply by removing themselves or their assets across a provincial boundary.

Furthermore, as my overview of the quartet hopefully indicated, the goal of maintaining a nationally homogeneous system of bankruptcy priorities has properly been a constant concern of this Court. Were the situation otherwise, “Canada [would] have a balkanized bankruptcy regime which [would] diminish the significance of the exclusivity of federal jurisdiction over bankruptcy

tions de faillite, mais qui avaient pour effet de modifier l’ordre de priorité en matière de faillite. Notre Cour a néanmoins statué que ces lois provinciales n’étaient pas applicables en cas de faillite.

Je tiens à souligner que l’«effet» dont Roman et Sweatman parlent est l’effet sur l’ordre de priorité en matière de faillite (Roman and Sweatman, *loc. cit.*, aux pp. 81 à 105). En conséquence, pour qu’une loi provinciale soit déclarée inapplicable en matière de faillite, il doit exister un conflit évident, c’est-à-dire des exigences incompatibles ou qui s’excluent mutuellement, ce qui en l’espèce entraîne une modification de l’ordre de priorité fédéral.

J’estime aussi qu’il est important de souligner l’importance de la troisième proposition de Roman et Sweatman. Bien que je convienne avec mon collègue le juge Iacobucci qu’une normalisation complète du partage des biens en matière de faillite n’est pas possible au Canada, en raison de la diversité des lois provinciales sur la propriété et les droits civils, il reste que l’attribution au Parlement fédéral de la compétence exclusive en matière de faillite confirme l’importance d’un régime national en la matière. Comme l’explique le professeur Hogg (*op. cit.*, aux pp. 25-1 et 25-2):

[TRADUCTION] ... un débiteur peut déménager d’une province à l’autre et peut avoir des biens et des créanciers dans plus d’une province. Il faut un ensemble national de règles de droit pour garantir que tous les biens d’un débiteur puissent servir au règlement de ses dettes, que tous les créanciers soient traités équitablement et que tous soient liés par toute entente relative au règlement des dettes du débiteur. En fait, sans ces garanties, un prêteur hésiterait à faire crédit à une personne susceptible de se soustraire à ses obligations simplement en déménageant dans une autre province ou en y transférant ses biens.

De plus, comme mon aperçu du quatuor d’arrêts l’indique, je l’espère, notre Cour s’est, avec raison, constamment intéressée à l’objectif du maintien d’un ordre de priorité homogène à l’échelle nationale en matière de faillite. Si ce n’était pas le cas, [TRADUCTION] «le Canada [aurait] un régime de faillite balkanisé qui diminue[rait] l’importance de la compétence fédérale exclusive en matière de

and insolvency Otherwise there could be a different scheme in every jurisdiction; ten different bankruptcy regimes would make ordinary commercial affairs extremely complex, unwieldy and costly, not only for Canadians but also for our international trading partners” (Roman and Sweatman, *supra*, at pp. 80 and 104). This is a prospect which this Court has been acutely mindful of in the past, and its vigilance has ensured the continuing vitality of our nation’s bankruptcy legislation. In my view, its past vigilance commends itself to the present and, barring an amendment to s. 91(21) of the *Constitution Act, 1867*, also to the future.

In this regard, I agree with Iacobucci J., at para. 147, that a bankruptcy priority is a category, and also that provincial law may result in the content of such categories being different from province to province. However, provincial law does not and cannot define the content of bankruptcy priorities or categories without limitation. Indeed, crucial limitation is imposed by the order of priorities in the *Bankruptcy Act* itself. Thus, while individual provinces can define and rank categories such as “secured creditor” and “trust” as they each have their own purposes, those provincial laws which enter into conflict with the provisions of the *Bankruptcy Act* are simply without application in bankruptcy. Such, indeed, was this Court’s unequivocal holding in *Re Bourgault, Deloitte Haskins*, and *FBDB* with respect to “secured creditors” and in *Henfrey Samson* with respect to “trusts”.

Finally, I would observe that while in agreement with the above four propositions as embodying the reasoning of the quartet, in my view the list would be more complete with the addition of a fifth and sixth, as follows:

(5) in determining the relationship between provincial legislation and the *Bankruptcy Act*, the form of the provincial interest created must not be allowed to triumph over its substance.

faillite et d’insolvabilité [. . .] Il pourrait exister un régime différent dans chaque province; l’existence de dix régimes différents en matière de faillite rendrait les activités commerciales courantes extrêmement complexes, lourdes et coûteuses, non seulement pour les Canadiens mais aussi pour nos partenaires commerciaux internationaux» (Roman et Sweatman, *loc. cit.*, aux pp. 80 et 104). C’est une possibilité dont notre Cour a été fort consciente dans le passé, et c’est grâce à sa vigilance que la législation canadienne en matière de faillite conserve toute sa vitalité. À mon avis, sa vigilance passée est encore de mise aujourd’hui et le sera dans l’avenir, à moins d’une modification du par. 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

À cet égard, je suis d’accord avec le juge Iacobucci pour dire qu’une priorité en matière de faillite est une catégorie, et que le droit provincial peut faire en sorte que le contenu de ces catégories varie d’une province à l’autre (par. 147). Cependant, le droit provincial ne définit pas ni ne peut définir sans restriction le contenu des priorités ou des catégories en matière de faillite. En fait, l’ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite* elle-même constitue une restriction cruciale. Ainsi, bien que chaque province puisse définir et colloquer à ses propres fins des catégories comme celles des «créanciers garantis» et des «fiducies», les lois provinciales qui entrent en conflit avec les dispositions de la *Loi sur la faillite* sont tout simplement inapplicables en matière de faillite. En fait, c’est la conclusion à laquelle notre Cour est clairement arrivée quant aux «créanciers garantis» dans les arrêts *Re Bourgault, Deloitte Haskins* et *BFD*, et quant aux «fiducies» dans l’arrêt *Henfrey Samson*.

Enfin, bien que je reconnaisse que les quatre propositions susmentionnées résument le raisonnement adopté dans le quatuor d’arrêts, je suis d’avis que cette liste serait plus complète si on ajoutait les cinquième et sixième propositions suivantes:

(5) pour déterminer le lien qui existe entre une loi provinciale et la *Loi sur la faillite*, il ne faut pas que la forme du droit créé par la province l’emporte sur le fond. Les provinces n’ont pas

The provinces are not entitled to do indirectly what they are prohibited from doing directly;

- (6) there need not be any provincial intention to intrude into the exclusive federal sphere of bankruptcy and to conflict with the order of priorities of the *Bankruptcy Act* in order to render the provincial law inapplicable. It is sufficient that the effect of provincial legislation is to do so.

le droit de faire indirectement ce qui leur est interdit de faire directement;

- (6) pour que la loi provinciale soit inapplicable, il n'est pas nécessaire que la province ait eu l'intention d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'être en conflit avec la *Loi sur la faillite*. Il suffit que la loi provinciale ait cet effet.

40

I would hope that these propositions need little if any explanation or defence. They are clearly important principles at work in McLachlin J.'s reasons for the majority of the Court in *Henfrey Samson* in concluding that while the province was clearly entitled to define "trust" as it chose for the purposes of provincial law, the substance of the interest created was what was really relevant for the purpose of applying the *Bankruptcy Act*. Furthermore, there was no suggestion in that case that the province intended to subvert the scheme of distribution of the *Bankruptcy Act*. Instead, it had simply enacted a valid law of general application pursuant to its exclusive jurisdiction in relation to property and civil rights in the province, and was attempting to give itself a general priority with respect to collected but unpaid sales tax revenues. The Court ruled that the legislation was only inapplicable upon the occurrence of bankruptcy, because it was then that, if it had been applicable, it would have had the effect of conflicting with the scheme of distribution of the *Bankruptcy Act*.

J'espère que ces propositions n'ont pas vraiment besoin d'être expliquées ou défendues. Ce sont, de toute évidence, d'importants principes qui se dégagent des motifs du juge McLachlin dans l'arrêt *Henfrey Samson*, où elle a conclu, au nom de notre Cour à la majorité, que même si la province était clairement habilitée à définir à sa guise le terme «fiducie» pour les fins du droit provincial, le fond du droit créé était ce qui était réellement pertinent pour les fins de l'application de la *Loi sur la faillite*. De plus, rien n'indiquait dans cet arrêt que la province avait l'intention de modifier le plan de répartition de la *Loi sur la faillite*. Elle avait plutôt simplement adopté une loi valide d'application générale conformément à sa compétence exclusive en matière de propriété et de droits civils, et elle tentait de s'attribuer une priorité générale relativement aux revenus perçus mais non remis au titre de la taxe de vente. Notre Cour a statué que la loi en cause n'était inapplicable qu'en cas de faillite parce que c'est dans ce cas que son application entraînerait un conflit avec le plan de répartition prévu dans la *Loi sur la faillite*.

41

What is more, these fifth and sixth propositions bear a close family resemblance to the doctrine of colourability. In describing the colourability doctrine, Professor Hogg has observed (*supra*, at p. 15-17):

The courts are, of course, concerned with the substance of the legislation to be characterized and not merely its form. The "colourability" doctrine is invoked when a statute bears the formal trappings of a matter within jurisdiction, but in reality is addressed to a matter outside jurisdiction.

Qui plus est, ces cinquième et sixième propositions ont une proche parenté avec la théorie du détournement de pouvoir. En décrivant cette théorie, le professeur Hogg fait remarquer (*op. cit.*, à la p. 15-17):

[TRADUCTION] Les tribunaux s'intéressent, bien entendu, au fond de la loi à qualifier et non simplement à sa forme. On invoque la théorie du «détournement de pouvoir» lorsqu'une loi semblant porter sur un sujet relevant de la compétence d'un gouvernement porte en réalité sur un sujet qui ne relève pas de cette compétence.

See also *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 496-97, *per* Sopinka J. for the Court. The con-

Voir aussi l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, aux pp. 496 et 497, le juge Sopinka, au

cern raised by colourable legislation has also been phrased thus: "it is a very familiar principle that you cannot do that indirectly which you are prohibited from doing directly" (*Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626 (P.C.), at pp. 627-28; see also *Laskin's Canadian Constitutional Law* (5th ed. 1986), vol. 1, at p. 310).

There are, however, two fundamental differences between the doctrine of colourability and the above propositions 5 and 6. First, the doctrine of colourability is a concept which is only applicable in assessing the threshold question of the validity of the impugned legislation, which is to say, its pith and substance. The above propositions, by contrast, continue to apply after having determined the validity of the impugned provincial law when assessing its applicability in the exclusive federal sphere of bankruptcy (see Hogg, *supra*, at p. 15-25). In the case at bar, it has been accepted that the provincial law is valid within its sphere; the question is as to its applicability outside its sphere, when it intrudes into the exclusive federal sphere of bankruptcy and conflicts with federal bankruptcy legislation.

In light of this distinction, it will be evident that none of the quartet cases were concerned with colourable provincial legislation. There was no question as to the validity of the impugned legislation in any of the quartet. Those cases are devoid of any suggestion that the impugned laws were anything other than provincial laws of general application, and thus validly enacted laws under the provinces' exclusive jurisdiction in relation to property and civil rights. Instead, those cases were only concerned with the applicability of provincial laws in bankruptcy, not their validity.

This last observation is also an important additional reason why I respectfully believe that it is inaccurate to interpret the quartet as only prohibiting legislation which "directly improves the priority of a claim". Such a characterization suggests

nom de la Cour. Voici comment on a aussi formulé la préoccupation soulevée par la législation déguisée: [TRADUCTION] «il est un principe très connu selon lequel on ne peut faire indirectement ce qu'il est interdit de faire directement» (*Madden c. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626 (C.P.), aux pp. 627 et 628; voir aussi *Laskin's Canadian Constitutional Law* (5^e éd. 1986), vol. 1, à la p. 310).

Cependant, il existe deux différences fondamentales entre la théorie du détournement de pouvoir et les cinquième et sixième propositions susmentionnées. Premièrement, la théorie du détournement de pouvoir est un concept qui ne s'applique qu'en examinant la question préliminaire de la validité de la loi attaquée, c.-à-d. son caractère véritable. Par contre, les propositions susmentionnées continuent de s'appliquer une fois établie la validité de la loi provinciale attaquée, au moment d'en déterminer l'applicabilité au domaine de compétence fédérale exclusive que constitue la faillite (voir Hogg, *op. cit.*, à la p. 15-25). En l'espèce, on a reconnu que la province avait adopté une loi valide à l'intérieur de son champ de compétence; la question est alors de savoir si elle est applicable en dehors de ce champ, lorsqu'elle empiète sur le domaine de compétence fédérale exclusive que constitue la faillite, et entre en conflit avec la loi fédérale sur la faillite.

Compte tenu de cette distinction, on se rendra compte qu'aucun des arrêts du quatuor ne portait sur une loi provinciale déguisée. Il n'était pas question de la validité des lois qui y étaient attaquées. On n'y laisse aucunement entendre que les lois attaquées étaient autre chose que des lois provinciales d'application générale, qui avaient donc été validement adoptées en vertu de la compétence exclusive des provinces en matière de propriété et de droits civils. Ces arrêts ne portaient plutôt que sur l'applicabilité des lois provinciales en matière de faillite, et non sur leur validité.

Cette dernière observation est aussi une raison importante pour laquelle j'estime, en toute déférence, qu'il est inexact de considérer que le quatuor d'arrêts n'interdit que les lois qui «améliorent directement le rang d'une réclamation». Une telle

that the quartet was concerned with the validity of the impugned laws. However, if the provinces had been attempting to improve the priority of their claims in bankruptcy directly, presumably this Court would simply have declared their laws to be *ultra vires* and invalid for being in relation to an exclusive federal matter, and no question of applicability or operability would ever have arisen.

caractérisation porte à croire que les arrêts du quartet portaient sur la validité des lois attaquées. Cependant, si les provinces avaient tenté d'améliorer directement le rang de leurs réclamations en matière de faillite, notre Cour aurait vraisemblablement déclaré leurs lois inconstitutionnelles et non valides pour le motif qu'elles portaient sur un domaine de compétence fédérale exclusive, et la question de leur applicabilité ne se serait jamais posée.

45

The second crucial distinction between the doctrine of colourability and the above propositions 5 and 6 is that the doctrine of colourability often connotes a legislative intention to intrude into an exclusive federal sphere (see Elizabeth Edinger, "Comment" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 203, at pp. 206-11, and Albert S. Abel, "The Neglected Logic of 91 and 92" (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, at p. 494). But even without such an intention, provincial legislation can quite evidently have the effect of trespassing onto an exclusive federal domain, and would thus be equally subject to an examination as to its applicability in the federal sphere. Were the situation otherwise, our constitutional law would countenance the absurd situation that valid provincial legislation of general application which entered into clear conflict with a valid federal law promulgated in an exclusive federal sphere would be exempt from constitutional challenge. In short, a legislative intention to intrude into an exclusive federal sphere is neither necessary nor sufficient to scrutinize the applicability of provincial law. It is the fact of intrusion, and not the intention to intrude, which is determinative for division of powers purposes.

La deuxième distinction cruciale qui existe entre la théorie du détournement de pouvoir et les cinquième et sixième propositions réside dans le fait que la théorie du détournement de pouvoir laisse souvent entendre qu'il existe une intention du législateur d'empiéter sur un chef de compétence fédérale exclusive (voir Elizabeth Edinger, «Commentaire» (1985), 63 *R. du B. can.* 203, aux pp. 206 à 211, et Albert S. Abel, «The Neglected Logic of 91 and 92» (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, à la p. 494). Cependant, même en l'absence de cette intention, une loi provinciale peut de toute évidence avoir pour effet d'empiéter sur un domaine de compétence fédérale exclusive, et donner ainsi lieu à un examen de son applicabilité dans le domaine de compétence fédérale. S'il en était autrement, notre droit constitutionnel se trouverait à admettre la situation absurde dans laquelle une loi provinciale valide d'application générale, qui entre nettement en conflit avec une loi fédérale valide adoptée dans un domaine de compétence fédérale exclusive, échapperait à toute contestation de nature constitutionnelle. Bref, il n'est ni nécessaire ni suffisant que le législateur ait eu l'intention d'empiéter sur un domaine de compétence fédérale exclusive pour que puisse être examinée l'applicabilité d'une loi provinciale. C'est l'empiètement en soi, et non l'intention d'empiéter, qui est déterminant aux fins du partage des pouvoirs.

46

As a result, the inquiry in the case at bar must be limited to assessing whether, if applied in bankruptcy, the effect of s. 133 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, would be to conflict with the scheme of distribution in the *Bankruptcy Act*. It is this question which I now address.

En conséquence, l'examen en l'espèce ne doit viser qu'à déterminer si l'application en matière de faillite de l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan aurait pour effet d'engendrer un conflit avec le plan de répartition prévu dans la *Loi sur la faillite*. C'est cette question que je vais maintenant examiner.

C. *Application of the Quartet to Section 133 of the Saskatchewan Workers' Compensation Act, 1979*

(i) The Nature of the Legal Interest Created by Section 133

As I indicated earlier, it is important to examine the operation of s. 133 as a whole in order to address the issue raised in this appeal. This provision creates a curious scheme of liability. Section 133(1) imposes a duty on a principal to ensure that its contractor pays into the Workers' Compensation fund, and declares the principal absolutely liable for those payments in the event of the contractor's default. Using the language of the Civil Law, one might say that the principal (or owner) is under an obligation of diligence or means to ensure that the contractor makes its payments, and in the event of the contractor's default the principal is under an obligation of guarantee to the Board for those payments (see Paul-André Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie* (1989), at pp. 8-14). Section 133(3) then entitles the principal to withhold and indemnify itself from any funds owing to the contractor if the principal is deemed liable for the contractor's debt to the Board. In other words, it entitles a principal to set off against monies owing to the contractor the principal's claim for having paid the contractor's assessments. Finally, s. 133(4) empowers the Board to determine all questions as to the right and amount of the principal's indemnity for discharging the contractor's obligation.

In essence, under this scheme the principal is the surety or guarantor of the contractor's obligation, with the right and extent of the principal's indemnification from the withheld funds being determined by the provincial Workers' Compensation Board. It is abundantly clear that it is the contractor's obligation which is primarily in issue, since s. 133(3) entitles the principal to be indemnified "by

C. *Application du quatuor d'arrêts à l'article 133 de The Workers' Compensation Act, 1979, de la Saskatchewan*

(i) La nature du droit créé par l'art. 133

Comme je l'ai déjà indiqué, il importe d'examiner globalement l'application de l'art. 133 pour trancher la question soulevée en l'espèce. Cette disposition crée un étrange régime de responsabilité. En vertu du par. 133(1), le commettant a l'obligation de veiller à ce que l'entrepreneur effectue ses paiements à la caisse des accidents de travail, et il est entièrement responsable de ces paiements si l'entrepreneur néglige de les faire. Pour reprendre les termes du droit civil, le commettant (ou propriétaire) est tenu, en vertu d'une obligation de diligence ou de moyens, de s'assurer que l'entrepreneur effectue ses paiements, et il a, en cas de défaut de ce dernier, une obligation de garantie envers la Commission relativement à ces paiements (voir Paul-André Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie* (1989), aux pp. 8 à 14). Le paragraphe 133(3) habilite ensuite le commettant à faire des retenues et à s'indemniser sur toute somme due à l'entrepreneur dans la mesure où il est considéré comme responsable de la dette de l'entrepreneur envers la Commission. En d'autres termes, cette disposition habilite un commettant à opérer compensation entre les sommes dues à l'entrepreneur et sa réclamation, du fait qu'il a payé les cotisations de l'entrepreneur. Enfin, le par. 133(4) habilite la Commission à trancher toutes les questions relatives au droit du commettant d'être indemnisé et au montant de cette indemnité, du fait qu'il a satisfait à l'obligation de l'entrepreneur.

Sous ce régime, le commettant est essentiellement la personne qui se porte caution ou le répondant de l'obligation de l'entrepreneur, et c'est la commission des accidents du travail de la province qui détermine le droit du commettant d'être indemnisé sur les fonds retenus, ainsi que le montant de cette indemnité. Il est très clair que c'est l'obligation de l'entrepreneur qui est principale-

any person who should have made the payment” (emphasis added).

Furthermore, when ss. 133(1) and (3) operate in tandem as intended by this legislation, the principal's right to withhold and be indemnified from monies owing to the contractor in the event that the principal is deemed responsible for the contractor's liability means that the principal will ultimately not be responsible for that liability. Instead, the debt to the Board is effectively discharged with property of the contractor when the principal exercises its right of set-off. Differently put, when ss. 133(1) and (3) operate together, the principal is no worse off after having acted as the contractor's surety. The principal's estate or, to use Civil Law terminology, its patrimony remains entirely unaffected even after discharging its "personal" liability to the Board. As a result of the principal's right of set-off against monies owing to the contractor, it is the contractor's estate or patrimony which is diminished to the extent of the assessments owing to the Board. The reality of this scheme, then, is that the contractor discharges its own liability to the Board, mediated through the legally compelled agency of the principal.

I would add that this is not a scheme of joint and several liability, since the principal and the contractor are not joint co-debtors at the outset. Nor does the Board have an unfettered choice as to which party to sue for recovery for outstanding fund payments, as it would if the principal and contractor were jointly and severally liable for the assessments. (See, for the accepted definitions of joint and several liability: Gerald H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, at pp. 350-51; Glanville L. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), at pp. 49-50; *County of Parkland No. 31 v. Stetar*, [1975] 2 S.C.R. 884, at p. 899 (per Dickson J. as he then was).) Instead, upon default a personal liability of the principal is created for the amount owed by the contractor. As a result, the principal is compelled

ment en cause puisque le par. 133(3) donne au commettant le droit d'être indemnisé «par toute personne qui aurait dû faire ce paiement» (je souligne).

De plus, si les par. 133(1) et (3) sont appliqués ensemble comme le prévoit la loi, le droit du commettant, lorsqu'il est considéré comme responsable de l'obligation de l'entrepreneur, de faire des retenues et d'être indemnisé sur les sommes dues à cet entrepreneur, signifie que le commettant ne sera pas en dernière analyse responsable de cette obligation. La dette envers la Commission est plutôt réglée sur les biens de l'entrepreneur lorsque le commettant exerce son droit de compensation. En d'autres termes, lorsque les par. 133(1) et (3) sont appliqués ensemble, le commettant n'est pas dans une situation pire après avoir agi à titre de caution de l'entrepreneur. L'actif du commettant ou son patrimoine, pour employer la terminologie du droit civil, ne change pas même après qu'il se soit acquitté de son obligation «personnelle» envers la Commission. Vu que le commettant possède un droit d'opérer compensation sur les sommes dues à l'entrepreneur, c'est l'actif ou le patrimoine de ce dernier qui se trouve diminué dans la mesure des cotisations dues à la Commission. Ce régime prévoit en fait que l'entrepreneur s'acquitte de sa propre obligation envers la Commission, par l'intermédiaire du commettant comme l'exige la Loi.

J'ajouterais qu'il ne s'agit pas d'un régime de responsabilité solidaire puisque le commettant et l'entrepreneur ne sont pas codébiteurs au départ. La Commission n'est pas non plus libre de choisir la partie contre qui elle intentera une action en recouvrement des montants non payés à la caisse, comme ce serait le cas si le commettant et l'entrepreneur étaient solidairement responsables des cotisations. (Pour les définitions reconnues de la responsabilité solidaire, voir Gerald H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, aux pp. 350 et 351; Glanville L. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), aux pp. 49 et 50; *Comté de Parkland n° 31 c. Stetar*, [1975] 2 R.C.S. 884, à la p. 899 (le juge Dickson, plus tard Juge en chef).) En cas de défaut, naît une obligation personnelle du commettant pour la somme due

by statute to act as the surety for the contractor's obligation to the Board. I therefore believe that it is more accurate to characterize this provision as creating a form of involuntary, statutory suretyship. It is of course arguable that when the Board deems the principal liable for the contractor's default, they are jointly and severally liable for the assessment, even though the provision does not so specify expressly. But even this would only be an incident of the statutory suretyship in s. 133.

It is also clear that while formally the contractor is potentially liable for two debts, namely the debt to the Board for the unpaid assessment and the potential debt to the principal if the principal pays the contractor's assessment, the reality is that these are one and the same as against the contractor. The contractor cannot be liable for both cumulatively. There is thus an inseparable nexus between the Board's claim against the contractor and the principal's potential claim against the contractor. This point was well stated by Swinfen Eady L.J. in discussing the nature of suretyship in *Re Melton; Milk v. Towers*, [1918] 1 Ch. 37, at pp. 47-48, followed in *Re Coughlin & Co.* (1923), 4 C.B.R. 294, at p. 300 (Man. C.A.):

It may well be that technically there are two claims against the debtor in respect of the transaction and two separate liabilities of the debtor arising out of the transaction. One of these is the debtor's liability to the bank for the money that he owed. The other, which is a separate liability arising out of the contract of guarantee, is the debtor's liability to indemnify the sureties in respect of their liability to the principal creditor. Technically, they are two separate liabilities, but in substance they are the same; and in respect of that liability there could not be a double proof against the estate. [Emphasis added.]

As a result, in light of the wording of s. 133 creating a form of involuntary suretyship, I would respectfully qualify Iacobucci J.'s characterization of this provision as imposing joint and several lia-

par l'entrepreneur. En conséquence, le commettant est tenu, en vertu de la Loi, d'agir à titre de caution relativement à l'obligation de l'entrepreneur envers la Commission. J'estime donc qu'il est plus exact de dire que cette disposition crée une forme de cautionnement légal involontaire. On peut certes soutenir que, lorsque la Commission juge le commettant responsable de la cotisation en cas de défaut de l'entrepreneur, ceux-ci sont solidairement responsables de cette cotisation, même si la disposition ne le prévoit pas expressément. Cependant, même cela ne serait qu'un accessoire du cautionnement légal prévu à l'art. 133.

Il est également clair que, même si, formellement, l'entrepreneur peut éventuellement être responsable de deux dettes, à savoir celle envers la Commission au titre de la cotisation impayée et la dette potentielle envers le commettant si ce dernier paie la cotisation en question, il reste qu'il s'agit d'une seule et même dette exigible de l'entrepreneur. L'entrepreneur ne peut être responsable des deux cumulativement. Il existe donc un lien indissociable entre la réclamation de la Commission contre l'entrepreneur et la réclamation potentielle du commettant contre l'entrepreneur. Ce point a été bien exposé par le lord juge Swinfen Eady lorsqu'il a examiné la nature du cautionnement dans *Re Melton; Milk c. Towers*, [1918] 1 Ch. 37, aux pp. 47 et 48, suivi dans *Re Coughlin & Co.* (1923), 4 C.B.R. 294, à la p. 300 (C.A. Man.):

[TRADUCTION] En principe, il se peut qu'il y ait deux réclamations contre le débiteur à l'égard de l'opération et que cette dernière ait donné naissance à deux obligations distinctes du débiteur. L'une de ces obligations est celle que le débiteur a envers la banque relativement à l'argent qu'il lui doit. L'autre, qui constitue une obligation distincte découlant du contrat de garantie, est l'obligation du débiteur d'indemniser les cautions relativement à l'obligation qu'elles ont envers le créancier commettant. Il s'agit en principe de deux obligations distinctes, mais au fond c'est la même; il n'était pas possible, relativement à cette obligation, de réclamer deux fois contre la faillite. [Je souligne.]

En définitive, compte tenu du libellé de l'art. 133 qui crée une forme de cautionnement involontaire, j'apporterais en toute déférence une réserve à la qualification de solidaire que le juge Iacobucci

bility on the principal and the contractor for the unpaid assessments (see paras. 129, 183, 184).

attribue à la responsabilité imposée par cette disposition au commettant et à l'entrepreneur relativement aux cotisations impayées (voir les par. 129, 183 et 184).

53 With these preliminary remarks on the structure of the scheme of liability in s. 133 in mind, it is clear that when s. 133(1) operates in combination with s. 133(3), the effect is to secure the claim of the Board against assets of the contractor. This is accomplished through the combined operation of the statutory deemed debt imposed on the principal in the event of the contractor's default and the right of the principal to withhold and be indemnified from monies owing to the contractor. Thus, the combined effect of the deemed debt in s. 133(1) and set-off in s. 133(3) secures the Board's claim against the contractor's assets.

En gardant à l'esprit ces remarques préliminaires sur l'économie du régime de responsabilité établi à l'art. 133, il est clair que l'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur. C'est ce qui se produit lorsque l'on conjugue la dette réputée que la loi impose au commettant en cas de défaut de paiement de la part de l'entrepreneur et le droit du commettant de faire des retenues et de s'indemniser sur les sommes dues à l'entrepreneur. En conséquence, la dette réputée, visée au par. 133(1), et la compensation prévue au par. 133(3) ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur.

54 Read in this way, s. 133 creates a straightforward security device. This device secures the claim of the Board. When s. 133(1) operates in tandem with s. 133(3), the principal becomes nothing more than a conduit for transferring to the Board monies which are otherwise owed to the contractor. In other words, the principal essentially transfers an asset of the contractor (i.e., monies owing from the principal to the contractor) to the Board. This is because it is the contractor's liability for unpaid assessments which is imposed on the principal, and the contractor's monies which are withheld as security in order to be paid to the Board for the contractor's default. While s. 133(1) speaks of the principal's personal liability in the event of the contractor's default, the reality of the matter is that it is the contractor who is still liable, since as a result of s. 133(3) monies owing to the contractor are used to satisfy the debt owing to the Board. The contractor's patrimony is diminished to the extent of the liability to the Board for the unpaid assessment, whereas the size of the principal's patrimony remains unaffected. The net effect is thus that the contractor's liability is discharged out of its own property, and not from any property of the principal. The exercise of set-off, triggered by the

Suivant cette interprétation, l'art. 133 crée un simple instrument de garantie. Cet instrument garantit la réclamation de la Commission. Lorsque les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble, le commettant ne devient rien d'autre qu'un intermédiaire dont le rôle est de transférer à la Commission des sommes par ailleurs dues à l'entrepreneur. En d'autres termes, le commettant se trouve essentiellement à transférer à la Commission un élément d'actif de l'entrepreneur (c.-à-d., les sommes qu'il doit à l'entrepreneur). Il en est ainsi parce que c'est l'obligation de l'entrepreneur au titre des cotisations impayées qui est imposée au commettant, et parce que ce sont les sommes de l'entrepreneur qui sont retenues à titre de garantie pour être versées à la Commission en cas de défaut de la part de l'entrepreneur. Bien que le par. 133(1) précise que le commettant est personnellement responsable en cas de défaut de la part de l'entrepreneur, il reste que c'est l'entrepreneur qui l'est toujours puisque, par application du par. 133(3), les sommes qui lui sont dues servent à régler la dette envers la Commission. Le patrimoine de l'entrepreneur se trouve diminué proportionnellement à la dette envers la Commission au titre des cotisations impayées, alors que celui du commettant demeure intact. En

deemed debt, thus has the effect of securing the Board's claim against the contractor's assets.

(ii) Does Section 133 Apply in Bankruptcy?

It is apparent that it is the set-off component of this device, s. 133(3), which effects a security interest in property of the contractor. But the right to set-off is triggered — and thus the security interest created — by the Board when it decides to create a deemed debt and impose liability on the principal for the contractor's liability. This right is, of course, perfectly valid outside of bankruptcy. The question is whether it continues to apply or operate in bankruptcy. In order to answer this question, a few words about the operation of set-off in bankruptcy are in order.

(a) *The Operation of Set-Off in Bankruptcy*

In *Lister v. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174 (C.A.), Fletcher Moulton L.J. stated what has become one of the most accepted rationales for allowing set-off in bankruptcy (at p. 178):

The right of set-off in bankruptcy has been dealt with by various statutes, but takes its origin from the fact that the jurisdiction in bankruptcy was from the first an equitable jurisdiction. The successive statutory formulations of the consequence of this principle, embodied in the clauses as to mutual credit, dealings, &, have never altered this fundamental principle, and, speaking for myself, I cannot see any ground why in the present instance the injustice should be perpetrated of making a person who in the balance is not a debtor to the estate pay in full the sum due to the estate and receive only a dividend on the sums due from the estate.

(See also *Fredericton Co-operative Ltd. v. Smith* (1921), 2 C.B.R. 154 (N.B.K.B.), at pp. 157-58; *Atlantic Acceptance Corp. v. Burns & Dutton Con-*

fin de compte, ce sont les biens mêmes de l'entrepreneur qui servent à acquitter sa dette et non ceux du commettant. L'exercice de compensation, auquel donne lieu la dette réputée, a donc pour effet de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur.

(ii) L'article 133 s'applique-t-il en matière de faillite?

Il est évident que c'est l'élément «compensation» de cet instrument, au par. 133(3), qui crée une garantie sur les biens de l'entrepreneur. Cependant, c'est la Commission qui déclenche l'application du droit à la compensation — et qui crée ainsi la garantie — lorsqu'elle décide d'établir une dette réputée et d'imposer au commettant une obligation relativement à la dette de l'entrepreneur. Ce droit est bien entendu parfaitement valide en dehors du contexte de la faillite. La question est de savoir s'il continue de s'appliquer en matière de faillite. Pour répondre à cette question, il convient de dire quelques mots au sujet de l'application de la compensation en matière de faillite.

a) *L'application de la compensation en matière de faillite*

Dans l'arrêt *Lister c. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174 (C.A.), le lord juge Fletcher Moulton a formulé ce qui est devenu l'une des justifications les plus acceptées de la compensation en matière de faillite (à la p. 178):

[TRADUCTION] Le droit de compensation en matière de faillite a été traité dans diverses lois, mais il tire son origine du fait que la compétence en cette matière était initialement une compétence d'*equity*. Les formulations légales successives de la conséquence de ce principe, incorporées dans les dispositions sur le crédit mutuel, les opérations, etc., n'ont jamais eu pour effet de modifier ce principe fondamental et, personnellement, je ne vois en l'espèce aucun motif de commettre l'injustice d'obliger une personne, qui, finalement, n'est pas un débiteur de la faillite, à payer toute la somme due au failli et à ne recevoir de la faillite qu'une quote-part des sommes dues.

(Voir aussi *Fredericton Co-operative Ltd. c. Smith* (1921), 2 C.B.R. 154 (B.R.N.-B.), aux pp. 157 et 158; *Atlantic Acceptance Corp. c. Burns & Dutton*

struction (1962) Ltd. (1970), 14 D.L.R. (3d) 175 (Alta. C.A.), at p. 184; and, for a particularly thorough and helpful discussion of the issues relating to set-off in bankruptcy and insolvency, see Kelly R. Palmer, *The Law of Set-Off in Canada* (1993), at pp. 157-223.)

57

In the bankruptcy context, a right to set-off necessarily has the effect of securing the claim of the party claiming set-off against assets of the bankrupt's estate. This was recently recognized in unambiguous terms by Lord Hoffman in his speech for the unanimous House of Lords in *Stein v. Blake*, [1995] 2 All E.R. 961. His Lordship stated at p. 964:

Bankruptcy set-off . . . affects the substantive rights of the parties by enabling the bankrupt's creditor to use his indebtedness to the bankrupt as a form of security. Instead of having to prove with other creditors for the whole of his debt in the bankruptcy, he can set off pound for pound what he owes the bankrupt and prove for or pay only the balance.

58

The security character of set-off is also borne out in several academic authorities. John A. M. Judge and Margaret E. Grotenthaler note in their article "Legal and Equitable Set-Offs" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 91, in discussing equitable set-off, which alone operates in the context of an assignment (at p. 92):

The application of equitable set-off answers, in whole or in part, the plaintiff's claim. In this sense it has a self-help remedial aspect. Because equitable set-off applies as against an assignee, a security interest is effectively created in favour of the defendant which takes priority over the claim of the assignee. [Emphasis added.]

They later add (at p. 117):

If successful on his equitable set-off, the defendant's claim will be paid in full, or at least to the extent of the plaintiff's claim. Therefore, equitable set-off in effect

Construction (1962) Ltd. (1970), 14 D.L.R. (3d) 175 (C.A. Alb.), à la p. 184; et pour un examen particulièrement approfondi et utile des questions de compensation dans le contexte de la faillite et de l'insolvabilité, voir Kelly R. Palmer, *The Law of Set-Off in Canada* (1993), aux pp. 157 à 223.)

Dans le contexte de la faillite, un droit à la compensation a nécessairement pour effet de garantir la réclamation de la partie qui invoque la compensation sur les biens de l'actif du failli. Cela a récemment été clairement reconnu par lord Hoffman dans les propos qu'il a tenus au nom de la Chambre des lords à l'unanimité, dans l'arrêt *Stein v. Blake*, [1995] 2 All E.R. 961. Sa Seigneurie dit à la p. 964:

[TRADUCTION] La compensation en matière de faillite [. . .] touche les droits substantiels des parties en permettant au créancier du failli de se servir de sa dette envers le failli comme une forme de garantie. Au lieu d'avoir à faire une preuve avec les autres créanciers relativement à l'ensemble de sa créance dans la faillite, il peut opérer compensation pour une somme égale à sa dette envers le failli et faire seulement une preuve relative au solde ou payer ce solde.

Plusieurs auteurs reconnaissent également que la compensation tient d'une garantie. John A. M. Judge et Margaret E. Grotenthaler précisent dans leur article intitulé «Legal and Equitable Set-Offs» (1991), 70 *R. du B. can.* 91, relativement à l'examen de la compensation en *equity* qui est la seule à s'appliquer dans le contexte d'une cession (à la p. 92):

[TRADUCTION] L'application de la compensation en *equity* satisfait, en totalité ou en partie à la réclamation de la partie demanderesse. En ce sens, elle comporte un aspect d'autoredressement. Du fait que la compensation en *equity* s'applique contre un cessionnaire, il y a en réalité création d'une garantie en faveur de la partie défenderesse, qui a priorité sur la réclamation du cessionnaire. [Je souligne.]

Ils affirment plus loin (à la p. 117):

[TRADUCTION] Si la partie défenderesse réussit à faire appliquer la compensation en *equity*, sa réclamation sera réglée en totalité, ou tout au moins jusqu'à concurrence de la réclamation de la partie demanderesse. En conséquence, la compensation en *equity* donne en fait à un

gives an unsecured defendant priority over all secured and unsecured creditors.

Similarly, Palmer notes (*supra*, at p. 204):

... by allowing set-off to operate in a bankruptcy, an otherwise unsecured creditor can obtain a secured status and so can be paid the full value of the debt owed by the bankrupt before the general distribution of the estate to unsecured creditors.

Palmer also observes that the operation of set-off has been described as creating a “quasi-lien” against the cross-demand of the estate (Palmer, *supra*, at p. 206). The operation of set-off in bankruptcy can therefore be said to confer on the party claiming set-off a security interest or “quasi-lien” against assets of the bankrupt’s estate.

Indeed, as a result of creating a type of security interest in the estate, the operation of set-off in bankruptcy has been the subject of academic criticism: see Palmer, *supra*, at pp. 204-7; Judge and Grottenthaler, *supra*, at p. 117; John C. McCoid, “Setoff: Why Bankruptcy Priority?” (1989), 75 *Va. L. Rev.* 15, and for counterpoint, Philip T. Lacy, “Setoff and the Principle of Creditor Equality” (1992), 43 *S. Cal. L. Rev.* 951. The central criticism has been that while outside of bankruptcy set-off strikes a fair balance between two parties with mutual obligations, in bankruptcy the material inquiry should be the rights of the estate’s creditors *inter se*. An inquiry which considers the rights of creditors *inter se* must necessarily consider a broader range of interests than an inquiry limited to ensuring fairness between only two parties (McCoid, *supra*, at p. 43). Thus, allowing set-off in bankruptcy has been considered as unfairly limiting the class of relevant interests. The concern has also been voiced that allowing set-off in bankruptcy (Judge and Grottenthaler, *supra*, at p. 117):

... is disruptive of a complex and sophisticated system developed for establishing priorities amongst creditors

créancier chirographaire défendeur priorité sur l’ensemble des créanciers garantis ou non.

De même, Palmer souligne (*op. cit.*, à la p. 204):

[TRADUCTION] ... en permettant l’application de la compensation dans un contexte de faillite, un créancier par ailleurs chirographaire peut obtenir un statut de créancier garanti et se faire payer en totalité le montant dû par le failli, et ce, avant le partage général de l’actif entre les créanciers chirographaires.

Palmer fait aussi remarquer que l’application de la compensation a été décrite comme créant un «quasi-privège» relativement à la demande reconventionnelle de la faillite (Palmer, *op. cit.*, à la p. 206). On peut donc affirmer que l’application de la compensation en matière de faillite confère à la partie qui la demande une garantie ou un «quasi-privège» sur les biens de la faillite.

Du fait qu’elle crée une sorte de garantie sur l’actif de la faillite, l’application de la compensation en matière de faillite a été critiquée par la doctrine: voir Palmer, *op. cit.*, aux pp. 204 à 207, Judge et Grottenthaler, *loc. cit.*, à la p. 117, John C. McCoid, «Setoff: Why Bankruptcy Priority?» (1989), 75 *Va. L. Rev.* 15, et en contrepoint, Philip T. Lacy, «Setoff and the Principle of Creditor Equality» (1992), 43 *S. Cal. L. Rev.* 951. La principale critique est la suivante: alors qu’en dehors du contexte de la faillite, la compensation permet d’établir un juste équilibre entre deux parties ayant des obligations mutuelles, l’examen, en matière de faillite, devrait porter essentiellement sur les droits des créanciers de la faillite entre eux. Un examen qui tient compte des droits des créanciers entre eux doit nécessairement tenir compte d’un plus vaste éventail de droits qu’un examen qui ne vise qu’à garantir l’équité entre deux parties seulement (McCoid, *loc. cit.*, à la p. 43). On a considéré que permettre la compensation en matière de faillite restreint de façon inéquitable la catégorie d’intérêts pertinents. On s’est également préoccupé du fait que permettre la compensation en matière de faillite (Judge et Grottenthaler, *loc. cit.*, à la p. 117):

[TRADUCTION] ... perturbe un régime complexe conçu pour établir un ordre de priorité entre les créanciers de

of various types, particularly where registration of a secured interest is required.

This second concern is thus to the effect that allowing set-off gives a claimant the benefit of a security interest without imposing the important concomitant obligation of registering that interest.

60

While this academic debate is undoubtedly interesting, the fact remains that our Parliament has recognized in s. 97(3) of the *Bankruptcy Act* that the "law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt". As a result, in the bankruptcy context, the law of set-off allows a debtor of a bankrupt who is also a creditor of the bankrupt to refrain from paying the full debt owing to the estate, since it may be that the estate will only fulfil a portion, if that, of the bankrupt's debt. Consequently, in this limited sense the party claiming set-off has Parliament's blessing for the "reordering" of his priority in bankruptcy by virtue of the operation of the law of set-off.

61

But there is an inherent limit to this deference to the provincial law of set-off. While the operation of set-off is permitted to allow for the party claiming set-off to recover from the estate ahead of the stipulated order of his claim under the *Bankruptcy Act*, it most emphatically is not permitted to allow for the operation of provincial legislation to reorder the priorities of third parties against the estate — and by "third parties" I do of course mean the priority of any person other than the person who claims set-off against the estate. If provincial legislation were to have this effect, on the consistent authority of the quartet it must be declared inapplicable in bankruptcy.

62

Indeed, the existence of such an intrinsic constitutional limit to the application of provincial law in relation to property and civil rights has also been found in the context of defining secured creditors. The *Bankruptcy Act* defines "secured creditor" in s. 2, but defers to provincial law for the purpose of creating secured claims. The quartet of cases in

divers types, notamment dans le cas où l'enregistrement d'un droit garanti est requis.

Dans ce cas, on s'inquiète du fait que permettre la compensation confère à un demandeur l'avantage d'une garantie sans qu'il n'ait à s'acquitter de l'obligation concomitante d'enregistrer ce droit.

Bien que ce débat théorique soit certainement intéressant, il reste que le législateur fédéral a reconnu, au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*, que «[l]es règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli». Dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent donc au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler la totalité de la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli. En conséquence, dans ce sens restreint, le législateur fédéral autorise la partie qui invoque la compensation à «modifier» l'ordre de priorité qu'il a établi en matière de faillite, en raison de l'application des règles de la compensation.

Pendant, il existe une limite inhérente à ce respect envers les règles provinciales de la compensation. Bien que la compensation puisse permettre à la partie qui l'invoque d'être colloquée plus favorablement qu'elle ne le serait suivant l'ordre de priorité établi en vertu de la *Loi sur la faillite*, elle ne peut absolument pas être admise de façon à ce que l'application d'une loi provinciale modifie l'ordre de priorité des réclamations de tierces parties contre la faillite — et par «tierces parties», j'entends bien sûr la priorité de rang de toute personne autre que celle qui invoque la compensation sur l'actif de la faillite. Si la loi provinciale devait avoir cet effet, il faudrait, toujours en vertu du quatuor d'arrêts, la déclarer inapplicable en cas de faillite.

De fait, on a aussi conclu qu'il existait, dans le contexte de la définition des créanciers garantis, une telle restriction constitutionnelle intrinsèque à l'application du droit provincial relatif à la propriété et aux droits civils. La *Loi sur la faillite* définit l'expression «créancier garanti» à l'art. 2, mais s'en remet au droit provincial pour ce qui est

this Court decided that the provinces are entitled to define secured creditors as they wish for their own purposes, but in bankruptcy those definitions which have the effect of reordering the priorities in the *Bankruptcy Act* are simply without application. In the same vein, the law of set-off is permitted to operate, but only to the extent that provincial legislation purporting to create a set-off does not have the effect of reordering federal priorities with respect to the claims of third parties against the estate. Federal deference to provincial law is thus necessarily limited by the order of priorities in the *Bankruptcy Act*.

Differently put, to paraphrase Wilson J. in *Deloitte Haskins, supra*, at p. 806 (who in turn was discussing the ratio of this Court's decision in *Re Bourgault, supra*), the question in the case at bar is not whether a proprietary interest has been created under the relevant provincial legislation by combining the instruments of deemed debt and set-off. It is whether the provincial legislation, even if it has created a proprietary interest, can defeat the scheme of distribution under s. 136 of the *Bankruptcy Act*. In the case at bar, it will defeat that scheme if it secures against the estate the claims of third parties whom Parliament has given a lower priority under s. 136.

The question in this appeal thus reduces to the following: does the operation of s. 133 have the effect of reordering federal priorities with respect to the claims of any third parties against the estate?

(b) *Does Section 133 Affect Bankruptcy Priorities?*

Prior to bankruptcy, the security device created by s. 133(3) and triggered by s. 133(1) is, of course, perfectly within the province's jurisdiction. However, if applicable in the event of bankruptcy, it would enter into conflict with the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act*. Parliament has

de créer des réclamations garanties. Dans le quantum d'arrêts, notre Cour a décidé que les provinces ont le droit de définir à leurs propres fins, comme elles l'entendent, l'expression «créanciers garantis»; cependant, dans un contexte de faillite, les définitions qui ont pour effet de modifier l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite* ne s'appliquent tout simplement pas. De la même façon, on admet que les règles de la compensation s'appliquent, mais seulement dans la mesure où les lois provinciales censées créer un droit de compensation n'ont pas pour effet de modifier l'ordre de priorité fédéral relativement aux réclamations de tierces parties contre l'actif. Le respect dont le fédéral doit faire preuve envers les lois provinciales est nécessairement limité par l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*.

En d'autres termes, pour paraphraser le juge Wilson dans l'arrêt *Deloitte Haskins*, précité, à la p. 806 (qui y analysait le raisonnement de notre Cour dans *Re Bourgault*, précité), la question en l'espèce n'est pas de savoir si la loi provinciale pertinente a créé un droit de propriété en conjuguant les instruments de la dette réputée et de la compensation. Il s'agit plutôt de savoir si, même si elle a créé un droit de propriété, la loi provinciale peut contrecarrer le plan de répartition établi à l'art. 136 de la *Loi sur la faillite*. En l'espèce, elle contrecarrera ce régime si elle confère une garantie sur l'actif aux réclamations de tierces parties, auxquelles le législateur fédéral a accordé un rang inférieur dans l'ordre de priorité établi à l'art. 136.

La question en litige se ramène donc à la suivante: l'application de l'art. 133 a-t-elle pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la loi fédérale relativement aux réclamations produites par des tierces parties contre l'actif?

(b) *L'article 133 modifie-t-il l'ordre de priorité en matière de faillite?*

Avant une faillite, l'instrument de garantie, créé par le par. 133(3) et déclenché par le par. 133(1), relève parfaitement de la compétence de la province. Cependant, s'il était applicable en cas de faillite, il entrerait en conflit avec le plan de répartition établi par la *Loi sur la faillite*. Le législateur

expressly indicated in s. 136(1)(h) that “all indebtedness of the bankrupt under any Workmen’s Compensation Act” is to rank eighth in the list of preferred claims, to be distributed after the claims of secured creditors. By contrast, the combined effect of ss. 133(1) and (3) of the Saskatchewan *Workers’ Compensation Act, 1979*, is to secure the Board’s claim against the bankrupt’s estate ahead of its priority under the *Bankruptcy Act*. The two laws in their operation give rise to different and inconsistent orders of priority and are thereby in conflict. They operate as contrary directives as to the way assets on bankruptcy are to be distributed.

fédéral a expressément indiqué, à l’al. 136(1)h), que «toutes dettes contractées par le failli sous l’autorité d’une loi sur les accidents du travail» occupent le huitième rang dans la liste des réclamations privilégiées et passent après les réclamations des créanciers garantis. Par contre, les par. 133(1) et (3) de *The Workers’ Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan ont pour effet conjugué de colloquer plus favorablement la réclamation de la Commission contre l’actif du failli qu’elle ne le serait en vertu de la *Loi sur la faillite*. Ces deux lois, dans leur application, établissent des ordres de priorité différents et incompatibles et sont de ce fait en conflit. Elles donnent des directives contradictoires quant à la façon de partager les biens du failli.

66

To explain how this result is effected, it is first important to remember that monies owing to the contractor but withheld by the principal are debts due to the bankrupt. They are thus unquestionably “property of the bankrupt” under the *Bankruptcy Act*, since s. 2 of the Act defines “property” to include “obligations”. The monies held back are simply accounts receivable of the bankrupt (see, for example, *Re Invitation Prêt-à-Porter Inc.; Miller v. Polbro Realty Co.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 54, at p. 58 (Que. S.C.); L. W. Houlden and C. H. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3rd ed. 1993), vol. 1, at F§45; Lewis Duncan and John D. Honsberger, *Bankruptcy in Canada* (3rd ed. 1961), at pp. 307-8).

Pour expliquer ce résultat, il est tout d’abord important de se rappeler que les sommes dues à l’entrepreneur mais retenues par le commettant sont des dettes envers le failli. Ce sont indéniablement des «biens d’un failli» au sens de la *Loi sur la faillite*, puisque le terme «biens» défini à l’art. 2 de la Loi inclut les «obligations». Les sommes retenues sont simplement des comptes débiteurs du failli (voir, par exemple, *Re Invitation Prêt-à-Porter Inc.; Miller c. Polbro Realty Co.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 54, à la p. 58 (C.S. Qué.); L. W. Houlden et C. H. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3^e éd. 1993), vol. 1, à F§45; Lewis Duncan et John D. Honsberger, *Bankruptcy in Canada* (3^e éd. 1961), aux pp. 307 et 308).

67

Next, it is accepted that where the principal retains monies owing to the contractor, the Board’s decision to deem the principal liable for the contractor’s assessment has the effect of allowing the principal a right of set-off against the bankrupt estate. This right of set-off allows the principal to realize on a security interest or “quasi-lien” against the estate. However, this process of realization has the effect of securing the Board’s claim against the estate. The estate is diminished to the extent of the contractor’s liability to the Board, and the Board is correspondingly enriched by an identical amount. The principal’s estate or patrimony remains unaffected. The Board’s claim

Ensuite, il est reconnu que, dans le cas où le commettant retient des sommes dues à l’entrepreneur, la décision de la Commission de considérer que le commettant est responsable de la cotisation de l’entrepreneur a pour effet d’accorder à ce commettant un droit de compensation sur l’actif du failli. Ce droit de compensation permet au commettant de réaliser une garantie ou un «quasi-privilège» sur l’actif. Cependant, cette réalisation a pour effet de garantir la réclamation de la Commission sur l’actif du failli. L’actif se trouve alors diminué de la somme que l’entrepreneur doit à la Commission, et la Commission, quant à elle, se trouve enrichie d’un montant identique. L’actif du

has thus been secured against the bankrupt estate, mediated through the legally compelled agency of the principal.

Nor, incidentally, can this process be justified by reference to the law of set-off. While the law of set-off incorporated by reference in s. 97(3) of the *Bankruptcy Act* would permit the principal to secure its own claim against the estate, it does not permit the province to enact legislation which confers the same benefit on a third party, in this case the Board, since such legislation would have the effect of reordering priorities with respect to an entire class of preferred claims. We have consistently held that the deference to provincial law in the *Bankruptcy Act* does not extend to the reordering of claims against the estate. At that point, provincial law simply ceases to apply for intruding into an exclusive federal sphere. Such, then, must also be the fate of the impugned legislation in this appeal.

I therefore respectfully disagree with the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742, in holding that ss. 9(3) and (4) of the Ontario *Workers' Compensation Act*, R.S.O. 1980, c. 539 (equivalent to Saskatchewan's ss. 133(1), (3) and (4)), are applicable in bankruptcy. The court reasoned (at pp. 748-49):

The principle is simple. The money owing under s. 9(3) is not property of the bankrupt and never comes into the hands of the trustee. The board is not required to make a claim under s. 136 of the *Bankruptcy Act*. The money comes to it under s. 9 of the *Workers' Compensation Act*. It is the *Bankruptcy Act* itself and not the provincial legislation that recognizes rights of set-off . . .

commettant ou son patrimoine demeure intact. La réclamation de la Commission est donc garantie sur l'actif du failli, par l'intermédiaire du commettant comme l'exige la Loi.

Incidentement, on ne peut non plus justifier ce processus en invoquant les règles de la compensation. Même si ces règles, incorporées par renvoi au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*, permettraient au commettant de garantir sa propre réclamation contre l'actif, elles ne permettent pas à la province d'adopter des lois qui confèrent le même avantage à une tierce partie, en l'occurrence la Commission, étant donné qu'une telle loi aurait pour effet de modifier l'ordre de priorité relativement à toute une catégorie de réclamations privilégiées. Notre Cour a toujours statué que le respect envers le droit provincial, que l'on trouve dans la *Loi sur la faillite*, ne s'étend pas à la modification de l'ordre de priorité des réclamations produites contre l'actif. Dans un tel cas, le droit provincial cesse tout simplement de s'appliquer parce qu'il empiète sur un domaine de compétence fédérale exclusive. Alors, tel doit être également le sort de la loi attaquée en l'espèce.

En toute déférence, je ne souscris donc pas à la conclusion que la Cour d'appel de l'Ontario tire dans l'arrêt *Ontario (Workers' Compensation Board) c. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742, lorsqu'elle statue que les par. 9(3) et (4) de la *Workers' Compensation Act* de l'Ontario, R.S.O. 1980, ch. 539 (équivalant aux par. 133(1), (3) et (4) de la loi de la Saskatchewan), sont applicables en matière de faillite. La Cour d'appel fait le raisonnement suivant (aux pp. 748 et 749):

[TRADUCTION] Le principe est simple. Les sommes dues en vertu du par. 9(3) ne constituent pas un bien du failli et ne se retrouvent jamais entre les mains du syndic. La commission n'est pas tenue de faire une réclamation en vertu de l'art. 136 de la *Loi sur la faillite*. Elle reçoit l'argent en vertu de l'art. 9 de la *Workers' Compensation Act*. C'est la *Loi sur la faillite* elle-même et non la loi provinciale qui reconnaît les droits de compensation . . .

A valid set-off, as defined under provincial law, would inevitably alter the priorities in a bankruptcy but that is what the *Bankruptcy Act* itself contemplates . . .

The money in the case at bar has never (or should never have) come into the hands of the trustee. It is money that has been (and should remain) in the hands of the principals to compensate them for money that they are (or will be) bound to pay to the board.

70

The court thus concluded, first, that the principal paid the Board out of its own funds and not from property of the bankrupt. But this is only true in a trivial sense. When the set-off is effected, the estate is diminished to the extent of the indemnity and the principal's patrimony is entirely unaffected. The principal's "personal" liability is thus converted by set-off to a mere bookkeeping entry, and the debt satisfied by the estate. As a result, with respect, here the Ontario Court of Appeal has chosen form over substance.

71

Second, the court appeared to attach considerable importance to the fact that the monies owing should never have come into the "hands of the trustee". But with respect, the relevant question was simply whether these monies were property of the bankrupt, and not whether they were or should have been in the hands of the trustee. And since such monies are unquestionably property of the bankrupt, the Board has in effect secured its claim against the estate.

72

Third, and perhaps most importantly, the Ontario Court of Appeal concluded that the *Bankruptcy Act* itself recognizes set-off, and this will inevitably alter priorities in bankruptcy. With respect, the Court of Appeal's statement is overly broad. As already indicated, it is true that s. 97(3) allows the principal to secure his claim against the estate, whatever his priority under s. 136. In this limited sense, a "valid set-off, as defined under provincial law, would inevitably alter the priorities in a bankruptcy". Here, however, the effect is much broader, and entails securing by legislation the claim of a third party against the estate, thereby circum-

Une compensation valide, au sens de la loi provinciale, modifierait inévitablement l'ordre de priorité en matière de faillite, mais c'est précisément ce qu'envisage la *Loi sur la faillite* . . .

En l'espèce, l'argent ne s'est jamais retrouvé (ou n'aurait jamais dû se retrouver) entre les mains du syndic. C'est de l'argent qui était (et devrait demeurer) entre les mains des commettants pour les indemniser des sommes qu'ils sont (ou seront) tenus de verser à la commission.

La Cour d'appel a conclu, premièrement, que le commettant s'était servi de ses propres fonds et non des biens du failli pour payer la Commission. Cependant, cela n'est vrai qu'en apparence. Lorsque la compensation est opérée, l'actif se trouve diminué proportionnellement à l'indemnité et le patrimoine du commettant demeure intact. La compensation transforme donc la responsabilité «personnelle» du commettant en une simple écriture comptable, et l'actif sert à payer la dette. En toute déférence, il s'ensuit ici que la Cour d'appel a préféré la forme au fond.

Deuxièmement, la cour a paru accorder une importance considérable au fait que les sommes dues n'auraient jamais dû se retrouver entre [TRADUCTION] «les mains du syndic». Cependant, je tiens à préciser, en toute déférence, que la question pertinente était tout simplement de savoir si ces sommes étaient un bien du failli, et non si elles étaient ou auraient dû être entre les mains du syndic. Puisque ces sommes constituent indubitablement un bien du failli, la Commission a en fait garanti sa réclamation sur l'actif de la faillite.

Troisièmement, et c'est peut-être le point le plus important, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la *Loi sur la faillite* elle-même reconnaît l'application des règles de la compensation, et que cela modifiera inévitablement l'ordre de priorité en matière de faillite. En toute déférence, l'énoncé de la Cour d'appel est trop général. Comme je l'ai déjà indiqué, il est exact que le par. 97(3) permet au commettant de garantir sa réclamation sur l'actif, quel que soit son rang en vertu de l'art. 136. Dans ce sens restreint, une [TRADUCTION] «compensation valide, au sens de la loi provinciale, modifierait inévitablement l'ordre de priorité en

venting the order of priorities in the *Bankruptcy Act*.

Differently put, in the bankruptcy context, the law of set-off simply allows a debtor of a bankrupt who is also a creditor of the bankrupt to refrain from paying the full debt owing to the estate, since it may be that the estate will only fulfil a portion, if that, of the bankrupt's debt. Set-off is simply a defence to the payment of a debt, not a basis for validating statutory security devices which have the effect of securing the claims of third parties against the estate. Indeed, the defensive character of set-off is reflected in the wording of s. 97(3) which stipulates that set-off applies to "all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt".

As a result, with the greatest respect, the reasoning of the Ontario Court of Appeal is flawed for applying provincial legislation which has the effect of securing against the estate an entire class of claims specifically given a lower priority by the *Bankruptcy Act*.

What is more, if the Ontario Court of Appeal's interpretation of s. 97(3) were correct, the consequences would be far-reaching. The provinces would, in effect, be entitled to create property interests which have the effect of subverting the federal scheme of distribution by purporting to validate them as set-offs. Nor is there any reason in principle why the provinces would be limited to rearranging federal priorities with respect to unpaid workers' compensation assessments. Each and every province would be licensed to create similar security devices to secure claims of their choosing, and thereby subvert entirely Parliament's chosen scheme of distribution. This prospect was repudiated by this Court in each of the cases in the bankruptcy quartet. The concerns voiced in those cases apply with equal force to this

matière de faillite». Ici, cependant, l'effet est beaucoup plus général, en ce que la loi se trouve à garantir la réclamation d'une tierce partie contre l'actif et à contourner ainsi l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*.

Autrement dit, dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent simplement au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler au complet la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli. La compensation n'est qu'un moyen de défense opposable au paiement d'une créance; elle n'est pas un moyen de valider des instruments de garantie créés par la loi, qui ont pour effet de garantir les réclamations de tierces parties sur l'actif de la faillite. D'ailleurs, le libellé du par. 97(3) reflète l'aspect «moyen de défense» de la compensation, en précisant que les règles de la compensation s'appliquent à «toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli».

En toute déférence, le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario est erroné du fait qu'il rend applicable une loi provinciale qui a pour effet de garantir sur l'actif toute une catégorie de réclamations auxquelles la *Loi sur la faillite* attribue expressément une priorité de rang inférieure.

De plus, si l'interprétation que la Cour d'appel de l'Ontario donne au par. 97(3) était correcte, elle aurait des conséquences fort importantes. Les provinces seraient alors habilitées à créer des droits de propriété ayant pour effet de déjouer le plan fédéral de répartition, en prétendant les valider par le mécanisme de la compensation. Par ailleurs, il n'existe en principe aucun motif de limiter aux cotisations non payées à la caisse des accidents du travail la modification de l'ordre de priorité fédéral par les provinces. Chaque province serait autorisée à créer des instruments similaires pour garantir les réclamations de son choix, et à déjouer ainsi complètement le plan de répartition choisi par le législateur fédéral. Notre Cour a rejeté cette possibilité dans chacun des arrêts du quatuor sur la faillite. Les préoccupations exprimées dans ces arrêts s'ap-

73

1995 CanLII 69 (SCC)

74

75

appeal. To rule otherwise would be to invite a balkanization of the scheme of bankruptcy priorities across the country and to tolerate the evisceration of Parliament's exclusive jurisdiction over bankruptcy conferred by our Constitution. The provinces are not entitled to so proceed, and thereby do indirectly what they are prohibited from doing directly. Our courts must therefore be vigilant to scrutinize the substance of the interests created and not rest content with merely examining their form.

76

I would add that apart from the security device created by the combined effect of ss. 133(1) and (3), s. 133(4) also has the effect of intruding into the exclusive federal sphere of bankruptcy. It will be recalled that s. 133(4) states that "[a]ll questions as to the right to and the amount of such indemnity shall be determined by the board". If allowed to apply in bankruptcy, this provision would have the effect of empowering a creditor of the estate (here the Board) to determine unilaterally the extent of its claim against the estate. As a result, the Board would be empowered to decide the size of the estate which is to remain available for the other secured, preferred and ordinary creditors. A province cannot empower a creditor of a bankrupt to determine the extent of a bankrupt's estate which is to be available for distribution. Thus, while otherwise perfectly valid provincial law, s. 133(4) is also inapplicable in the event of bankruptcy.

77

At this point, I should perhaps stress that nothing I have said detracts from a province's authority to impose liability on a third party for a bankrupt's debt. What a province cannot do, however, is create a statutory security device which has the effect of reordering the priorities of distribution of the assets in the bankrupt's estate. In such a case, what is otherwise valid provincial legislation is simply without application upon the occurrence of bankruptcy. To repeat, it is the combined effect of the statutory deemed debt and the right to withhold (and then set off against) property of the bankrupt which secures the Board's claim against property of the bankrupt. It is for this reason that examining

pliquent avec autant de vigueur en l'espèce. Décider le contraire inciterait à balkaniser l'ordre de priorité en matière de faillite à travers le pays et à tolérer l'éviscération de la compétence fédérale exclusive en matière de faillite, conférée par notre Constitution. Les provinces n'ont pas le droit de procéder de la sorte et de faire ainsi indirectement ce qu'il leur est interdit de faire directement. Nos tribunaux doivent donc veiller à examiner de près la substance des droits créés et ne pas se contenter d'en examiner simplement la forme.

J'ajouterais qu'outre l'instrument de garantie créé par l'effet conjugué des par. 133(1) et (3), le par. 133(4) a aussi pour effet d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite. On se rappellera que le par. 133(4) prévoit que [TRADUCTION] «[l]a Commission tranche toutes les questions relatives au droit à cette indemnité et à son montant». Si on en permettait l'application en matière de faillite, cette disposition aurait pour effet d'habiliter un créancier de l'actif (en l'espèce la Commission) à déterminer unilatéralement l'étendue de sa réclamation contre l'actif. La Commission serait alors habilitée à déterminer la taille de l'actif qui devrait servir au paiement des autres créanciers garantis, privilégiés et ordinaires. Une province ne saurait permettre à un créancier d'un failli de déterminer la taille de l'actif d'un failli qui doit servir au partage. En conséquence, bien qu'il constitue une disposition législative provinciale par ailleurs parfaitement valide, le par. 133(4) est également inapplicable en cas de faillite.

Ici, je devrais peut-être souligner que les propos que j'ai tenus ne diminuent en rien le pouvoir d'une province d'imposer à une tierce partie la responsabilité de la dette d'un failli. Cependant, il est interdit à une province de créer un instrument légal de garantie qui a pour effet de modifier l'ordre de priorité applicable au partage des biens de l'actif du failli. Dans un tel cas, un texte législatif provincial par ailleurs valide n'est tout simplement pas applicable en situation de faillite. Je le répète, c'est l'effet conjugué de la dette réputée créée par la loi et du droit de rétention (et ensuite de compensation) applicable aux biens du failli, qui garantit la réclamation de la Commission contre les biens du

the constitutional validity of s. 133(1) separately from s. 133(3) fundamentally obscures the nature of the legal interest created. Such an approach misses that this is nothing but a straightforward security device triggered by the province for securing the Board's claim against the estate, in exactly the same way that breaking a contract of pledge into debt and bailment and examining the validity of these legal interests separately would obscure the essential character of pledge as a security device.

It is therefore my conclusion that s. 133 is inapplicable in bankruptcy for intruding into an exclusive federal sphere.

In the foregoing, I have proceeded on the basis that s. 133(1) operates in tandem with s. 133(3), that is, that the principal has monies owing to the contractor which it can use as a basis for set-off when the Board deems it liable for the contractor's assessment. Where a principal has such monies owing, it was clearly the Legislature's intention that such a right to set-off be exercised in order that the contractor ultimately be responsible for its own assessment. In this sense, where both ss. 133(1) and (3) potentially apply on the facts of a given case, it was clearly the Legislature's intention that the right to set-off be exercised. As a result, in such a case s. 133 is inapplicable *in toto* against the bankruptcy.

However, there may be instances where the principal does not hold or retain any monies owing to the contractor. While the Court did not have the benefit of extensive submissions on this point, I believe it is quite plausible to conclude that the principal can then claim from the estate as a preferred creditor under s. 136(1)(h), since its claim is comprehended within "indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act". This would appear to be permissible because on its plain wording s. 136(1)(h) specifies only the nature of the claim and not the identity of the claimant. As a result, if only s. 133(1) applies, the Board has not secured its claim against the estate but recovers only from the principal. The scheme

failli. C'est pour ce motif qu'examiner la constitutionnalité du par. 133(1) séparément de celle du par. 133(3) dissimule radicalement la nature du droit créé. Une telle façon de procéder évite de constater qu'il ne s'agit de rien d'autre qu'un simple instrument de garantie déclenché par la province pour garantir la réclamation de la Commission sur l'actif, de la même façon que l'on éviterait de constater la nature essentielle du nantissement, comme instrument de garantie, si, pour en déterminer la validité, on examinait séparément les aspects «dette» et «dépôt» du contrat.

Je conclus donc que l'art. 133 est inapplicable en matière de faillite parce qu'il empiète sur un chef de compétence fédérale exclusive.

Dans les paragraphes qui précèdent, j'ai tenu pour acquis que les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble, c'est-à-dire que le commettant doit à l'entrepreneur de l'argent dont il peut se servir pour opérer compensation lorsque la Commission le tient responsable de la cotisation de l'entrepreneur. Il est clair que le législateur a voulu que, lorsqu'un commettant doit une telle somme, ce droit de compensation soit exercé de façon à ce que l'entrepreneur soit en fin de compte responsable du paiement de ses propres cotisations. En ce sens, il est clair que le législateur a voulu que le droit de compensation soit exercé lorsque les par. 133(1) et (3) peuvent s'appliquer dans une affaire donnée. En conséquence, dans un tel cas, l'art. 133 est entièrement inapplicable à la faillite.

Cependant, il peut y avoir des cas où le commettant ne détient pas ou ne retient pas des sommes dues à l'entrepreneur. Bien que notre Cour n'ait pas eu l'avantage d'entendre des arguments détaillés sur ce point, j'estime fort raisonnable de conclure que le commettant peut alors produire une réclamation dans la faillite en tant que créancier privilégié en vertu de l'al. 136(1)(h) puisque sa réclamation fait partie des «dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail». Cela semblerait permis puisque, selon son libellé, l'al. 136(1)(h) vise la nature de la réclamation et non l'identité de l'auteur de la réclamation. En conséquence, là où seul le par. 133(1) s'applique, la Commission n'a pas garanti sa récla-

of distribution of assets in the estate is thereby unaffected. In such a case, there is no constitutional reason why full effect should not be given to provincial law within its legitimate sphere of operation. I would therefore only read down s. 133 to the extent that in application it enters into conflict with the scheme of distribution in the *Bankruptcy Act*. Where s. 133(1) alone is engaged in a given case, the Board's claim against the principal continues to be fully applicable.

(c) *The Appropriate Remedy: Is Section 133 Inapplicable or Inoperative?*

81 I have already concluded that the impugned legislation must be declared inapplicable rather than inoperable in bankruptcy. I should perhaps explain that this is preferable for the simple reason that bankruptcy is an exclusive federal domain within which provincial legislation does not apply, as distinguished from areas of joint or overlapping jurisdiction where federal legislation will prevail, rendering provincial legislation inoperable to the extent of any conflict. However, as bankruptcy is carved out from the domain of property and civil rights of which it is conceptually a part, valid provincial legislation of general application continues to apply in bankruptcy until Parliament legislates pursuant to its exclusive jurisdiction in relation to bankruptcy and insolvency. At that point, provincial legislation which conflicts with federal law must yield to the extent of the conflict (*Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (P.C.); *Crown Grain Co. v. Day*, [1908] A.C. 504 (P.C.)) and it becomes inapplicable to that extent. Consistent with the presumption of constitutionality — that the enacting body is presumed to have intended to enact provisions which do not transgress the limits of its constitutional powers — the provincial law should be read down to the extent of the conflict. In other words, it should be interpreted so as not to apply to the matter that is outside the jurisdiction of the enacting body.

mation sur l'actif de la faillite, et elle ne recouvre qu'auprès du commettant. Le plan de répartition des biens de l'actif demeure ainsi intact. Dans un tel cas, il n'y a, du point de vue constitutionnel, aucun motif de ne pas donner plein effet à la loi provinciale à l'intérieur de son champ légitime d'application. Je ne donnerais donc une interprétation atténuée à l'art. 133 que dans la mesure où son application entre en conflit avec le plan de répartition de la *Loi sur la faillite*. Là où seul le par. 133(1) trouve application, la réclamation de la Commission contre le commettant continue d'être pleinement exécutoire.

c) *Le redressement approprié: l'article 133 est-il inapplicable ou inopérant?*

J'ai déjà conclu que la loi attaquée doit être déclarée inapplicable plutôt qu'inopérante en matière de faillite. Je devrais peut-être expliquer que cela est préférable pour le simple motif que la faillite est un domaine de compétence fédérale exclusive à l'intérieur duquel les lois provinciales ne s'appliquent pas, ce qui est différent des domaines où il y a compétence concurrente ou chevauchement de compétence, auquel cas la loi fédérale l'emporte et rend la loi provinciale inopérante dans la mesure du conflit. Cependant, puisque le domaine de la faillite est dégagé de celui de la propriété et des droits civils dont il relève au niveau conceptuel, une loi provinciale valide d'application générale continue de s'appliquer en matière de faillite jusqu'à ce que le législateur fédéral légifère conformément à sa compétence exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité. À ce moment, la loi provinciale cède le pas à la loi fédérale dans la mesure où il y a conflit entre les deux (*Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (C.P.); *Crown Grain Co. c. Day*, [1908] A.C. 504 (C.P.)) et devient inapplicable dans cette mesure. Conformément à la présomption de constitutionnalité — l'autorité législative étant présumée avoir eu l'intention d'adopter des dispositions à l'intérieur de son champ de compétence constitutionnelle — la loi provinciale doit recevoir une interprétation atténuée dans la mesure du conflit. En d'autres termes, elle doit être interprétée de façon à ne pas s'appliquer à la matière qui ne relève pas de la compétence de l'autorité qui l'a adoptée.

This, I believe, has been the trend of this Court's approach to matters of applicability and operability. For example, in refusing to apply the paramountcy doctrine in *Deloitte Haskins, Wilson J.* explained (at p. 807):

I think rather that the applicable principle is the one stated by Laskin C.J. in *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, at p. 1065, to the effect that "if the provincial legislation is of general application, it will be construed so as not to apply to such enterprises", i.e., those within federal competence.

She concluded at p. 808:

I believe that the trend of the more recent authorities favours a restrictive approach to the concept of "conflict" and a construction of impugned provincial legislation, where this is possible, so as to avoid operational conflict with valid federal legislation. Where this is done both provisions can stand and have their own legitimate spheres of operation. In this sense I find no conflict between s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* and s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act*. I would accordingly answer the question as framed by stating that s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* applies to determine priorities on a bankruptcy and s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act* has no application in such a situation.

Another way of explaining this approach is simply to say, with Lamer J. in *FBDB*, that "in a bankruptcy matter, it is the *Bankruptcy Act* which must be applied" (at p. 1071).

This was also the Court's approach in *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121. The case concerned the relationship between *Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1, security interests and the provincial procedural requirements for seizure under the Saskatchewan *Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, c. L-16. Speaking for the Court, La Forest J. found the federal and provincial legislation to conflict in operation. However, he added at p. 155:

C'est là, à mon avis, la façon dont notre Cour a eu tendance à aborder les questions d'applicabilité et de caractère opérant. Par exemple, lorsqu'elle a refusé d'appliquer la règle de la prépondérance dans l'arrêt *Deloitte Haskins*, le juge Wilson explique, à la p. 807:

Je crois plutôt que le principe applicable est celui qu'a formulé le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, à la p. 1065, selon lequel «si la législation provinciale est de portée générale, elle devra être interprétée de façon à ne pas s'appliquer à ces entreprises», c.-à-d. celles qui relèvent de la compétence fédérale.

Elle conclut, à la p. 808:

Je crois que le courant doctrinal et jurisprudentiel le plus récent favorise une conception restrictive de la notion de «conflict» et, dans la mesure du possible, une interprétation de la loi provinciale contestée qui évite un conflit d'application avec la loi fédérale valide. Dans un tel cas, les deux dispositions peuvent subsister et avoir chacune leur sphère légitime d'application. En ce sens, je conclus qu'il n'y a aucun conflit entre le par. 107(1) de la *Loi sur la faillite* et le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act*. L'alinéa 107(1)h de la *Loi sur la faillite* ne rend pas ce paragraphe inopérant; ce dernier ne s'applique tout bonnement pas en cas de faillite, quand on l'interprète correctement. Par conséquent, la question formulée par le Juge en chef doit recevoir une réponse négative.

Une autre façon d'expliquer ce point de vue est de dire tout simplement qu'«en cas de faillite, c'est la *Loi sur la faillite* qui doit recevoir application», pour reprendre les propos du juge Lamer dans l'arrêt *BFD* (à la p. 1071).

C'est également le point de vue que notre Cour a adopté dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121. Cet arrêt portait sur le rapport entre les sûretés établies par la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1, et les conditions procédurales de saisie posées par la province de la Saskatchewan en vertu de sa *Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, ch. L-16. Le juge La Forest a conclu, au nom de notre Cour, qu'il existait une incompatibilité d'application entre la loi fédérale et la loi provinciale. Il ajoute cependant, à la p. 155:

I have dealt with this case on the basis of paramountcy to meet the arguments put forward by counsel. But the issue can, I think, be answered more directly. At the end of the day, I agree with counsel for the Attorney General of Canada that this is simply a case where Parliament, under its power to regulate banking, has enacted a complete code that at once defines and provides for the realization of a security interest. There is no room left for the operation of the provincial legislation and that legislation should, accordingly, be construed as inapplicable to the extent that it trenches on valid federal banking legislation.

In response to the third question, then, I would hold that ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act*, if interpreted to include a s. 178 security, conflict with ss. 178 and 179 of the *Bank Act* so as to render ss. 19 to 36 inoperative in respect of the security taken pursuant to s. 178 by a chartered bank. To put it another way, ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act* are inapplicable to security taken pursuant to ss. 178 and 179 of the *Bank Act*. [Emphasis added.]

85 I fully endorse this approach, and am of the opinion that my colleague La Forest J.'s remarks apply *mutatis mutandis* to the present appeal. Parliament has enacted a complete code in the *Bankruptcy Act*, one which necessarily calls upon provincial law for its operation. But Parliament's invitation stipulates an important limitation at the threshold of its domain, namely, that provincial law simply cannot apply when to do so would entail subverting the federal order of priorities in the *Bankruptcy Act*.

86 I therefore agree with the submissions of the Attorney General of Canada and find that s. 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) operates together with s. 133(3) as it trenches on valid federal bankruptcy legislation.

87 In view of Iacobucci J.'s statement at para. 162 that provincial "[l]egislation that is *intra vires* is permitted to have an incidental and ancillary effect on a federal sphere", I think it appropriate in concluding to summarize my view as to the proper constitutional analysis where federal and provin-

J'ai tranché cette affaire en fonction de la prépondérance pour répondre aux arguments présentés par les avocats. Mais je crois qu'on peut répondre plus directement à la question. En définitive, je partage l'avis de l'avocat du procureur général du Canada qu'il s'agit simplement d'un cas où le Parlement, en vertu de son pouvoir de réglementer les opérations bancaires, a adopté un code complet qui définit et prescrit à la fois la procédure de réalisation d'une sûreté. Il n'y a plus de place pour l'application d'une loi provinciale et cette loi devrait donc être interprétée comme étant inapplicable dans la mesure où elle empiète sur une loi fédérale valide en matière d'opérations bancaires.

Donc, en réponse à la troisième question, je suis d'avis de conclure que les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act*, interprétés de manière à inclure une sûreté visée par l'art. 178, entrent en conflit avec les art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques* et sont inopérants à l'égard de garanties prises conformément à l'art. 178 par une banque à charte. En d'autres termes, les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act* sont inapplicables à la garantie prise conformément aux art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques*. [Je souligne.]

Je suis tout à fait d'accord avec ce point de vue et j'estime que les remarques de mon collègue le juge La Forest s'appliquent *mutatis mutandis* au présent pourvoi. Le législateur fédéral a, dans la *Loi sur la faillite*, adopté un code complet qui fait nécessairement appel à la loi provinciale pour son application. Cependant, l'invitation du législateur fédéral comporte une importante restriction préliminaire: la loi provinciale ne peut tout simplement pas s'appliquer dans les cas où cela aurait pour effet de contrevenir à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite* fédérale.

Je suis donc d'accord avec les arguments du procureur général du Canada et je conclus que l'art. 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble, du fait qu'il empiète alors sur une loi fédérale valide en matière de faillite.

Quant à l'affirmation du juge Iacobucci, au par. 162, qu'«[u]ne loi provinciale constitutionnelle peut avoir un effet incident et accessoire sur un domaine de compétence fédérale», je crois qu'il y a lieu pour moi de conclure par un résumé de mon opinion sur l'analyse constitutionnelle qu'il con-

cial legislation potentially conflict. One must first determine whether the laws are respectively valid federal or provincial legislation. If so, the actual operation of the laws must be examined to determine whether they are in operational conflict, that is, inconsistent or incapable of being fully complied with in a given situation. If they are in operational conflict, the federal legislation prevails and the provincial legislation is without effect to the extent of this conflict. If the operational conflict is in a field of exclusive federal jurisdiction, the provincial legislation will be inapplicable as being *ultra vires* to that extent. If the conflict is in an area of concurrent or overlapping jurisdictions, the provincial legislation will remain *intra vires* but be inoperative. To the extent that there is operational conflict, there is no room for an incidental or ancillary effect of provincial legislation. If, on the other hand, there is no operational conflict, then both laws continue to operate and both continue to have effect to the extent that operational conflict does not arise. Short of operational conflict, provincial law may validly have an effect on bankruptcy, as I have indeed acknowledged in observing that there is no bankruptcy “bottom line” without provincial law (at para. 30). In the present case, I have found clear operational conflict in that ss. 133(1) and (3) in their operation together entail a reordering or subverting of the federal order of priorities under the *Bankruptcy Act*. Such an intrusion into an exclusive federal sphere necessarily goes far beyond an incidental and ancillary effect. I believe this proposition runs through my reasons.

D. Residual Issues

Finally, as my colleague Iacobucci J. notes, before this Court the Bank of Montreal raised factual and legal issues which had not been raised in the courts below. Specifically, the Bank argued that Husky was not liable under s. 133 for payment of Metal Fab’s assessments since the Board was

vient de faire en cas de possibilité de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale. Il faut d’abord décider s’il s’agit de lois fédérale et provinciale valides. Dans l’affirmative, il faut examiner leur application concrète pour déterminer s’il existe une incompatibilité d’application entre les deux, c’est-à-dire déterminer si les lois en cause sont incompatibles ou non susceptibles d’être respectées intégralement dans une situation donnée. En cas d’incompatibilité d’application, la loi fédérale l’emporte et la loi provinciale est sans effet dans la mesure du conflit. S’il existe une incompatibilité d’application dans un domaine de compétence fédérale exclusive, la loi provinciale sera inapplicable comme étant inconstitutionnelle dans cette mesure. Si le conflit se situe dans un domaine où il y a compétence concurrente ou chevauchement de compétence, la loi provinciale demeurera constitutionnelle, mais sera inopérante. Dans la mesure où il y a incompatibilité d’application, une loi provinciale ne peut avoir un effet incident ou accessoire. Par contre, s’il n’y a pas d’incompatibilité d’application, alors les deux lois continuent de s’appliquer et d’avoir effet dans la mesure où aucune incompatibilité d’application ne surgit. À moins d’une incompatibilité d’application, une loi provinciale peut valablement avoir une incidence sur la faillite, comme je l’ai effectivement reconnu en soulignant qu’en l’absence de droit provincial il n’existe pas de «résultat final» en matière de faillite (par. 30). En l’espèce, j’ai conclu qu’il existe une incompatibilité d’application manifeste vu que l’application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de modifier l’ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite* fédérale, ou d’y contrevenir. Un tel empiètement sur un domaine de compétence fédérale exclusive constitue nécessairement bien plus qu’un effet incident et accessoire. À mon avis, cette affirmation se dégage de l’ensemble de mes motifs.

D. Les questions qui restent à résoudre

Enfin, comme mon collègue le juge Iacobucci le fait remarquer, la Banque de Montréal a soulevé devant nous des questions de fait et de droit qui n’avaient pas été soulevées devant les tribunaux d’instance inférieure. Plus particulièrement, la Banque a soutenu que Husky n’était pas, en vertu

obliged to issue a demand against Metal Fab before issuing one against Husky. Similarly, the Board and the Bank argued that Husky cannot indemnify itself out of funds owing to Metal Fab since Husky received the demand from the Board after Metal Fab had given notice of assignment of its book debts to the Bank of Montreal. Since, as outlined, it is my opinion that s. 133 simply has no application in the event of bankruptcy, these threshold factual questions need not be addressed.

89 With respect to Husky's further argument that it was not in breach of its statutory duty under s. 133 to ensure payment by Metal Fab, again this question need not be addressed since s. 133 has no application upon the occurrence of bankruptcy.

90 The Bank also argued that s. 133 should be interpreted to limit Husky's liability to unpaid workers' compensation assessments with respect to the specific work performed for Husky by Metal Fab, and not for all Metal Fab's outstanding unpaid assessments which includes work for other principals. While it is not necessary to answer this question given my disposition of this appeal, I agree with Iacobucci J. that the liability under s. 133 is limited to unpaid assessments in respect of work performed for Husky. This less Draconian interpretation is confirmed by the recent clarifying amendment to s. 133 which inserted the words "pursuant to this Act with respect to that work" after "contribute to the fund" (*The Workers' Compensation Amendment Act, 1993*, S.S. 1993, c. 63, s. 40).

IV. Disposition

91 For the above reasons, I would answer the constitutional questions posed by Lamer C.J. as follows:

de l'art. 133, responsable du paiement des cotisations de Metal Fab puisque la Commission était tenue de présenter une demande de paiement à Metal Fab avant de s'adresser à Husky. De même, la Commission et la Banque ont fait valoir que Husky ne peut se servir des fonds dus à Metal Fab pour s'indemniser elle-même puisqu'elle a reçu la demande de paiement de la Commission après que Metal Fab eut donné avis de la cession de ses comptes débiteurs à la Banque de Montréal. Puisque, tel que je l'ai exposé, j'estime que l'art. 133 ne s'applique tout simplement pas en matière de faillite, je n'ai pas à répondre à ces questions de fait préliminaires.

Quant à l'autre argument de Husky voulant qu'elle n'ait pas manqué à l'obligation, qui lui incombe en vertu de l'art. 133, de s'assurer que Metal Fab effectue son paiement, il n'est pas nécessaire non plus de trancher cette question puisque l'art. 133 ne s'applique pas en cas de faillite.

La Banque a aussi soutenu que l'art. 133 devrait être interprété de façon à limiter la responsabilité de Husky aux cotisations non payées à la caisse des accidents du travail, relativement au travail que Metal Fab a exécuté précisément pour elle, et non de façon à ce qu'elle englobe toutes les cotisations impayées de Metal Fab, ce qui inclurait le travail effectué pour d'autres commettants. Bien que je n'aie pas à répondre à cette question compte tenu de mes motifs de décision, je suis d'accord avec le juge Iacobucci pour dire que la responsabilité en vertu de l'art. 133 se limite aux cotisations impayées relativement au travail accompli pour Husky. Cette interprétation moins draconienne est confirmée par la modification apportée récemment, pour plus de clarté, à l'art. 133, soit l'ajout des mots [TRADUCTION] «conformément à la présente loi relativement à ce travail» après «verser à la caisse» (*The Workers' Compensation Amendment Act, 1993*, S.S. 1993, ch. 63, art. 40).

IV. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Lamer:

Question: 1. Where a contractor as referred to in s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1, is in bankruptcy and but for the bankruptcy, the principal as referred to in s. 133 would be liable to pay the assessment due by the contractor under the Act, is s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, and in particular ss. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) and 198(a) thereof?

Answer: Yes. Section 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) operates in tandem with s. 133(3).

Question: 2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?

Answer: Yes. Section 133 was inapplicable when Metal Fab entered bankruptcy.

I would therefore dismiss the appeal with costs throughout.

The reasons of Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting) — The broad issue in this appeal is the extent to which a provincial statutory instrument can constitutionally assert itself in the bankruptcy context without entering into operational conflict with the federal *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3. The specific question at issue relates to the constitutional validity of ss. 133(1) and (3) of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1. These provisions permit the Workers' Compensation Board (the Board), in a situation where a contractor has failed to pay its Injury Fund contributions, to obtain these amounts from a principal of the contractor (subs. (1)). Subsection (3) permits the principal to indemnify itself from the delinquent contractor. It is argued in this case that ss. 133(1) and (3) are constitutionally non-operational in a situation where the contractor is bankrupt, especially when that bankrupt has assigned its estate to a secured creditor.

Question: 1. Lorsque l'entrepreneur mentionné à l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, est en faillite et que, n'eût été cette faillite, le commettant mentionné à ce même article serait tenu de payer la cotisation due par l'entrepreneur en vertu de la Loi, l'art. 133 de ladite loi est-il inopérant ou inapplicable en totalité ou en partie pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, et, en particulier, avec les art. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) et 198(a) de cette loi?

Réponse: Oui. L'article 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble.

Question: 2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?

Réponse: Oui. L'article 133 était inapplicable lorsque Metal Fab a fait faillite.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident) — La question générale qui se pose dans le présent pourvoi concerne la mesure dans laquelle un texte réglementaire provincial peut constitutionnellement s'appliquer dans le contexte d'une faillite sans donner lieu à une incompatibilité d'application avec la *Loi sur la faillite fédérale*, L.R.C. (1985), ch. B-3. La question particulière dont nous sommes saisis porte sur la constitutionnalité des par. 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan, S.S. 1979, ch. W-17.1. Ces dispositions permettent à la Workers' Compensation Board (la Commission), dans le cas où un entrepreneur a omis de payer ses cotisations à la caisse des accidents, d'obtenir ces montants d'un commettant de l'entrepreneur (par. (1)). Le paragraphe (3) permet au commettant d'être indemnisé par l'entrepreneur fautif. En l'espèce, on soutient que les par. 133(1) et (3) sont inopérants du point de vue constitutionnel dans le cas où l'entrepreneur est en faillite, notamment lorsque ce failli a cédé ses biens à un créancier garanti.

I. Background

94 Husky Oil Operations Ltd. (the principal, hereinafter "Husky") is an owner of a Bi-Provincial Heavy Oil Upgrader at Lloydminster, Saskatchewan. Husky entered into six contracts with Metal Fabricating & Construction Ltd. (the contractor, subsequently the bankrupt, hereinafter "Metal Fab") respecting the construction of the upgrader. Metal Fab made an assignment in bankruptcy before completing five of those contracts. At the time, Husky owed approximately \$800,000 to Metal Fab in the form of hold-backs and contractual debt. These sums were paid into court upon the commencement of the instant legal proceedings.

95 Metal Fab had not paid its required Workers' Compensation Fund contribution for the employees on its payroll. It was alerted to this effect by the Workers' Compensation Board on March 2, 1992 by a Notice of Assessment showing that \$208,850.50 was due and payable to the Board. Soon thereafter, the Bank of Montreal (the assignee) acquired a general assignment of book debts from Metal Fab for loans advanced to it. On March 12, 1992, Husky was notified of the Bank's security interest and told that it must pay to the Bank any amounts payable to Metal Fab. The Board was apprised of the ceasing of operations of Metal Fab on March 16, 1992. The Board then looked to Husky since s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act, 1979*, made Husky personally liable in respect of the amounts that Metal Fab had not paid to the Board, but, pursuant to the terms of subs. (3), Husky could recover those sums from Metal Fab. Metal Fab made an assignment in bankruptcy on March 19, 1992. The co-respondent, Deloitte & Touche Inc., was appointed trustee in bankruptcy. Subsequent audits conducted by the Board revealed the amount owing by Metal Fab to the Injury Fund to be \$246,745.26. Husky was advised of this increased amount by a letter, dated July 6, 1992. Under the assignment in bankruptcy, Metal Fab assigned a secured debt to the Bank of Montreal in the amount of \$1,745,837.

I. Contexte

Husky Oil Operations Ltd. (le commettant, ci-après «Husky») est propriétaire d'une usine biprovinciale de valorisation du pétrole lourd, à Lloydminster, en Saskatchewan. Husky a conclu six contrats avec Metal Fabricating & Construction Ltd. (l'entrepreneur, subséquemment failli, ci-après «Metal Fab») relativement à la construction de l'usine de valorisation. Metal Fab a fait cession de ses biens avant d'avoir achevé cinq de ces contrats. À l'époque, Husky devait approximativement 800 000 \$ à Metal Fab sous forme de retenues de garantie et de créance contractuelle. Ces sommes ont été consignées en cour au début des présentes poursuites.

Metal Fab n'avait pas versé au fonds d'indemnisation des accidents du travail la cotisation qu'elle était tenue de verser pour les employés inscrits sur sa liste de paye. C'est dans un avis de cotisation envoyé par la Commission, le 2 mars 1992, que Metal Fab a été informée qu'elle lui devait la somme de 208 850,50 \$. Peu après, la Banque de Montréal (le cessionnaire) a obtenu une cession générale des comptes débiteurs de Metal Fab pour les prêts qu'elle lui avait consentis. Le 12 mars 1992, Husky a été avisée de la garantie de la Banque et informée qu'elle devait lui verser tout montant payable à Metal Fab. La Commission a appris la cessation des opérations de Metal Fab le 16 mars 1992. Elle s'est alors adressée à Husky vu que le par. 133(1) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, rendait Husky personnellement responsable des montants que Metal Fab n'avaient pas payés à la Commission; cependant, conformément au par. (3), Husky pourrait recouvrer ces sommes auprès de Metal Fab. Cette dernière a fait cession de ses biens le 19 mars 1992. La cointimée, Deloitte & Touche Inc., a été nommée syndic de la faillite. Des vérifications ultérieures effectuées par la Commission ont révélé que Metal Fab devait à la caisse des accidents la somme de 246 745,26 \$. Husky a été informée de ce montant accru par lettre en date du 6 juillet 1992. Aux termes de la cession de ses biens, Metal Fab a cédé à la Banque de Montréal une créance garantie de 1 745 837 \$.

Husky and Metal Fab's creditors submit that the operation of s. 133 conflicts with s. 136 of the federal *Bankruptcy Act*, which sets out the priorities of creditors on bankruptcy. Normally in bankruptcy the amount owed by Husky to Metal Fab would be used to satisfy lienholders and the secured creditor Bank of Montreal according to the priorities established in the *Bankruptcy Act*. In the appeal at bar, the Board, given its lower priority, would effectively recover none of the money owed to it by Metal Fab. However, s. 133 of the *Workers' Compensation Act* permits the Board to recover its debt directly from Husky and allows Husky, in turn, to set this off from the amount owed to the bankrupt, thereby effectively reducing the amount of money available to the secured creditor and, it is submitted, improperly affecting the priority scheme established by the *Bankruptcy Act*.

The aims of the litigants can be summarized as follows:

- (1) Husky wants to avoid the operation of s. 133(1) but, if this provision is found to be valid, argues that s. 133(3) is also operative and, thus, Husky can set off the monies paid to the Board from the monies it owes the bankrupt.
- (2) The Bank's position is influenced by the fact that, since it is the principal secured creditor, any funds set off to Husky are wholly funds that, in the absence of the intervention of the Board, would accrue to the Bank. Consequently, the Bank is principally preoccupied with affirming the non-operability of s. 133(3), realizing, however, that were Husky not to have any liability to the Board then there would be no set-off issue in the first place.
- (3) The Board seeks the sums that the bankrupt should have paid to it all along. It relies on s. 133(1) of the provincial legislation and its creation of joint and several liability

Les créanciers de Husky et de Metal Fab soutiennent que l'application de l'art. 133 est incompatible avec l'art. 136 de la *Loi sur la faillite fédérale*, qui établit l'ordre de priorité des créanciers de la faillite. Normalement, dans une faillite, le montant dû par Husky à Metal Fab serait utilisé pour payer les titulaires d'un privilège et le créancier garanti, la Banque de Montréal, conformément à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*. En l'espèce, la Commission, en raison de son rang inférieur, ne recouvrerait, en fait, aucun des montants que lui doit Metal Fab. Cependant, l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act* permet à la Commission de s'adresser directement à Husky pour obtenir le paiement de sa créance, et à Husky d'opérer compensation entre ce paiement et tout montant dû au failli, ce qui a pour effet de réduire la somme que peut toucher le créancier garanti, et, soutient-on, de modifier irrégulièrement l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*.

Les buts visés par les parties au litige peuvent se résumer ainsi:

- (1) Husky veut éviter l'application du par. 133(1), mais elle soutient que, si cette disposition est jugée valide, le par. 133(3) s'applique également, et qu'elle peut donc opérer compensation entre les sommes payées à la Commission et celles qu'elle doit au failli.
- (2) La position de la Banque est influencée par le fait que, puisqu'elle est le principal créancier garanti, les fonds qui font l'objet d'une compensation par Husky sont tous des fonds qui lui reviendraient en l'absence de l'intervention de la Commission. En conséquence, la Banque tient surtout à affirmer que le par. 133(3) n'est pas applicable, tout en se rendant compte qu'il n'existerait, au départ, aucune question de compensation si Husky n'avait aucune responsabilité envers la Commission.
- (3) La Commission cherche à obtenir les sommes que le failli aurait dû lui verser en premier lieu. Elle se fonde sur le par. 133(1) de la loi provinciale et le fait que cette dis-

between the principal and contractor to this effect.

position établi, en ce sens, une responsabilité solidaire entre le commettant et l'entrepreneur.

98

By a fiat, dated September 9, 1992, Wedge J. of the Court of Queen's Bench of Saskatchewan held that s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, was constitutionally inoperative because it altered the scheme of distribution specified in the *Bankruptcy Act*, the ordering of this scheme falling entirely within the legislative competence of Parliament. The Saskatchewan Court of Appeal dismissed the Appellant Board's appeal from that decision. On April 28, 1994, leave to appeal was granted to this Court, [1994] 1 S.C.R. xii.

Le juge Wedge de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a, par voie d'autorisation en date du 9 septembre 1992, statué que l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, était inopérant du point de vue constitutionnel parce qu'il modifiait le plan de répartition établi dans la *Loi sur la faillite*, qui relevait entièrement de la compétence législative fédérale. La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel de la Commission appelante contre cette décision. Le 28 avril 1994, une autorisation de pourvoi a été accordée par notre Cour, [1994] 1 R.C.S. xii.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

II. Les textes constitutionnels et législatifs pertinents

Constitution Act, 1867

Loi constitutionnelle de 1867

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

91. Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces par la présente loi mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

(21) Bankruptcy and Insolvency.

(21) la faillite et l'insolvabilité;

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

(13) Property and Civil Rights in the Province . . .

(13) la propriété et les droits civils dans la province; . . .

1995 CanLII 99 (305)

The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1

133. — (1) Where a person, whether carrying on an industry included under this Act or not, in this section referred to as the principal, contracts with any other person, in this section referred to as the contractor, for the execution by or under the contractor of the whole or any part of any work for the principal, it is the duty of the principal to ensure that any sum that the contractor or any subcontractor is liable to contribute to the fund is paid and, where the principal fails to do so and the sum is not paid, he is personally liable to pay that sum to the board.

(3) Where the principal is liable to make payment to the board under subsection (1), he is entitled to be indemnified by any person who should have made the payment and is entitled to withhold, out of any indebtedness due to that person, a sufficient amount in respect of that indemnity.

Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3

97....

(3) The law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so far as any claim for set-off is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences.

136. (1) Subject to the rights of secured creditors, the proceeds realized from the property of a bankrupt shall be applied in priority of payment as follows:

(h) all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act, under any Unemployment Insurance Act, under any provision of the *Income Tax Act* creating an obligation to pay to Her Majesty amounts that have been deducted or withheld, rateably; . . .

The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1

[TRADUCTION] **133.** — (1) Si une personne, appelée le commettant dans le présent article, qu'elle exploite ou non une industrie visée par la présente loi, conclut un contrat avec une autre personne, appelée l'entrepreneur dans le présent article, pour l'exécution, par l'entrepreneur ou sous sa direction, de la totalité ou d'une partie d'un travail pour le compte du commettant, il incombe à ce dernier de veiller à ce que toute somme que l'entrepreneur ou un sous-traitant est tenu de verser à la caisse soit versée. Le commettant qui néglige de le faire est, à défaut de paiement, personnellement tenu de payer cette somme à la commission.

(3) Le commettant qui est tenu de faire un paiement à la commission en vertu du paragraphe (1) a le droit d'être indemnisé par toute personne qui aurait dû faire ce paiement et il a le droit de retenir, sur toute somme due à cette personne, un montant suffisant correspondant à cette indemnité.

Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3

97....

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

136. (1) Sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d'un failli sont distribués d'après l'ordre de priorité de paiement suivant:

(h) toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail, d'une loi sur l'assurance-chômage, d'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* créant une obligation de rembourser à Sa Majesté des sommes qui ont été déduites ou retenues, au prorata; . . .

III. Judgments Below

Court of Queen's Bench of Saskatchewan, per Wedge J. (1992), 104 Sask. R. 225

99 This decision consisted of a fiat on a non-suit application by Husky that s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, was inapplicable to it.

100 Wedge J. first reviewed the facts and found that s. 133(1) made Husky personally liable for the payments to the Board yet authorized it to recover these payments from Metal Fab, the contractor. The trial judge then went on to note that the questions at hand were: (1) whether, in a bankruptcy situation, s. 133 encroached upon the exclusive federal jurisdiction over bankruptcy; and (2) whether, if it did not, Husky was entitled to set off the amount it must pay to the Board against the monies held in court.

101 Wedge J. answered the first question in the affirmative. She found assistance, in reaching her conclusion, in the decisions of this Court in *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35 (hereinafter *Re Bourgault*) (later referred to by Wakeling J.A. as *Bourgault v. Quebec Deputy Minister of Revenue*), *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785, *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061 (*FBDB*), and *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, colloquially referred to as the "quartet". While acknowledging at p. 228 that "... these decisions are not directly on point where, as here, the claim by the provincial body, is against a third party — not the bankrupt", Wedge J. still felt they offered some guidance. In fact, the quartet, combined with some academic authority, lead her to conclude that provincial legislative initiatives are invalid simply when they affect the bankruptcy scheme.

III. Les juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, le juge Wedge (1992), 104 Sask. R. 225

Cette décision consistait à autoriser une demande de non-lieu présentée par Husky, selon laquelle l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, ne lui était pas applicable.

Le juge Wedge a d'abord examiné les faits et statué que le par. 133(1) rendait Husky personnellement responsable du montant dû à la Commission, tout en l'autorisant à se faire rembourser ces paiements par l'entrepreneur Metal Fab. Le juge de première instance a ensuite fait remarquer qu'il s'agissait de déterminer (1) si dans une situation de faillite, l'art. 133 empiète sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite, et (2) dans la négative, si Husky avait le droit d'opérer compensation entre le montant qu'elle devait payer à la Commission et les sommes consignées en cour.

Le juge Wedge a répondu par l'affirmative à la première question. Ce faisant, elle s'est appuyée sur ce qu'on appelle communément le «quatuor» d'arrêts de notre Cour *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35 (ci-après *Re Bourgault*) (plus tard cité par le juge Wakeling de la Cour d'appel, sous le nom de *Bourgault c. Sous-ministre du Revenu du Québec*), *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785, *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061 (*BFD*), et *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24. Tout en reconnaissant à la p. 228 que [TRADUCTION] «... ces arrêts ne sont pas tout à fait pertinents dans les cas où, comme en l'espèce, l'organisme provincial produit une réclamation contre une tierce partie — et non contre le failli», le juge Wedge a estimé qu'ils donnaient certaines indications. En fait, le quatuor d'arrêts, conjugué à certains articles de doctrine, l'a amenée à conclure que les mesures législatives provinciales ne sont invalides que lorsqu'elles touchent le régime de faillite.

Reference was also made to the Ontario case of *Re Evelyn Stevens Interiors Ltd.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 712 (S.C.), where, according to Wedge J. at p. 228, McKeown J. "...relied upon the judgment of Madam Justice Wilson in *Deloitte Haskins* for the principle that provincial legislation cannot disturb the priority scheme in s. 136(1) of the *Bankruptcy Act*." It was noted that McKeown J.'s reasoning in *Evelyn Stevens* was adopted by Lawton J. in *Serdula Construction Management Inc. v. Workers' Compensation Board*, Q.B. (Regina), Q.B.M. 126/91 (April 12, 1991), a case which also involved a claim under s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*. In *Serdula*, Lawton J. acknowledged that the *Evelyn Stevens* case was being appealed, but considered that McKeown J. had been correct. Wedge J. found the facts of the case at bar to be indistinguishable from those in *Serdula*. Ultimately, Wedge J. held that s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, has no application in a bankruptcy scenario.

Wedge J. then turned to the second issue and questioned whether the set-off issue could be separated from the s. 133(1) issue. She concluded at p. 229:

If Husky does not have to pay the Board out of the monies in court, the amount available to the Trustee is not diminished, the priority scheme in the *Bankruptcy Act* is not altered and there is no conflict between the provincial and federal legislation. It is only subs. (3) of s. 133, taken together with subs. (1) which would have the effect of disturbing the priority scheme. Thus the whole of s. 133 is under attack in the constitutional issue.

Wedge J. went on to reject the argument that the set-off provision in s. 133(3) is not in conflict with the *Bankruptcy Act* because, in s. 97(3), the Act itself recognizes rights of set-off. She reasoned at pp. 229-30:

To interpret the general right of set-off in s. 97(3) as overriding the specific reference to Workers' Compensation payments in the order of priorities would, in my

Le juge Wedge a également mentionné la décision ontarienne *Re Evelyn Stevens Interiors Ltd.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 712 (C.S.), dans laquelle, selon elle, le juge McKeown [TRADUCTION] «s'est fondé sur les motifs du juge Wilson, dans *Deloitte Haskins*, pour appliquer le principe voulant qu'une loi provinciale ne puisse modifier l'ordre de priorité établi au par. 136(1) de la *Loi sur la faillite*» (p. 228). Elle a fait remarquer que le raisonnement du juge McKeown, dans *Evelyn Stevens*, a été adopté par le juge Lawton dans *Serdula Construction Management Inc. c. Workers' Compensation Board*, B.R. Sask. (Regina), Q.B.M. 126/91 (12 avril 1991), une affaire qui concernait aussi une réclamation fondée sur l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*. Dans l'affaire *Serdula*, le juge Lawton a reconnu qu'un appel avait été interjeté dans l'affaire *Evelyn Stevens*, mais il a considéré que le juge McKeown avait raison. De l'avis du juge Wedge, les faits en l'espèce ne pouvaient être distingués de ceux de l'affaire *Serdula*. Le juge Wedge a finalement conclu que l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, n'était pas applicable dans le contexte d'une faillite.

Le juge Wedge a ensuite examiné la deuxième question et s'est demandée si la question de la compensation pouvait être dissociée de celle du par. 133(1). Voici sa conclusion, à la p. 229:

[TRADUCTION] Si Husky n'a pas à payer la Commission sur les sommes consignées en cour, le montant dont dispose le syndic ne se trouve pas diminué, l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite* n'est pas modifié et il n'y a pas d'incompatibilité entre la loi fédérale et la loi provinciale. Ce n'est que lorsqu'il est conjugué au par. (1) que le par. (3) aurait pour effet de modifier l'ordre de priorité. Par conséquent, c'est l'ensemble de l'art. 133 qui est attaqué dans la question constitutionnelle.

Le juge Wedge a ensuite rejeté l'argument selon lequel la compensation visée au par. 133(3) n'est pas incompatible avec la *Loi sur la faillite*, étant donné que le par. 97(3) de cette loi reconnaît des droits de compensation. Voici son raisonnement, aux pp. 229 et 230:

[TRADUCTION] À mon avis, considérer que le droit de compensation général, visé au par. 97(3), l'emporte sur la mention spécifique des paiements au titre des acci-

view, ignore the intention of the federal legislation, i.e. the standardization of bankruptcy priorities across Canada.

dents du travail dans l'ordre de priorité ne tiendrait pas compte de l'intention de la loi fédérale, soit la normalisation de l'ordre de priorité en matière de faillite au Canada.

105 In the end, Wedge J. agreed with Lawton J. in *Serdula*. In the circumstances, she also found it unnecessary to decide the second issue given the interconnection between ss. 133(1) and (3), such that the invalidity of the former necessarily triggered the inoperation of the latter.

Le juge Wedge a, en fin de compte, souscrit à l'opinion du juge Lawton dans *Serdula*. Elle a également jugé inutile, dans les circonstances, de trancher la deuxième question compte tenu de la corrélation entre les par. 133(1) et (3), l'invalidité du premier entraînant nécessairement l'inapplication du second.

Saskatchewan Court of Appeal, per Wakeling J.A. (1993), 116 Sask. R. 46

Cour d'appel de la Saskatchewan, le juge Wakeling (1993), 116 Sask. R. 46

106 The Court of Appeal for Saskatchewan dismissed the appeal by the Workers' Compensation Board.

La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel de la Commission.

107 Wakeling J.A. commenced his analysis by noting, at p. 47, that "[t]his appeal probes the extent to which provincial legislation may affect federal legislation relating to bankruptcy." It was noted that were s. 133 not to exist, the claim of the Board would rank eighth in priority and in many cases would go unpaid; if s. 133 is valid, the claim of the Board would be paid by the owner who would then have a claim against the bankrupt estate. According to Wakeling J.A. at p. 48, "[t]he net result is a clear advantage to the W.C.B. as it has managed to assure payment of its claim and leave it to the owner to struggle for repayment under the *Act* either claiming right of set-off or ranking at the bottom of the list of priorities as an unsecured creditor."

Le juge Wakeling a commencé son analyse en soulignant, à la p. 47, que [TRADUCTION] «[I]e présent appel porte sur la mesure dans laquelle une loi provinciale peut avoir une incidence sur la loi fédérale en matière de faillite.» Il a fait remarquer que, sans l'art. 133, la réclamation de la Commission serait colloquée au huitième rang et qu'elle demeurerait impayée dans bien des cas; si l'art. 133 est valide, la réclamation de la Commission serait réglée par le propriétaire qui aurait alors un recours contre l'actif du failli. Selon le juge Wakeling, [TRADUCTION] «[i]l en résulte un avantage clair pour la Commission puisqu'elle a réussi à obtenir le paiement de sa réclamation et à laisser au propriétaire le soin de se battre pour obtenir un remboursement en vertu de la *Loi*, que ce soit en invoquant un droit de compensation ou en occupant le dernier rang dans l'ordre de priorité, en tant que créancier non garanti» (p. 48).

108 The observation was then made that the provinces are dissatisfied with the degree of priority s. 136 of the *Bankruptcy Act* provides them. Wakeling J.A., at p. 48, characterized this appeal as but one more attempt by a province "to circumvent the restriction which s. 136 of the *Act* has imposed on the ability of the W.C.B. to collect its claim."

Le juge a ensuite fait remarquer que les provinces ne sont pas satisfaites du rang que leur attribue l'art. 136 de la *Loi sur la faillite*. Le juge Wakeling a affirmé, à la p. 48, que l'appel ne constituait rien de plus qu'une autre tentative par une province [TRADUCTION] «de contourner la restriction que l'art. 136 de la *Loi* impose relativement à la capacité de la Commission de percevoir le montant de sa réclamation.»

1995 CanLII 69 (C.S.)

Wakeling J.A. referred to the “quartet” decisions discussed by Wedge J. and held, at p. 50, that “[i]t is apparent from these cases that the Supreme Court has determined that where the federal powers over bankruptcy have been exercised in the [Bankruptcy] Act, it is not possible for provincial legislation to change the scheme of distribution which the Act has established.” Wakeling J.A. rejected the argument according to which s. 133 does not threaten the bankruptcy scheme since it merely permits a right of recovery against a third party surety, not the estate of the bankrupt. He noted that any third party caught by the Board order will want to seek repayment and will use the set-off and indemnification provisions to this effect, thereby interfering with the distribution of the bankrupt’s estate. He disagreed with the approach taken by the Ontario Court of Appeal in *Ontario (Workers’ Compensation Board) v. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742, in which it was decided that similar legislation which had been contained in the Ontario *Workers’ Compensation Board Act*, R.S.O. 1980, c. 539, for many years was not in conflict with the federal bankruptcy scheme. As Wakeling J.A. elaborated, at p. 51:

It [the Ontario Court of Appeal] concluded that the provincial legislation worked to require the principal to make payment to the Board so that the Board having received payment had no claim under the Act against the bankrupt so it did not need to rely on s. 136. The principal then had a right to set off what it had paid the W.C.B. against what it would otherwise pay the trustee in bankruptcy but that the right of set-off did not constitute a conflict with the Act as it was specifically provided for under [s. 97(3) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*].

In Wakeling J.A.’s view, s. 97(3) was intended only to acknowledge and accept the application of the common law right of set-off as it has been developed over the years. To read more than a common law right of set-off into s. 97(3) would conflict with the *Henfrey Samson* decision. Furthermore, he observed that the Ontario Court of Appeal in *Evelyn Stevens* referred to only three members of the “quartet”, failing to make refer-

Le juge Wakeling a mentionné le «quatuor» d’arrêts examinés par le juge Wedge et a conclu, à la p. 50, qu’[TRADUCTION] «[i]l ressort de ces arrêts que la Cour suprême a décidé qu’une loi provinciale ne peut modifier le plan légal de répartition, dans le cas où les pouvoirs fédéraux en matière de faillite ont été exercés dans la *Loi [sur la faillite]*.» Le juge Wakeling a rejeté l’argument selon lequel l’art. 133 ne constitue pas une menace pour le régime de faillite puisqu’il confère simplement un droit de recouvrement auprès d’un tiers qui sert de caution, et non sur l’actif du failli. Il a précisé que tout tiers visé par l’ordonnance de la Commission voudra obtenir un remboursement et utilisera à cette fin les dispositions en matière de compensation et d’indemnisation, modifiant ainsi le partage de l’actif du failli. Il ne partageait pas le point de vue de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Ontario (Workers’ Compensation Board) c. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742, où il a été décidé qu’une disposition similaire figurant, depuis de nombreuses années, dans la *Loi sur les accidents du travail* de l’Ontario, L.R.O. 1980, ch. 539, n’était pas incompatible avec le régime fédéral en matière de faillite. Comme le fait remarquer plus en détail le juge Wakeling, à la p. 51:

[TRADUCTION] Elle [la Cour d’appel de l’Ontario] a conclu que la loi provinciale avait pour effet d’exiger du commettant qu’il paie la Commission de sorte que celle-ci ne possède ensuite, du fait de ce paiement, aucun recours contre le failli en vertu de la *Loi* et qu’elle n’ait pas à invoquer l’art. 136. Le commettant avait alors le droit d’opérer compensation entre le montant versé à la Commission et celui qu’il paierait par ailleurs au syndic de la faillite; cependant, le droit de compensation n’était pas incompatible avec la *Loi* puisqu’il était explicitement prévu [au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*].

De l’avis du juge Wakeling, le par. 97(3) ne visait qu’à reconnaître et à accepter l’application du droit de compensation, reconnu en common law, tel qu’il avait évolué au fil des ans. Il serait incompatible avec l’arrêt *Henfrey Samson* d’affirmer que le par. 97(3) confère davantage que le droit de compensation reconnu en common law. Par ailleurs, il a fait remarquer que, dans *Evelyn Stevens*, la Cour d’appel de l’Ontario n’a men-

ence to the *FBDB* case which, in his mind, has considerable relevance to this case. Wakeling J.A. added that the *FBDB* judgment applied the *Bourgault, Henfrey Samson* and *Deloitte Haskins* reasoning to parties not directly involved in a bankruptcy.

tionné que trois des arrêts du «quator», omettant l'arrêt *BFD* qui, à son avis, était fort pertinent en l'espèce. Le juge Wakeling a ajouté que l'arrêt *BFD* appliquait le raisonnement suivi dans les arrêts *Re Bourgault, Henfrey Samson* et *Deloitte Haskins* à des parties non directement concernées dans une faillite.

111 In the end, Wakeling J.A. concluded, at pp. 52-53, that "[t]here is no way that the bankruptcy pie can be cut as a consequence of this legislation without disturbing the scheme of distribution established under s. 136 of the *Act*." In fact, he held that it could hardly be disputed that without the legislation the distribution would be different.

Le juge Wakeling a finalement conclu, aux pp. 52 et 53, que, [TRADUCTION] «[c]ompte tenu de cette disposition, il n'existe aucun moyen de partager l'actif de la faillite sans modifier le plan de répartition établi à l'art. 136 de la *Loi*.» En fait, il a statué que l'on ne pouvait guère contester que le partage serait différent en l'absence de cette disposition.

112 Deeming s. 133(1) to be invalid, Wakeling J.A. basically affirmed the approach taken by Wedge J. regarding the severance of the set-off provision. He found that the provision was to be struck as a whole, given that there is no apparent justification for a conclusion that the legislators would have intended the principal to pay in full whether or not a right of set-off was available.

Tenant le par. 133(1) pour non valide, le juge Wakeling a essentiellement confirmé le point de vue adopté par le juge Wedge relativement à la dissociation de la disposition sur la compensation. Il a décidé que la disposition devait être annulée en totalité, puisqu'il n'est apparemment pas justifié de conclure que le législateur aurait voulu que le commettant paie au complet, peu importe qu'un droit de compensation existe ou non.

IV. Issues on Appeal

IV. Les questions en litige

113 The issues in this appeal are set out in the constitutional questions stated by the Chief Justice on September 14, 1994:

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 14 septembre 1994:

1. Where a contractor as referred to in s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1, is in bankruptcy and but for the bankruptcy, the principal as referred to in s. 133 would be liable to pay the assessment due by the contractor under the Act, is s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, and in particular ss. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) and 198(a) thereof?
1. Lorsque l'entrepreneur mentionné à l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, est en faillite et que, n'eût été cette faillite, le commettant mentionné à ce même article serait tenu de payer la cotisation due par l'entrepreneur en vertu de la Loi, l'art. 133 de ladite loi est-il inopérant ou inapplicable en totalité ou en partie pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, et, en particulier, avec les art. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) et 198(a) de cette loi?
2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?
2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?

In my view, the gist of the appeal comes down to the following questions, as proposed by the appellants:

- (a) Is section 133(1) of *The Workers' Compensation Act* inoperative by reason of inconsistency with the *Bankruptcy Act*?
- (b) Is section 133(3) of *The Workers' Compensation Act* inoperative by reason of inconsistency with the *Bankruptcy Act*?
- (c) If section 133(3) is inoperative, does that render section 133(1) inoperative as well?

V. Analysis

For the reasons that follow, I would allow the appeal. Section 133(1) is valid even in a situation where the contractor is or becomes bankrupt; s. 133(3) is also valid in the bankruptcy context and permits the principal to set off the amount paid to the Board from funds that it owes to the bankrupt or assignee thereof. Although I am aware of the fact that the set-off involves monies constituting the property of the bankrupt and that it potentially interferes with the order of priorities established by s. 136, I find that s. 97(3) of the *Bankruptcy Act* eliminates any operational conflict between s. 133(3) and the Act since the cause of action contemplated by s. 133(3) is ordinarily available at law and equity. Further, when s. 133(3) is used simply for purposes of indemnification and this is pursued by the principal joining the ranks of the unsecured creditors then I believe any resultant interference with the bankruptcy scheme to be so incidental that it falls outside of the scope of the "clear conflict" required to trigger invalidation through the paramouncy doctrine.

At the outset, I note that the respondent's submissions that s. 133 is in conflict with ss. 17(1), 67, 95, 148, 158(a) and 198(a) of the *Bankruptcy Act* are of little, if any, merit. Nor were they seriously pleaded before us. The crux of this appeal

À mon avis, il s'agit essentiellement en l'espèce de répondre aux questions suivantes, comme le proposent les appellants:

[TRADUCTION]

- a) Le paragraphe 133(1) de *The Workers' Compensation Act* est-il inopérant pour cause d'incompatibilité avec la *Loi sur la faillite*?
- b) Le paragraphe 133(3) de *The Workers' Compensation Act* est-il inopérant pour cause d'incompatibilité avec la *Loi sur la faillite*?
- c) Si le paragraphe 133(3) est inopérant, le paragraphe 133(1) l'est-il également de ce fait?

V. Analyse

Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais le pourvoi. Le paragraphe 133(1) est valide même dans le cas où l'entrepreneur est ou devient failli; le par. 133(3) est également valide dans le contexte d'une faillite et permet au commettant d'opérer compensation entre le montant versé à la Commission et celui qu'il doit au failli ou au cessionnaire des biens du failli. Bien que je sois conscient du fait que la compensation vise des sommes constituant les biens du failli et qu'elle risque de modifier l'ordre de priorité établi par l'art. 136, je suis d'avis que le par. 97(3) de la *Loi sur la faillite* élimine toute incompatibilité d'application entre le par. 133(3) et la Loi puisque la cause d'action envisagée au par. 133(3) existe habituellement en common law et en *equity*. De plus, je crois que, dans les cas où le par. 133(3) est utilisé simplement à des fins d'indemnisation, ce qui se produit lorsque le commettant joint les rangs des créanciers non garantis, toute ingérence dans le régime de faillite qui en résulte est tellement accessoire qu'elle se situe hors du cadre du «conflit évident» nécessaire à une déclaration d'invalidité par application de la règle de la prépondérance.

D'emblée, je fais remarquer que les arguments de l'intimée selon lesquels l'art. 133 est incompatible avec le par. 17(1), les art. 67, 95 et 148 et les al. 158a) et 198a) de la *Loi sur la faillite* ne peuvent avoir que peu de valeur. Ils n'ont pas non plus été sérieusement débattus devant nous. C'est le par. 136(1) de la *Loi sur la faillite* qui est au cœur

involves s. 136(1) of the *Bankruptcy Act* and it is on this provision that I shall focus my attention.

A. *Paramountcy Doctrine*

117 Section 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, is valid provincial legislation enacted pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. Similarly, the *Bankruptcy Act* is *intra vires* the legislative purview of Parliament, specifically s. 91(21) of the Constitution: *Attorney-General of Ontario v. Attorney General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (P.C.), at p. 197; *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, affirming [1926] S.C.R. 218. To this end, the constitutional issue herein asks whether s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, is rendered inoperative by virtue of a conflict with the *Bankruptcy Act*. In a situation where there is clear operational conflict between valid federal and provincial legislation, the doctrine of paramountcy requires that the provincial legislation be, to the extent of the conflict, declared inoperational. It is upon this doctrine that the respondent relies.

118 I underscore that, in order to be triggered, the doctrine of paramountcy requires very clear conflict. As noted by Dickson J. (as he then was) in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191:

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no"

119 Conflict for purposes of paramountcy analysis is found when compliance with the enactment of one level of government entails defiance with that of the other: *McCutcheon, supra*, at p. 191. There must be a situation where one cannot be able to obey the law of one level of government without disobeying the law of the other level of government: *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121.

120 The requirement that clear operational conflict be found effectively narrows the situations in

du présent pourvoi et c'est sur cette disposition que je vais me concentrer.

A. *La règle de la prépondérance*

L'article 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, est une disposition législative provinciale valide qui a été adoptée conformément au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. De même, la *Loi sur la faillite* relève de la compétence législative fédérale et, plus particulièrement, du par. 91(21) de la Constitution: *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (C.P.), à la p. 197; *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187, confirmant [1926] R.C.S. 218. À cette fin, la question constitutionnelle posée en l'espèce vise à déterminer si l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, est rendu inopérant en raison d'un conflit avec la *Loi sur la faillite*. Dans un cas où il y a clairement un conflit d'application entre une loi fédérale et une loi provinciale, toutes deux valides, la règle de la prépondérance exige que la loi provinciale soit déclarée inopérante dans la mesure du conflit. C'est cette règle que l'intimée invoque.

Je tiens à souligner que, pour que la règle de la prépondérance s'applique, il doit exister un conflit très évident. Comme le fait remarquer le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, à la p. 191:

En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non»;

Pour les fins de l'analyse de la prépondérance, il y a conflit lorsque l'observance d'une loi d'un palier de gouvernement entraîne l'inobservance de celle de l'autre palier de gouvernement: *McCutcheon*, précité, à la p. 191. Il doit s'agir d'un cas où quelqu'un ne peut se conformer à la loi d'un palier de gouvernement sans désobéir à la loi de l'autre palier de gouvernement: *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.

Puisqu'il doit clairement exister un conflit d'application, il y aura en fait peu de cas où l'on consi-

which federal legislation will be deemed to be paramount over provincial enactments. The rationale behind this restrictive use of paramountcy is self evident: governmental regulation in Canada operates through a complex web of federal and provincial legislation. The regimes structuring many areas of public policy, such as, bankruptcy, actively involve both levels of government. To this end, barring a situation where obeying the enactment of one level places a citizen in disobedience of the legislation of the other level, an attempt must be made to read overlapping provincial and federal legislation in a complementary manner.

I am buttressed in this approach by the general comments of Dickson C.J. in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641. Although the *GM* case specifically involved validating legislation under the federal trade and commerce power, I find the following passage from Dickson C.J.'s reasons (at pp. 669-70) to be apposite to this appeal:

... it should be remembered that in a federal system it is inevitable that, in pursuing valid objectives, the legislation of each level of government will impact occasionally on the sphere of power of the other level of government; overlap of legislation is to be expected and accommodated in a federal state. Thus a certain degree of judicial restraint in proposing strict tests which will result in striking down such legislation is appropriate....

Both provincial and federal governments have equal ability to legislate in ways that may incidentally affect the other government's sphere of power.

In the case at bar, the courts below did not demonstrate the appropriate level of judicial restraint in their application of paramountcy doctrine. In my view, courts should carefully look for co-existence, not strive to find conflict.

dérera qu'une loi fédérale a prépondérance sur des lois provinciales. La raison d'être du recours restreint à la prépondérance est évidente en soi: la réglementation gouvernementale au Canada s'inscrit dans le cadre de tout un ensemble complexe de lois fédérales et provinciales. Les deux paliers de gouvernement participent activement à l'établissement des régimes applicables à de nombreux domaines d'intérêt public comme celui de la faillite. À cette fin, sauf dans le cas où l'observance de la loi d'un palier de gouvernement par un citoyen entraîne son inobservance de la loi de l'autre palier de gouvernement, il faut tenter d'interpréter de façon complémentaire les lois fédérales et provinciales qui chevauchent.

Les commentaires généraux du juge en chef Dickson dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, appuient mon point de vue. Bien que cet arrêt ait porté expressément sur la validation d'une loi en vertu de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce, j'estime que l'extrait suivant des motifs du juge en chef Dickson (aux pp. 669 et 670) est pertinent en l'espèce:

... il faut se rappeler que, dans un régime fédéral, il est certain que, dans la poursuite d'objectifs réguliers, la mesure législative de chaque palier de gouvernement aura parfois des répercussions sur le domaine de compétence d'un autre palier du gouvernement; il faut s'attendre à ce qu'il y ait chevauchement de mesures législatives et il faut s'y adapter dans un État fédéral. Il est donc approprié que les tribunaux exercent une certaine forme de retenue quand ils proposent des critères stricts qui auront pour effet d'invalider de telles mesures législatives...

Les gouvernements fédéral et provinciaux partagent la même capacité de légiférer de façons qui peuvent accessoirement toucher au domaine de compétence de l'autre.

En l'espèce, les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas fait preuve de la retenue qui s'impose en appliquant la règle de la prépondérance. À mon avis, les tribunaux devraient chercher avec soin la coexistence et non pas s'efforcer de déceler des conflits.

B. *The History and Purpose of Workers' Compensation Legislation in Canada*

123 The disposition of this appeal requires not only a sensitivity to the true nature of the paramountcy doctrine, but also an appreciation of the history and purpose of workers' compensation legislation.

124 Workers' compensation legislation creates a "no fault" system of benefits whereby injured workers are guaranteed compensation in connection with their injuries. As noted by the Workers' Compensation Board of Alberta, the concept of workers' compensation in Canada was introduced in order to elevate Canadian society from an industrial "state of nature".

125 In *Medwid v. Ontario* (1988), 48 D.L.R. (4th) 272 (Ont. H.C.), at pp. 280-81, Montgomery J. described this "state of nature" as follows:

... in the years before there was workers' compensation. Economic necessity compelled people to work long hours, under conditions more hazardous than they would freely choose and without any opportunity to provide for their own personal safety. The physical conditions, equipment and work methods of the day often increased the likelihood of accidents and decreased the likelihood of recovery in tort. As many as half of the work place accidents were found to result from the hazards of the work place, not from anyone's fault. When an employer was at fault, he could erect the common law defences of contributory negligence and voluntary assumption of risk to insulate himself from liability. Both of those defences, though available generally, operated with particular harshness in the work place, because despite the dangers of the work place and the work tasks there were no real alternatives open to the worker. In addition, employers alone could assert the defence of common employment to neutralize claims based on the fault of a worker's fellow employees. All of these defences operated as absolute bars to recovery; all remain part of Ontario law, except where suppressed or modified by statute. Finally, even successful worker-plaintiffs had no assurance of meaningful recovery. Wealthy employers could often exhaust the worker's resources in a series of appeals. Legal fees and other costs reduced the amount realized from any award.

B. *L'historique et l'objet de la législation sur les accidents du travail au Canada*

Pour statuer sur le présent pourvoi, il faut non seulement tenir compte de la nature véritable de la règle de la prépondérance, mais encore de l'histoire et de l'objet de la législation sur les accidents du travail.

La législation sur les accidents du travail crée un régime d'indemnités sans égard à la responsabilité, qui garantit aux travailleurs blessés une indemnité pour leurs blessures. Comme l'a fait remarquer la Workers' Compensation Board de l'Alberta, le concept de l'indemnisation des accidents du travail a été établi au Canada pour sortir la société canadienne d'une «période de dénuement» pour les travailleurs.

Dans la décision *Medwid c. Ontario* (1988), 48 D.L.R. (4th) 272 (H.C. Ont.), aux pp. 280 et 281, le juge Montgomery décrit ainsi cette «période de dénuement»:

[TRADUCTION] ... au cours des années antérieures à l'indemnisation des accidents du travail. Les gens devaient par nécessité économique travailler pendant de longues heures, dans des conditions plus dangereuses qu'ils n'auraient librement choisi et sans possibilité de pourvoir à leur propre sécurité personnelle. Les conditions matérielles, l'équipement et les méthodes de travail de l'époque augmentaient souvent le risque d'accidents et diminuaient la possibilité d'un recouvrement fondé sur la responsabilité civile délictuelle. Jusqu'à la moitié des accidents du travail était imputable aux dangers que posait le milieu de travail, et non à la faute de quelqu'un. Lorsqu'un employeur était fautif, il pouvait invoquer la négligence contributive et l'acceptation du risque comme moyens de défense, reconnus en common law, pour échapper à toute responsabilité. Ces deux moyens de défense, même s'ils pouvaient être invoqués de manière générale, étaient appliqués d'une façon particulièrement rigoureuse en milieu de travail, parce que, malgré les dangers du milieu de travail et du travail même, le travailleur n'avait pas de véritables choix à faire. En outre, seul l'employeur pouvait soulever la communauté d'emploi comme moyen de défense pour faire contrepois aux réclamations d'un travailleur fondées sur la faute d'un collègue. Tous ces moyens de défense avaient pour effet d'empêcher de manière absolue tout recouvrement; ils font encore tous partie du

Impecunious employers often could not pay the judgments against them. For slow developing industrial disease claims, workers might find their employers had gone out of business or disappeared.

In effect, the workers' compensation system involves an historic compromise. On the one hand, employees give up their rights of action against employers and other workers in exchange for benefits regardless of fault. On the other hand, employers are relieved of certain liabilities involving their employees but are obliged to fund wholly the burden of compensating injured workers through assessments paid to the Injury Fund. This compromise emanated from the 1913 Meredith Report, which constitutes the conceptual base for all workers' compensation legislation in Canada. In *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 501, affirmed [1989] 1 S.C.R. 922, the Newfoundland Court of Appeal, at p. 509, summarized the funding scheme proposed by Meredith as follows:

... Meredith recommended that Ontario model its legislation after the German system which emphasized the duty of the state to provide sustenance and support to injured workers through a collective, no-fault, industry-funded insurance scheme by means of a regulated accident fund

The strength of the fund is thus key to the viability of the workers' compensation system. In turn, the financial integrity of the Workers' Compensation program depends on an effective means of ensuring that sufficient monies are paid into the Injury Fund. It is here that s. 133 plays a key role. It, along with other devices such as statutory liens, ensures that the Injury Fund continues to be

droit ontarien, sauf dans la mesure où ils ont été supprimés ou modifiés par la loi. Enfin, même les demandeurs-travailleurs qui avaient gain de cause ne disposaient d'aucune garantie de recouvrement utile. Les employeurs riches pouvaient souvent épuiser les ressources du travailleur au moyen d'une série d'appels. Les frais de justice et autres avaient pour effet de diminuer le montant obtenu. De plus, souvent des employeurs pauvres n'étaient pas en mesure de payer les montants qu'ils avaient été condamnés à verser. Dans le cas de réclamations relatives à des maladies professionnelles à progression lente, le travailleur pouvait découvrir que son employeur n'était plus en affaires ou avait disparu.

En fait, le régime d'indemnisation des accidents du travail comporte un compromis historique. D'une part, l'employé renonce à son droit d'action contre son employeur et d'autres travailleurs en contrepartie d'indemnités sans égard à la responsabilité. D'autre part, l'employeur est relevé de certaines responsabilités relatives à ses employés, mais est tenu d'assumer en totalité la responsabilité de l'indemnisation des travailleurs blessés grâce aux cotisations versées à la caisse des accidents. Ce compromis émane du rapport Meredith de 1913, qui constitue le fondement conceptuel de l'ensemble des lois sur l'indemnisation des accidents du travail au Canada. Dans *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 501, confirmé par [1989] 1 R.C.S. 922, la Cour d'appel de Terre-Neuve résume, à la p. 509, le régime de financement proposé par Meredith:

[TRADUCTION] . . . Meredith a recommandé que l'Ontario calque sa loi sur le régime allemand qui met l'accent sur l'obligation de l'État de fournir des moyens de subsistance et un soutien aux travailleurs blessés, grâce à un régime d'assurance collectif sans égard à la responsabilité, financé par l'industrie au moyen d'une caisse des accidents réglementée.

La santé de la caisse est donc la clé de la viabilité du régime d'indemnisation des accidents du travail. Par contre, l'équilibre financier du programme d'indemnisation des accidents du travail dépend de l'existence d'un moyen efficace de garantir que des fonds soient versés en quantité suffisante à la caisse des accidents. C'est ici que l'art. 133 joue un rôle clé. Grâce à cette disposition

replenished and remains solvent. This is accomplished by holding principals liable for the unpaid dues of contractors because, from the perspective of the workers, both contractors and principals are "employers". Moreover, from the point of view of rudimentary economic analysis, both gain from the surplus value of the workers' labour. Without the existence of effective methods to finance the Injury Fund, the workers' compensation system is emptied of any content and the "historical compromise" is rendered meaningless. Provisions such as s. 133 further the policy choice to shift losses for unpaid premiums from the Board and workers to principals. Workers' compensation legislation strives to visit the costs of industrial disease, death and injury on the employer community which exposes its workforce to those risks. An attempt is made to spread responsibility for those costs amongst multiple employers engaged in a single project.

et à d'autres instruments comme les privilèges d'origine législative, la caisse des accidents continue d'être réapprovisionnée et solvable. Pour ce faire, les commettants sont tenus responsables des cotisations impayées des entrepreneurs parce que, du point de vue des travailleurs, tant l'entrepreneur que le commettant sont des «employeurs». En outre, du point de vue d'une analyse économique rudimentaire, les deux tirent profit de la valeur excédentaire du labeur des travailleurs. En l'absence de méthodes efficaces de financement de la caisse des accidents, le régime d'indemnisation des accidents du travail devient futile et le «compromis historique» perd tout son sens. Des dispositions comme l'art. 133 appuient le choix de principe de faire assumer par les commettants, plutôt que par la commission et les travailleurs, les pertes au titre des primes impayées. La législation sur l'indemnisation des accidents du travail s'efforce de faire assumer les coûts relatifs aux maladies professionnelles et aux décès et blessures de travailleurs par le milieu des employeurs qui expose sa main-d'œuvre à ces risques. On tente de répartir la responsabilité de ces coûts entre les divers employeurs qui participent à un projet commun.

128 On a related note, I would, with respect, expressly reject Wakeling J.A.'s characterization at p. 48 of this case as "... one more attempt by a province to circumvent the restriction which s. 136 of the *Act* has imposed on the ability of the W.C.B. to collect its claim." To the extent that Wakeling J.A.'s remarks are aimed at criticizing the province for enacting the impugned legislation with that object in mind, I cannot agree. There is no basis in law or history to ascribe such a pejorative intent to s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*. I note that the original precursor to s. 133 was enacted in 1911 (*The Workmen's Compensation Act, S.S. 1910-11, c. 9, s. 9*), well before the introduction of *The Bankruptcy Act* in 1919 (S.C. 1919, c. 36) and of the original version of s. 136(1)(h) which was enacted in 1921 (*The Bankruptcy Act Amendment Act, 1921, S.C. 1921, c. 17, s. 39*).

Dans la même veine, je suis d'avis, en toute déférence, de rejeter expressément l'affirmation du juge Wakeling, à la p. 48, voulant que la présente affaire ne constitue qu'[TRADUCTION] «... une autre tentative par une province de contourner la restriction que l'art. 136 de la *Loi* impose relativement à la capacité de la Commission de percevoir le montant de sa réclamation.» Je ne saurais être d'accord dans la mesure où les remarques du juge Wakeling visent à reprocher à la province d'avoir eu cette intention à l'esprit en adoptant la mesure législative contestée. Il n'y a aucune raison juridique ou historique de prêter une intention aussi péjorative à l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*. Je souligne que le libellé initial de l'art. 133 a été adopté en 1911 (*The Workmen's Compensation Act, S.S. 1910-11, ch. 9, art. 9*), bien avant l'adoption de la *Loi de faillite* en 1919 (S.C. 1919, ch. 36) et de la première version de l'al. 136(1)h, adoptée en 1921 (*Loi modifiant la Loi de faillite, 1921, S.C. 1921, ch. 17, art. 39*).

From another angle, the present wording of s. 133 is essentially unchanged from the modifications made to s. 9 of the 1910 Act in the 1929 *Workmen's Compensation Act*, S.S. 1928-29, c. 73, s. 11. Now, s. 11 of the 1929 Act was modelled directly on the contemporaneous provisions of the Ontario *Workmen's Compensation Act*, R.S.O. 1927, c. 179, s. 10, these being originally enacted in 1915 and 1919: S.O. 1914, c. 25, s. 10, as amended by S.O. 1915, c. 24, s. 5, and S.O. 1919, c. 34, s. 4(2). The creation of joint and several liability as between contractors and principals for the contractor's unpaid compensation debts (as well as the concomitant right to indemnification) thus predates the scheme of priorities established by bankruptcy legislation. Consequently, there could not have been, at the time of enacting workers' compensation legislation, a desire to undermine federal bankruptcy arrangements nor circumvent the priority scheme.

It is helpful to recall that s. 133 is not addressed specifically to situations in which the contractor is bankrupt, although such a situation may occasionally arise on the facts as it does here. Principally, s. 133 is aimed at granting the Board an alternate route to obtain the funds that, but for the delinquency, absconding or unscrupulousness of the contractor, it would ordinarily have received. Clearly, when the contractor and principal have a working relationship, it is easier for the principal to recover the monies from the contractor than it is for the Board since it is the principal who pays the contractor for work completed.

This review of the legislative history and purpose of workers' compensation statutes fails to unearth any indication that s. 133 was enacted for the purpose of improving the ranking of the Board in a bankruptcy. See *Evelyn Stevens* (Ont. C.A.), *supra*, at p. 747, for a similar conclusion within the Ontario context.

Vu sous un autre angle, le libellé actuel de l'art. 133 est essentiellement le même depuis les modifications apportées à l'art. 9 de la loi de 1910 dans *The Workmen's Compensation Act* de 1929, S.S. 1928-29, ch. 73, art. 11. L'article 11 de la loi de 1929 a été calqué directement sur les dispositions contemporaines de *The Workmen's Compensation Act* de l'Ontario, R.S.O. 1927, ch. 179, art. 10, qui avaient été adoptées initialement en 1915 et en 1919: S.O. 1914, ch. 25, art. 10, modifié par S.O. 1915, ch. 24, art. 5, et S.O. 1919, ch. 34, par. 4(2). L'établissement d'une responsabilité solidaire entre entrepreneurs et commettants relativement aux cotisations impayées (et le droit concomitant d'être indemnisé) est donc antérieur à l'ordre de priorité établi par la loi sur la faillite. En conséquence, il ne pouvait exister, au moment de l'adoption de la loi sur l'indemnisation des accidents du travail, une volonté de miner les dispositions fédérales en matière de faillite ou de déjouer l'ordre de priorité.

Il est utile de se rappeler que l'art. 133 ne vise pas spécifiquement les situations où l'entrepreneur est en faillite, quoiqu'une telle situation puisse, à l'occasion, se présenter dans les faits, comme en l'espèce. L'article 133 vise surtout à accorder à la Commission un autre moyen d'obtenir les fonds qu'elle aurait normalement reçus n'eût été le défaut, la fuite ou la malhonnêteté de l'entrepreneur. De toute évidence, lorsque l'entrepreneur et le commettant ont une relation de travail, il est plus facile pour le commettant de recouvrer les sommes auprès de l'entrepreneur que ce ne l'est pour la Commission puisque c'est le commettant qui paie l'entrepreneur pour les travaux achevés.

L'examen de l'historique et de l'objet des lois sur l'indemnisation des accidents du travail ne donne aucune raison de croire que l'art. 133 a été adopté dans le but d'améliorer le rang de la Commission dans une faillite. Voir la décision *Evelyn Stevens* (C.A. Ont.), précitée, à la p. 747, pour une conclusion similaire dans le contexte ontarien.

C. *Paramourcy in the Context of Bankruptcy: The "Quartet"*

132 On four occasions, this Court has been called upon to affirm the paramourcy of the *Bankruptcy Act* over provincial enactments which directly interfered with the scheme of priorities established by s. 136 of the federal legislation. As was mentioned above, these four cases are commonly referred to as the "quartet". Although they are not directly on all fours with the appeal at bar (since they do not involve the provincial body claiming against a third-party, only the bankrupt), I agree with Wedge J. that they are of significant interpretive assistance.

133 In *Re Bourgault, supra*, this Court considered s. 30 of the Quebec *Retail Sales Tax Act*, R.S.Q. 1964, c. 71, which provided that "[e]very sum due to the Crown" under that Act constituted "a privileged debt ranking immediately after law costs". The facts of the *Bourgault* case, put briefly, are as follows. Upon the bankruptcy of a debtor, the Deputy Minister of Revenue of Quebec maintained that, by virtue of s. 30 of the *Retail Sales Tax Act*, he was a "secured creditor" within the meaning of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, and was therefore entitled to greater priority than normally available for Crown claims under the bankruptcy scheme. This Court rejected the claim on the grounds that s. 107 (now s. 136) of the *Bankruptcy Act* established an elaborate scheme of distribution of a bankrupt's assets, intending to confer a certain priority on Crown claims, and that provincial statutes which attempted to confer a higher priority were inconsistent with the Act. Specifically, Pigeon J., writing for a majority of the Court, stated at p. 44:

Accordingly, I find that the case turns upon the interpretation of para. 107(1)(j) [of the *Bankruptcy Act*] It is abundantly clear that this was intended to put on an equal footing all claims by Her Majesty in right of Canada or of a province except in cases where it was provided otherwise, namely, para. (c), the levy, and para. (h), workmen's compensation or unemployment insurance assessments and withholdings for income tax.

C. *La prépondérance dans le contexte d'une faillite: le «quatuor» d'arrêts*

À quatre reprises, on a demandé à notre Cour de confirmer la prépondérance de la *Loi sur la faillite* sur des lois provinciales qui modifiaient directement l'ordre de priorité établi à l'art. 136 de la loi fédérale. Comme je l'ai déjà mentionné, ces quatre arrêts sont communément appelés le «quatuor». Bien qu'ils ne soient pas pertinents à tous les points de vue en l'espèce (puisque dans ces arrêts, l'organisme provincial fait une réclamation non pas contre un tiers, mais seulement contre le failli), je conviens avec le juge Wedge qu'ils constituent un important outil d'interprétation.

Dans l'arrêt *Re Bourgault*, précité, notre Cour a examiné l'art. 30 de la *Loi de l'impôt sur la vente en détail* du Québec, S.R.Q. 1964, ch. 71, qui prévoyait que «[t]oute somme due à la couronne» en vertu de cette loi constituait «une dette privilégiée prenant rang immédiatement après les frais de justice.» Voici un résumé des faits de l'arrêt *Re Bourgault*. Lors de la faillite d'un débiteur, le sous-ministre du Revenu du Québec a soutenu qu'il était, en vertu de l'art. 30 de la *Loi de l'impôt sur la vente en détail*, un «créancier garanti» au sens de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3, et qu'il devait occuper, dans l'ordre de priorité, un meilleur rang que celui qui serait normalement attribué aux réclamations de la Couronne sous le régime de la faillite. Notre Cour a rejeté cet argument pour le motif que l'art. 107 (maintenant l'art. 136) de la *Loi sur la faillite* établissait un plan complexe de partage des biens d'un failli, destiné à conférer une certaine priorité aux réclamations de la Couronne, et que les lois provinciales qui tentaient d'attribuer un meilleur rang dans l'ordre de priorité étaient incompatibles avec la Loi. Voir, plus précisément, ce que le juge Pigeon affirme au nom de la Cour à la majorité, à la p. 44:

C'est donc à l'interprétation de l'al. 107(1)(j) [de la *Loi sur la faillite*] qu'il faut s'arrêter. [. . .] Il est manifeste que celle-ci vise à mettre sur un pied d'égalité toutes les créances de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province sauf dans les cas autrement prévus, c'est-à-dire, al. c) le prélèvement et al. h) les cotisations pour accidents du travail ou assurance-chômage et les retenues à la source pour l'impôt sur le revenu. Le texte

Paragraph (j) ends with the following words, “notwithstanding any statutory preference to the contrary”. The purpose of this part of the provision is obvious. Parliament intended to put all debts to a government on an equal footing; it therefore cannot have intended to allow provincial statutes to confer any higher priority. In my opinion, this is precisely what is being contended for when it is argued that, because the Quebec statute creates a privilege on immovable property effective from the date of registration, the Crown thereby becomes a “secured creditor” and thus escapes the effect of the provision which gives it only a lower priority. [Emphasis in original.]

Similarly, in *Deloitte Haskins, supra*, this Court considered s. 78(4)(a) of the *Alberta Workers' Compensation Act*, S.A. 1973, c. 87, which provided that any amount owed to the Workers' Compensation Board by an employer constituted a priority charge on that employer's assets. The Court concluded that this provision did not apply in bankruptcy in that it could not provide the Workers' Compensation Board with a security interest within the meaning of the opening words of s. 107(1) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, so as to defeat the lower priority accorded to claims by Workers' Compensation Boards by s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. Specifically, Wilson J. (on behalf of herself and two other judges, with Chouinard J. and two others concurring separately) relied on *Re Bourgault, supra*, and *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176 (N.S.S.C.), in concluding at p. 806 that:

With respect, the issue in *Re Bourgault* and *Re Black Forest Restaurant Ltd.* was not whether a proprietary interest has been created under the relevant provincial legislation. It was whether provincial legislation, even if it did create a proprietary interest, could defeat the scheme of distribution under s. 107(1) of the *Bankruptcy Act*. These cases held that it could not, that while the provincial legislation could validly secure debts on the property of the debtor in a non-bankruptcy situation, once bankruptcy occurred s. 107(1) determined the status and priority of the claims specifically dealt with in that section. It was not open to the claimant in bankruptcy to say: By virtue of the applicable provincial legislation I am a secured creditor within the meaning of the opening words of s. 107(1) of the *Bankruptcy Act*

de l'al. j) se termine par les mots suivants: «nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire». Le but de cette partie de la disposition est évident. Le législateur fédéral a entendu mettre sur pied d'égalité toutes les dettes dues à un gouvernement; il ne peut donc pas avoir voulu permettre que les lois provinciales accordent une autre priorité. À mon avis, c'est précisément ce que l'on réclame en soutenant que, parce que la loi du Québec accorde un privilège sur les immeubles qui prend effet à compter de la date de son enregistrement, le fisc y devient un «créancier garanti» et échappe ainsi à la disposition qui ne lui accorde qu'une certaine priorité. [Souligné dans l'original.]

De même, dans l'arrêt *Deloitte Haskins*, précité, notre Cour a examiné l'al. 78(4)a de *The Workers' Compensation Act* de l'Alberta, S.A. 1973, ch. 87, qui prévoyait que toute somme due à la Workers' Compensation Board par un employeur constituait une charge prioritaire grevant les biens de cet employeur. Notre Cour a conclu que cette disposition ne s'appliquait pas en matière de faillite en ce sens qu'elle ne pouvait faire de la Workers' Compensation Board un créancier garanti au sens des premiers mots du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3, de manière à contrecarrer le rang inférieur accordé aux réclamations des commissions des accidents du travail par l'al. 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite*. Plus précisément, le juge Wilson (s'exprimant en son propre nom et en celui de deux autres juges, avec l'appui séparé du juge Chouinard et deux autres juges) s'est fondée sur les arrêts *Re Bourgault*, précité, et *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176 (C.S.N.-É.), en concluant, à la p. 806:

Avec égards, dans les arrêts *Re Bourgault* et *Re Black Forest Restaurant Ltd.*, le litige n'était pas de savoir s'il y avait eu création d'un droit de propriété en vertu des lois provinciales applicables. Il s'agissait de savoir si, même si elle créait un droit de propriété, la loi provinciale pouvait aller à l'encontre du plan de distribution prévu au par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*. Ces arrêts ont décidé qu'elle ne le pouvait pas et que, même si la loi provinciale pouvait valablement créer une sûreté pour des dettes sur les biens du débiteur en dehors de la faillite, dès qu'il y avait faillite, le par. 107(1) déterminait le statut et la priorité des réclamations expressément mentionnées dans cet article. Il n'était pas loisible au créancier de la faillite de dire: en vertu de la loi provinciale applicable, je suis un créancier garanti au sens des

and therefore the priority accorded my claim under the relevant paragraph of s. 107(1) does not apply to me. In effect, this is the position adopted by the Court of Appeal and advanced before us by the respondent. It cannot be supported as a matter of statutory interpretation of s. 107(1) since, if the section were to be read in this way, it would have the effect of permitting the provinces to determine priorities on a bankruptcy, a matter within exclusive federal jurisdiction.

How then should the constitutional question stated by the Chief Justice be answered? Does s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* conflict with s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act* so as to render the latter provision inoperable? I do not believe so. Section 78(4) does not purport to deal with a bankruptcy situation and, by virtue of the presumption of constitutionality, the provincial legislature is presumed to be legislating within its competence rather than outside it. Faced with the choice of construing the provincial legislation in a way which would cause it to invade the federal sphere, thereby attracting the doctrine of paramountcy, or construing it in accordance with the presumption of constitutionality, I prefer the latter course. I believe also that it accords better with the more recent authorities on the scope of the paramountcy doctrine.

135 In *FBDB, supra*, this Court found that, where a secured creditor took advantage of s. 49(2) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, and liquidated his security outside the bankruptcy proceedings, the property constituting the security was still property of the bankrupt and the order of payment of creditors from the proceeds of the sale of the security was to be determined by the priorities specified in the *Bankruptcy Act* and not by the provisions of provincial law governing the order of collocation. Writing for the Court, Lamer J. (as he then was) stated at p. 1071:

In any event, I feel that the decisions in *Re Bourgault* and *Deloitte* are conclusive as to the fate of the appeal. These cases stand for the following proposition: in a bankruptcy matter, it is the *Bankruptcy Act* which must be applied. If a bankruptcy occurs, the order of priority is determined by the ranking in s. 107 of the Act, and any debt mentioned in that provision must therefore be given the specified priority.

premiers mots du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite* et en conséquence la priorité que l'alinéa pertinent du par. 107(1) accorde à ma réclamation ne s'applique pas à moi. En réalité, c'est la position adoptée par la Cour d'appel et plaidée devant nous par l'intimée. Cette position n'est pas étayée par l'interprétation législative du par. 107(1) puisque, si on interprétait l'article dans ce sens, il aurait pour effet de permettre aux provinces de déterminer les priorités en cas de faillite, ce qui relève de la compétence fédérale exclusive.

Comment devrait-on alors répondre à la question constitutionnelle formulée par le Juge en chef? L'alinéa 107(1)h) de la *Loi sur la faillite* entre-t-il en conflit avec le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act* de façon à le rendre inopérant? Je ne le crois pas. Le paragraphe 78(4) n'est pas censé viser un cas de faillite et, en vertu de la présomption de constitutionnalité, le législateur provincial est censé légiférer dans le cadre de sa compétence plutôt qu'à l'extérieur de celle-ci. Si j'ai le choix d'interpréter la loi provinciale de manière qu'elle envahisse la sphère de compétence fédérale, entraînant ainsi l'application de la doctrine de la prépondérance ou de l'interpréter en conformité avec la présomption de constitutionnalité, je préfère cette dernière interprétation. Je crois en outre qu'elle se conforme mieux à la jurisprudence et à la doctrine récentes relativement à la portée de la doctrine de la prépondérance.

Dans l'arrêt *BFD*, précité, notre Cour a statué que, dans le cas où un créancier garanti s'est prévalu du par. 49(2) de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3, et a liquidé sa garantie en dehors des procédures de faillite, les biens constituant la garantie continuent de faire partie des biens du failli et l'ordre de paiement des créanciers sur le produit de la vente de la garantie est établi selon les priorités prévues dans la *Loi sur la faillite* et non par les dispositions d'une loi provinciale régissant l'ordre de collocation. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) affirme, au nom de notre Cour, à la p. 1071:

De toute manière, j'estime que les décisions rendues dans *Re Bourgault* et *Deloitte* tranchent le pourvoi de façon déterminante. Le principe qui se dégage de ces arrêts est le suivant: en cas de faillite, c'est la *Loi sur la faillite* qui doit recevoir application. S'il y a faillite, l'ordre de collocation est établi selon les priorités prévues à l'art. 107 de la Loi, et toute créance mentionnée à cette disposition doit donc être colloquée selon le rang prescrit.

Lamer J. went on to note that as provincial statutes cannot affect the priorities created by the federal statute, consistency in the order of priority in bankruptcy situations is ensured from one province to another.

Finally, in *Henfrey Samson*, *supra*, this Court reiterated its position in the three previous cases, holding that a deemed statutory trust created by s. 18(1) of the British Columbia *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, over all amounts collected as taxes under the Act could not give the province priority over other creditors under the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3. The issue was whether the deemed statutory trust could qualify as a trust within s. 47(a) of the *Bankruptcy Act* so as to exclude the amounts so held from the property of the bankrupt and instead require them to be given entirely to the provincial government. McLachlin J., writing for the majority, held at p. 33 that:

To interpret s. 47(a) as applying not only to trusts as defined by the general law, but to statutory trusts created by the provinces lacking the common law attributes of trusts, would be to permit the provinces to create their own priorities under the *Bankruptcy Act* and to invite a differential scheme of distribution on bankruptcy from province to province.

In *Henfrey Samson*, no common law trust was found since the monies in the impugned trust had been mixed with other monies. Consequently, the s. 47(a) definition of trust was not triggered. However, the important point to be taken from *Henfrey Samson* is that if the province were to have drafted its tax collection legislation in a way that created a valid trust under the terms of the *Bankruptcy Act*, that money would have been excluded from the property of the bankrupt. From another perspective, the province would be able to affect the outcome of the bankruptcy; yet, because it would not have altered the priorities of distribution, the legislation would have survived paramountcy analysis. In *Henfrey Samson*, Cory J. dissented regarding the applicability of the questions of law to the spe-

Le juge Lamer fait ensuite remarquer que, puisque les lois provinciales ne peuvent modifier les priorités établies par la loi fédérale, l'uniformité de l'ordre de priorité en matière de faillite est donc assurée d'une province à l'autre.

Enfin, dans l'arrêt *Henfrey Samson*, précité, notre Cour a réitéré la position qu'elle avait adoptée dans les trois arrêts antérieurs, statuant qu'une fiducie réputée, créée par le par. 18(1) de la *Social Service Tax Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 388, relativement à tous les montants de taxe perçus en vertu de la Loi ne pouvait conférer à la province la priorité sur les autres créanciers en vertu de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3. Il s'agissait de déterminer si cette fiducie légale réputée pouvait être qualifiée de fiducie au sens de l'al. 47a) de la *Loi sur la faillite* de façon à exclure les montants ainsi détenus du patrimoine du failli et à exiger qu'ils soient remis entièrement au gouvernement provincial. Le juge McLachlin affirme, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 33:

Interpréter l'al. 47a) comme s'appliquant non seulement aux fiducies établies en vertu du droit général, mais aussi aux fiducies légales établies par les provinces, qui ne possèdent pas les attributs des fiducies de *common law*, reviendrait à permettre aux provinces d'établir leur propre ordre de priorité applicable à la *Loi sur la faillite* et à ouvrir la porte à l'établissement de régimes de répartition en cas de faillite différents d'une province à l'autre.

Dans l'arrêt *Henfrey Samson*, on a conclu à l'inexistence d'une fiducie de *common law* puisque les sommes comprises dans la fiducie attaquée avaient été mélangées à d'autres sommes. En conséquence, la définition de la fiducie, contenue à l'al. 47a), n'était pas applicable. Cependant, le point important qui se dégage de l'arrêt *Henfrey Samson* est le suivant: si la province avait rédigé sa loi sur la perception des taxes de façon à créer une fiducie valide en vertu de la *Loi sur la faillite*, les sommes en cause n'auraient pas fait partie des biens du failli. Vu sous un autre angle, la province pourrait modifier l'issue de la faillite; cependant, la loi aurait résisté à une analyse fondée sur la prépondérance, du fait qu'elle n'aurait pas modifié l'ordre de priorité en matière de partage. Dans l'ar-

cific facts at hand, holding that a valid trust was created and that there was no conflict between the provincial and federal legislation since the *Bankruptcy Act* specifically gave priority to a trust.

138 In my view, the quartet has given rise to two interpretations. One is broad, the other narrow.

139 The respondents in the instant appeal advocate the broad interpretation, according to which any time provincial law affects the final result of a bankruptcy, the province is improperly attempting to alter the priorities of distribution. The Attorney General for Saskatchewan refers to this as the “bottom line” approach. Under such an approach, s. 133, since it affects the end result of the bankruptcy process, would be deemed invalid.

140 The appellants, on the other hand, advocate a narrower interpretation: the quartet precludes a province only from altering the position of a creditor vis-à-vis the other creditors claiming from the same estate within the scheme of distribution created by s. 136(1). In other words, the only thing the province cannot do is “jump the queue” set up by Parliament. Consequently, in order to impugn a provincial law affecting the bankruptcy process, there must be an attempt to reallocate the priority scheme by directly creating interests in the property of the bankrupt.

141 In my opinion, the second interpretation is the correct one. The quartet stands for the position that only those provincial laws which directly improve the priority of a claim upon the actual property of the bankrupt over that accorded by the *Bankruptcy Act* are inoperative. This accords with the facts of the cases in the quartet. In each case, the provincial governments endeavoured to change the priorities of preferred creditors in s. 136(1) by elevating a lower ranked claim to a higher rank. In *Re Bourgault* and *Henfrey Samson*, the province attempted to “queue jump” claims of the Crown ranked last by s. 136(1)(f) by declaring such debts to be “privi-

rêt *Henfrey Samson*, le juge Cory était dissident relativement à l’applicabilité des questions de droit aux faits en cause; il était d’avis qu’une fiducie valide avait été constituée et qu’il n’existait pas de conflit entre la loi fédérale et la loi provinciale puisque la *Loi sur la faillite* accordait expressément la priorité à une fiducie.

À mon avis, le quatuor d’arrêts a donné lieu à deux interprétations: une interprétation large et une interprétation restrictive.

Les intimés en l’espèce préconisent l’interprétation large selon laquelle chaque fois qu’une loi provinciale touche l’issue d’une faillite, la province se trouve alors à tenter irrégulièrement de modifier l’ordre de priorité en matière de partage. Le procureur général de la Saskatchewan dit qu’il s’agit du critère du «résultat final». Selon ce critère, l’art. 133 serait réputé non valide puisqu’il touche l’issue du processus de faillite.

Les appelants, par contre, préconisent une interprétation plus restrictive: le quatuor d’arrêts empêche seulement une province de modifier la position d’un créancier par rapport aux autres qui produisent une réclamation contre le même actif, selon le plan de répartition établi au par. 136(1). En d’autres termes, il est seulement interdit à la province de bénéficier d’une «anticipation de rang» dans l’ordre établi par le législateur fédéral. En conséquence, pour pouvoir être contestée, une loi provinciale modifiant le processus de faillite doit tenter de modifier l’ordre de priorité en créant directement des droits sur les biens du failli.

À mon avis, c’est la seconde interprétation qui est la bonne. Le quatuor d’arrêts étaye le point de vue selon lequel ne sont inopérantes que les lois provinciales qui améliorent directement le rang d’une réclamation contre l’actif réel du failli par rapport à l’ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*. Cette interprétation est compatible avec les faits dont il était question dans le quatuor d’arrêts. Dans chaque cas, un gouvernement provincial avait tenté de modifier l’ordre de priorité des créanciers privilégiés visés au par. 136(1), en améliorant le rang de la créance dans la collocation. Dans les arrêts *Re Bourgault* et *Henfrey Samson*, la

leges" (*Re Bourgault*) or deeming them to be "trust money" and hence outside the distribution scheme (*Henfrey Samson*). In *Deloitte Haskins*, the province attempted to elevate its claim through a proposed security interest and, finally, in *FBDB*, the province once again endeavoured to use the mechanism of a privilege/lien.

In many ways, the broad approach propounded by the respondents would produce unacceptable results since it risks nullifying the broad array of provincial legislation underpinning the *Bankruptcy Act*. I am sensitive to the arguments by the Saskatchewan Attorney General that provincial legislation is deeply involved in determining the priority, registration, and amount of indebtedness in the bankruptcy process. In fact, the proprietary and contractual rights that are regulated by the bankruptcy process are usually created by virtue of provincial law. All of these enactments somehow affect the "bottom line".

For example, provincial personal property security legislation establishes security interests (such as that relied upon by the Bank of Montreal in the instant appeal) that create secured creditors and validate claims against the estate of the bankrupt. Of similar import is builders' and mechanics' lien legislation that has been held to be constitutionally valid in *TransGas Ltd. v. Mid-Plains Contractors Ltd.*, [1994] 3 S.C.R. 753; see also *Ecarnot (Trustee of) v. Western Credit Union Ltd.* (1991), 7 C.B.R. (3d) 207 (Sask. C.A.) and *John M. M. Troup Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1962] S.C.R. 487, at p. 494, per Judson J.

Other valid provincial legislation invariably affecting the "bottom line" includes: consumer protection and warranties legislation; land titles statutes; sale of goods laws; and a further array of

province avait tenté de bénéficier d'une «anticipation de rang» par rapport aux réclamations de la Couronne, colloquées au dernier rang en vertu de l'al. 136(1j), en déclarant que ces dettes constituaient des «privileges» (*Re Bourgault*) ou étaient réputées constituer des «fonds en fiducie», et n'étaient donc pas visées par le plan de répartition (*Henfrey Samson*). Dans l'arrêt *Deloitte Haskins*, la province tentait d'améliorer son rang dans la collocation en faisant valoir l'existence d'une garantie, et enfin, dans l'arrêt *BFD*, la province avait de nouveau tenté de recourir au mécanisme du privilège.

À de nombreux égards, l'approche générale préconisée par les intimés produirait des résultats inacceptables puisqu'elle risque d'annuler le vaste éventail de lois provinciales qui sous-tendent l'application de la *Loi sur la faillite*. Je suis conscient des arguments du procureur général de la Saskatchewan, voulant que les lois provinciales jouent un rôle important dans la détermination du rang, des modalités d'enregistrement et du montant des créances dans le processus de faillite. En fait, les droits de propriété et de nature contractuelle qui sont réglementés par le processus de faillite sont habituellement créés en vertu d'une loi provinciale. Tous ces textes législatifs influent d'une certaine façon sur le «résultat final».

Par exemple, les lois provinciales sur les sûretés mobilières établissent des garanties (comme celle qu'invoque la Banque de Montréal en l'espèce) qui créent des créanciers garantis et valident des réclamations contre l'actif du failli. Dans la même veine, mentionnons le texte législatif relatif au privilège du constructeur et du fournisseur de matériaux que notre Cour a jugé constitutionnel dans *TransGas Ltd. c. Mid-Plains Contractors Ltd.*, [1994] 3 R.C.S. 753; voir aussi *Ecarnot (Trustee of) c. Western Credit Union Ltd.* (1991), 7 C.B.R. (3d) 207 (C.A. Sask.), et *John M. M. Troup Ltd. c. Royal Bank of Canada*, [1962] R.C.S. 487, à la p. 494, le juge Judson.

Parmi les autres lois provinciales valides qui influent immanquablement sur le «résultat final», on compte les lois sur la protection du consommateur et les garanties, les lois sur les titres fonciers,

specific statutes such as *The Saskatchewan Farm Security Act*, S.S. 1988-89, c. S-17.1, s. 44 (protecting and exempting farmland and farm equipment from the property of the bankrupt's estate), the *Forest Act*, R.S.B.C. 1979, c. 140, s. 142, and the *Employment Standards Act*, S.B.C. 1980, c. 10, s. 19.

les lois sur la vente de biens et un éventail de lois spécifiques comme *The Saskatchewan Farm Security Act*, S.S. 1988-89, ch. S-17.1, art. 44 (protégeant et soustrayant de l'actif du failli les terres agricoles et l'équipement agricole), la *Forest Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 140, art. 142, et l'*Employment Standards Act*, S.B.C. 1980, ch. 10, art. 19.

145 The fact that federal bankruptcy legislation is often contingent on provincial initiatives in the area of property and civil rights has been noted by Professor Hogg (*Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 25-9):

Le professeur Hogg (*Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 25-9) fait remarquer que la loi fédérale en matière de faillite est souvent subordonnée à des mesures provinciales dans le domaine de la propriété et des droits civils:

The term "secured creditor" is defined [in federal bankruptcy legislation] . . . in terms so general that the validity and effect of "a mortgage, pledge, charge, lien or privilege" is left to be determined under the provincial law relating to secured transactions. For example, if a creditor claims to hold a first mortgage on land in Ontario, the trustee in bankruptcy . . . will look to Ontario's law of mortgages to determine whether the creditor is indeed a secured creditor and, if so, the extent to which the creditor can resort to the land in priority to all other creditors. In this way, provincial law has a profound, albeit indirect, effect on the distribution of the bankrupt's assets. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] L'expression «créancier garanti» est définie [dans la loi fédérale sur la faillite] [. . .] de façon générale que la validité et l'incidence d'«une hypothèque, [d']un nantissement, [d']une charge, [d']un gage ou [d']un privilège» doivent être déterminées en vertu de la loi provinciale relative aux opérations garanties. Par exemple, si un créancier prétend détenir une première hypothèque sur un bien-fonds en Ontario, le syndic de faillite [. . .] examinera la loi ontarienne sur les hypothèques pour déterminer si le créancier est vraiment un créancier garanti, et, dans l'affirmative, dans quelle mesure ce créancier peut avoir priorité sur tous les autres créanciers pour recourir à ce bien-fonds. La loi provinciale a ainsi une incidence profonde, quoique indirecte, sur le partage des biens du failli. [Je souligne.]

To my mind, there is nothing inherently undesirable about this interplay between federal and provincial statutory initiatives in the regulation of the bankruptcy process.

À mon avis, cette interaction entre les mesures législatives fédérales et provinciales, dans le domaine de la réglementation du processus de faillite, n'a rien d'indésirable en soi.

146 The Alberta Court of Appeal has, for its part, also demonstrated a reluctance to invalidate provincial legislation which simply touches upon bankruptcy proceedings. In *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, [1991] 5 W.W.R. 577, the issue before the court was whether the *Bankruptcy Act* prevented a court-appointed receiver-manager of an insolvent and bankrupt oil company from complying with an order requiring that receiver-manager, in the interests of environmental integrity, carry out proper abandonment procedures on seven suspended oil wells. That work would be done at the expense of the secured creditors' entitlement under

La Cour d'appel de l'Alberta s'est, quant à elle, montrée hésitante à invalider une loi provinciale qui ne fait que toucher les procédures de faillite. Dans l'arrêt *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, [1991] 5 W.W.R. 577, la cour devait déterminer si la *Loi sur la faillite* empêchait l'administrateur-séquestre d'une société pétrolière insolvable et en faillite, nommé par le tribunal, de se conformer à une ordonnance lui enjoignant, au nom de l'intégrité environnementale, d'entreprendre des procédures régulières d'abandon de sept puits de pétrole dont l'exploitation avait été interrompue. Cette tâche serait accomplie au détriment du droit des créan-

the *Bankruptcy Act*. At page 599, Laycraft C.J.A. held for the court:

In my view, there is no . . . direct conflict in this case. The Alberta legislation regulating oil and gas wells in this province is a statute of general application within a valid provincial power. It is general law regulating the operation of oil and gas wells, and safe practices relating to them, for the protection of the public. It is not aimed at subversion of the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act* though it may incidentally affect that distribution in some cases. It does so, not by a direct conflict in operation, but because compliance by the receiver with the general law means less money will be available for distribution.

Northern Badger thus echoes the proposition that provincial laws of general application continue to apply in bankruptcy even though they may incidentally alter the amount of proceeds available in the bankrupt's estate for distribution.

Provincial law plays a critical role in defining both the number and type of participants in the bankruptcy process and the size of the bankrupt's estate. A number of this Court's decisions have emphasized the value of standardizing bankruptcy priorities across the country. But it is important to remember that a bankruptcy priority is a category. The precise content of that category can and does vary to some extent from one province to the next. It seems to me that s. 72(1) of the *Bankruptcy Act* is an example of the recognition of provincial diversity. Section 72(1) reads as follows:

72. (1) The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by that law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

ciers garantis en vertu de la *Loi sur la faillite*. Le juge en chef Laycraft affirme, au nom de la cour, à la p. 599:

[TRADUCTION] À mon avis, il n'y a pas [. . .] de conflit direct en l'espèce. La loi albertaine régissant les puits de pétrole et de gaz naturel dans la province est une loi d'application générale relevant d'un chef de compétence provinciale valide. C'est une loi générale qui régleme, pour la protection du public, l'exploitation des puits de pétrole et de gaz naturel et les pratiques en matière de sécurité s'y rapportant. Elle ne vise pas à bouleverser le plan de répartition établi dans la *Loi sur la faillite*, bien qu'elle puisse modifier indirectement cette répartition dans certains cas. Cela se produit, non pas en raison d'une incompatibilité directe d'application, mais parce que l'observance de la loi générale par le séquestre signifie qu'il y aura moins d'argent à partager.

L'arrêt *Northern Badger* reprend donc la proposition voulant que les lois provinciales d'application générale continuent de s'appliquer en matière de faillite, même si elles peuvent modifier indirectement les sommes de l'actif du failli qui sont susceptibles d'être partagées.

Les lois provinciales jouent un rôle crucial dans la détermination tant du nombre que du type de participants au processus de faillite et de la taille de l'actif du failli. Notre Cour a, dans un certain nombre d'arrêts, souligné l'importance de normaliser l'ordre de priorité en matière de faillite au Canada. Cependant, il importe de se rappeler qu'une priorité de rang en matière de faillite est une catégorie. Le contenu précis de cette catégorie peut varier jusqu'à un certain point d'une province à l'autre, et c'est effectivement le cas. Il me semble que le par. 72(1) de la *Loi sur la faillite* est un exemple de reconnaissance de la diversité provinciale. En voici le libellé:

72. (1) La présente loi n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi.

148

Because the federal legislation already contemplates that provincial law will impact upon the bankruptcy process, the respondents must do more than simply show that s. 133 has an effect on a particular bankruptcy. Indeed, in *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753, Beetz J., commenting on the precursor to s. 72(1) (s. 50(6)), wrote (at pp. 808-9):

... I am of the view that s. 50, subs. (6) of the *Bankruptcy Act* [R.S.C. 1970, c. B-3] provides a clear indication that Parliament, far from intending to depart from the rule of operational conflict, did in fact aim at the highest possible degree of legal integration of federal and provincial laws. . . . [Emphasis added.]

149

I conclude that within the context of the bankruptcy process judicial authority and common sense militate in favour of a guarded approach to invalidation under the paramountcy doctrine. When this analysis is applied to the case at bar, it obliges the respondents, in order to prevail, to demonstrate that s. 133 of the impugned provincial Act actually reorders the federally established priority scheme with regard to the property of the bankrupt Metal Fab by directly creating interests therein. I now turn to this issue.

D. Application of the Law to Section 133 of The Saskatchewan Workers' Compensation Act, 1979

(i) The Validity of Section 133(1)

150

I reproduce s. 133(1), with its important portion underscored:

133. — (1) Where a person, whether carrying on an industry included under this Act or not, in this section referred to as the principal, contracts with any other person, in this section referred to as the contractor, for the execution by or under the contractor of the whole or any part of any work for the principal, it is the duty of the principal to ensure that any sum that the contractor or any subcontractor is liable to contribute to the fund is paid and, where the principal fails to do so and the sum is not paid, he is personally liable to pay that sum to the board. [Emphasis added.]

Parce que la loi fédérale prévoit déjà que les lois provinciales auront une incidence sur le processus de faillite, les intimés doivent faire plus que simplement établir que l'art. 133 a une incidence sur une faillite particulière. En fait, dans l'arrêt *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753, à la p. 809, le juge Beetz affirme ce qui suit au sujet de la disposition qui a précédé le par. 72(1) (le par. 50(6)):

... je suis d'avis que l'art. 50, par. (6) de la *Loi sur la faillite* [S.R.C. 1970, ch. B-3] fournit une indication claire que le Parlement, loin de renoncer à la règle d'incompatibilité d'application, a en fait visé au plus haut niveau possible d'intégration légale des lois fédérales et provinciales. [Je souligne.]

Je conclus que, dans le contexte du processus de faillite, la jurisprudence et le bon sens exigent d'aborder avec prudence l'invalidation en vertu de la règle de la prépondérance. En l'espèce, cette analyse oblige les intimés, s'ils veulent avoir gain de cause, à démontrer que l'art. 133 de la loi provinciale attaquée modifie en fait l'ordre de priorité fédéral applicable aux biens du failli Metal Fab, en créant directement des droits sur ces biens. Je passe maintenant à l'examen de cette question.

D. Application des règles de droit à l'article 133 de The Workers' Compensation Act, 1979, de la Saskatchewan

(i) La validité du paragraphe 133(1)

Je reproduis le par. 133(1), en en soulignant le passage important:

[TRADUCTION] **133.** — (1) Si une personne, appelée le commettant dans le présent article, qu'elle exploite ou non une industrie visée par la présente loi, conclut un contrat avec une autre personne, appelée l'entrepreneur dans le présent article, pour l'exécution, par l'entrepreneur ou sous sa direction, de la totalité ou d'une partie d'un travail pour le compte du commettant, il incombe à ce dernier de veiller à ce que toute somme que l'entrepreneur ou un sous-traitant est tenu de verser à la caisse soit versée. Le commettant qui néglige de le faire est, à défaut de paiement, personnellement tenu de payer cette somme à la commission. [Je souligne.]

In my opinion, s. 133(1) has nothing to do with the property of the bankrupt. It creates a strict *in personam* obligation from the principal owing to the Board. The property of the principal is in no way subject to the *Bankruptcy Act*. The bankrupt is not even involved: there is no concern for the specific monies held by Husky for Metal Fab or owing by Husky to Metal Fab. The provision simply creates a third-party guarantee by the principal that the contractor will pay its debts to the Board.

The respondent Husky alleges that, regardless of the fact that s. 133(1) does not involve the property of the bankrupt, it remains in operational conflict with the *Bankruptcy Act* since it may have the effect of allowing the Workers' Compensation Board to recover more money for the Injury Fund than it likely could have done by proving a claim in bankruptcy and relying on s. 136. It is suggested that s. 133 permits the Board to jump from eighth place (under s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*) to first, thereby circumventing the priorities in bankruptcy.

In response, I note that s. 133(1) only alters the Board's recovery by permitting it to recover from a non-bankrupt third-party. There is no direct conflict within the meaning of the quartet or of paramountcy doctrine more generally between s. 133(1) and the *Bankruptcy Act*. There is nothing in the *Bankruptcy Act* which precludes any creditor, even if specifically mentioned in s. 136, from pursuing its remedies against a third-party as well as or instead of proving a claim in bankruptcy, although double recovery would certainly be frowned upon.

The Attorney General for Saskatchewan takes this analysis one step further by suggesting two commonplace and intuitively reasonable examples of situations in which third-party liability operates in concordance with a bankruptcy: a situation involving a personal guarantee by a third party, and a plaintiff's claim in an action for negligence against two co-defendants. The Attorney General reasons as follows:

À mon avis, le par. 133(1) n'a rien à voir avec les biens du failli. Il assujettit le commettant à une obligation personnelle stricte envers la Commission. Les biens du commettant ne sont aucunement assujettis à la *Loi sur la faillite*. Le failli n'est même pas en cause: on ne s'intéresse pas aux sommes précises que Husky détient pour Metal Fab ou qu'elle doit à Metal Fab. Cette disposition crée simplement une garantie, de la part d'un tiers, le commettant, que l'entrepreneur paiera ses dettes à la Commission.

Selon l'intimée Husky, même si le par. 133(1) ne touche pas les biens du failli, il continue de présenter une incompatibilité d'application avec la *Loi sur la faillite* puisqu'il peut avoir pour effet de permettre à la Commission de recouvrer plus de fonds pour la caisse des accidents qu'elle n'aurait pu le faire en faisant la preuve d'une réclamation en matière de faillite et en se fondant sur l'art. 136. On laisse entendre que l'art. 133 permet à la Commission de passer du huitième rang (en vertu de l'al. 136(1)h) de la *Loi sur la faillite* au premier rang, et qu'il déjoue ainsi l'ordre de priorité en matière de faillite.

Pour répondre à cet argument, je souligne que le par. 133(1) ne modifie le recouvrement par la Commission qu'en lui permettant de s'adresser à un tiers non failli. Il n'existe pas de conflit direct, au sens du quatuor d'arrêts ou plus généralement de la règle de la prépondérance, entre le par. 133(1) et la *Loi sur la faillite*. Rien dans la *Loi sur la faillite* n'empêche un créancier, même expressément mentionné à l'art. 136, de s'adresser à un tiers pour obtenir réparation ou de faire la preuve d'une réclamation en matière de faillite, ou encore les deux à la fois; cependant, un double recouvrement serait certainement désapprouvé.

Le procureur général de la Saskatchewan pousse son analyse un cran plus loin en donnant deux exemples courants et intuitivement raisonnables de cas où les principes de la responsabilité civile sont compatibles avec les procédures de faillite: le cas où un tiers a fourni une garantie personnelle, et celui de la réclamation d'un demandeur dans une action pour négligence contre deux codéfendeurs. Voici le raisonnement du procureur général:

151

1995 CanLII 69 (SCC)

152

153

154

[TRADUCTION]

[a] A lender may loan money on the condition of receiving a personal guarantee from a third party. If the borrower goes bankrupt, the lender has every right to pursue the third party under the guarantee, and may recover the full amount owing. The lender then will have "advanced its position rather dramatically", compared to what it could have received through the bankruptcy process. The net result is a "clear advantage" to the lender, who "has managed to assure payment of its claim and leave it to the [third party guarantor] to struggle for repayment under the Act," probably as an unsecured creditor of the bankrupt.

[b] In] the claim of a plaintiff in an action for negligence against two co-defendants. If the plaintiff's claim succeeds, there is a judgment owing against the two defendants. The two defendants are jointly and severally liable for the judgment. If one defendant goes bankrupt, the plaintiff is fully entitled to proceed against the other defendant for the full amount of the judgment, and ignore the bankruptcy process entirely. Again, the net result is a "clear advantage" to the plaintiff, authorized by provincial statute: *Contributory Negligence Act*, R.S.S. 1978, c. C-71, s. 3(2).

[a] Un prêteur peut prêter de l'argent à la condition d'obtenir une garantie personnelle d'un tiers. Si l'emprunteur fait faillite, le prêteur a pleinement le droit, en vertu de cette garantie, d'intenter une poursuite contre ce tiers, et il peut recouvrer le plein montant de sa créance. Le prêteur aura «amélioré sa situation de façon plutôt remarquable» par rapport à ce que le processus de faillite lui aurait permis d'obtenir. Il en résulte «un avantage clair» pour le prêteur puisqu'il «est parvenu à assurer le paiement de sa réclamation et à laisser au [tiers caution] le soin de se battre pour se faire rembourser en vertu de la Loi», probablement à titre de créancier non garanti du failli.

[b] En ce qui concerne la réclamation d'un demandeur dans une action pour négligence contre deux codéfendeurs, si le demandeur a gain de cause, un jugement est rendu contre les deux défendeurs. Ces défendeurs sont solidairement responsables du montant accordé par le jugement. Si l'un des défendeurs fait faillite, le demandeur a pleinement le droit de se tourner vers l'autre pour obtenir le plein montant du jugement, et de faire totalement abstraction du processus de faillite. De nouveau, il en résulte un «avantage clair» qu'une loi provinciale autorise pour le demandeur: *Contributory Negligence Act*, R.S.S. 1978, ch. C-71, par. 3(2).

 1999
 C-111-100

155 In this case, we are not really dealing with the debt of Metal Fab any more. The legislation has validly created two debts that, although interconnected, are independent: the debt from Husky to the Board as surety of the Injury Fund, and then the debt of Metal Fab to Husky for the sums paid by the latter for the delinquency of the former. There is a great difference between altering the priorities under the *Bankruptcy Act* and statutorily empowering the Board to seek relief from more than one creditor.

En l'espèce, nous n'avons pas vraiment à examiner davantage la dette de Metal Fab. La loi crée validement deux dettes qui, quoique connexes, sont indépendantes l'une de l'autre: la dette de Husky envers la Commission en tant que caution à l'égard de la caisse des accidents, et celle de Metal Fab envers Husky au titre des sommes payées par cette dernière pour les montants non payés par Metal Fab. Il existe une différence importante entre modifier l'ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite* et habiliter par voie législative la Commission à demander réparation auprès de plus d'un créancier.

156 I do not accept the respondents' submission, supported by Wakeling J.A. on appeal, that the *FBDB* case extended the "no interference" principle to the relationship between a creditor and a third-party to the bankruptcy. The *FBDB* decision involved a bank seizing the property of Structal Inc. pursuant to a security agreement. Subsequent

Je n'accepte pas l'argument des intimés, retenu par le juge Wakeling de la Cour d'appel, voulant que l'arrêt *BFD* ait étendu l'application du principe de «non-ingérence» à la relation entre un créancier et un tiers à la faillite. Dans l'arrêt *BFD*, une banque avait saisi les biens de Structal Inc. conformément à un contrat de garantie. Ultérieure-

to this seizure, Structal made an assignment in bankruptcy. The Workers' Compensation Board of Quebec then tried to claim a priority interest in the seized property by relying on a provision of the workers' compensation legislation which stipulated that assessments for which the employer Structal was liable amounted to a privileged claim on all the property of the employer. This Court, noting that the property in question was still part of the estate of the bankrupt, deemed the Quebec WCB's order to amount to a reordering of the bankruptcy priorities. On this point, Lamer J., held at pp. 1066-67:

In this Court [the Workers' Compensation Board] argued, *inter alia*, that the order of priority set out in . . . the *Bankruptcy Act* is not applicable, as the immovable in Royal Trust's possession at the time of the bankruptcy was not part of the estate which passed to the trustee in bankruptcy

With respect, I cannot accept this reasoning. The immovable, encumbered to [FBDB] and seized by the trustee, is part of the "property of a bankrupt" mentioned in . . . the *Bankruptcy Act*.

Regarding the proper interpretation of the *FBDB* decision, I agree with the following submissions by the Attorney General of British Columbia and the appellant Board, respectively:

[In *FBDB*] the parties in question were seeking to realize, albeit outside of the bankruptcy proceedings, against property of the bankrupt. But that property was nevertheless subject to the Act and so, therefore, were the creditors who sought to realize against it. Accordingly, the *Federal Business Development Bank* decision does not purport to extend the scheme of priorities of proven claims under the *Bankruptcy Act* to recovery of the underlying indebtedness from a third party.

That [*FBDB*] analysis does not take the trilogy of cases "one step further" and apply [them] to parties or property not involved in bankruptcy. To the contrary, it specifically involves a situation where provincial legislation directly creates an interest in the property of the bankrupt . . . [T]his is very different from the situation involved in this case where Husky's liability under section 133(1) . . . is strictly personal and involves no claim

ment à cette saisie, Structal a fait cession de ses biens. La Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec a ensuite tenté de réclamer un droit de priorité sur les biens saisis en se fondant sur une disposition de la loi sur les accidents du travail qui prévoyait que les cotisations que l'employeur Structal était tenu de verser constituaient une réclamation privilégiée sur tous les biens de l'employeur. Notre Cour, faisant remarquer que les biens en question faisaient toujours partie du patrimoine du failli, a jugé que l'ordre de la CSST du Québec constituait une modification de l'ordre de priorité en matière de faillite. Sur ce point, le juge Lamer affirme, aux pp. 1066 et 1067:

Devant nous, [la Commission de la santé et de la sécurité du travail] soutient notamment que l'ordre de priorité prévu [dans] la *Loi sur la faillite* est inapplicable, car l'immeuble en la possession du fiduciaire lors de la faillite ne fait pas partie du patrimoine dont est saisi le syndic . . .

Avec égards, je ne puis me rallier à ce raisonnement. L'immeuble, grevé en faveur de [la Banque fédérale de développement] et saisi par le fiduciaire, fait partie des «biens du failli» dont parle [. . .] la *Loi sur la faillite*.

En ce qui concerne l'interprétation qu'il convient de donner à l'arrêt *BFD*, je suis d'accord avec les observations suivantes formulées par le procureur général de la Colombie-Britannique et la Commission appelante, respectivement:

[TRADUCTION] [Dans l'arrêt *BFD*] les parties en cause cherchaient à liquider, en dehors des procédures de faillite, des biens du failli. Cependant, ces biens étaient néanmoins visés par la Loi de même que les créanciers qui cherchaient à les liquider. En conséquence, l'arrêt *Banque fédérale de développement* n'est pas censé étendre l'ordre de priorité des réclamations prouvées en vertu de la *Loi sur la faillite*, au recouvrement des dettes sous-jacentes auprès d'un tiers.

L'analyse [dans l'arrêt *BFD*] n'a pas pour effet de pousser ces arrêts «un cran plus loin» et de [les] rendre applicables aux parties ou aux biens non visés par une faillite. Au contraire, cet arrêt porte spécifiquement sur le cas où une loi provinciale crée directement un droit sur les biens du failli . . . [C]e qui est très différent de la situation en l'espèce où la responsabilité de Husky, en vertu du par. 133(1), [. . .] est strictement personnelle et

whatsoever against either Metal Fab or the property of Metal Fab. Accordingly, it is submitted that the reasoning of the Court of Appeal is a significant and unwarranted extension of the principles established by the leading cases.

n'englobe aucune réclamation quelle qu'elle soit contre Metal Fab ou ses biens. On soutient donc que le raisonnement de la Cour d'appel constitue un élargissement important et injustifié des principes établis par les arrêts de principe.

158

Section 133(1) does not involve property that is related to or part of the estate of the bankrupt and it is consequently not in operational conflict with the bankruptcy scheme. I am strengthened in this conclusion by the decision of the Ontario Court of Appeal in *Evelyn Stevens*, *supra*, and the case of *Re French River Contracting Co.*, [1937] O.W.N. 665. In fact, I prefer the *Evelyn Stevens* approach over that of both the Saskatchewan Court of Appeal in its decision in the case at bar and the Saskatchewan Court of Queen's Bench in *Serdula*, *supra*, *per* Lawton J.

Le paragraphe 133(1) ne touche pas les biens qui ont un rapport avec l'actif du failli ou qui en font partie, et il ne présente donc aucune incompatibilité d'application avec le régime de faillite. L'arrêt *Evelyn Stevens*, précité, de la Cour d'appel de l'Ontario et la décision *Re French River Contracting Co.*, [1937] O.W.N. 665, appuient ma conclusion. En fait, je préfère le point de vue adopté dans l'arrêt *Evelyn Stevens* à celui de la Cour d'appel de la Saskatchewan en l'espèce et à celui que la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan avait adopté dans *Serdula*, précité.

159

In *Evelyn Stevens*, *supra*, at p. 748, Grange J.A. held:

The principle is simple. The money owing under s. 9(3) [Ontario equivalent to s. 133(1)] is not property of the bankrupt and never comes into the hands of the trustee.

Dans l'arrêt *Evelyn Stevens*, précité, à la p. 748, le juge Grange conclut:

[TRADUCTION] Le principe est simple. Les sommes dues en vertu du par. 9(3) [disposition ontarienne équivalant au par. 133(1)] ne constituent pas un bien du failli et ne se retrouvent jamais entre les mains du syndic.

160

The Bank of Montreal submits that *Evelyn Stevens* can be distinguished on the facts. Its argument revolves around the observation that in *Evelyn Stevens* there was a trustee overseeing a group of unsecured creditors. On the other hand, in the case at bar, there has been an assignment to a secured creditor and the set-off would deplete the funds normally accruing to this secured creditor. I agree that this difference is noteworthy. However, I am not convinced that this difference is sufficient to undermine the persuasive authority of the *Evelyn Stevens* decision. The *Evelyn Stevens* court did not mention that the absence of secured creditors affected in any way its decision to uphold the validity of the impugned provision.

La Banque de Montréal fait valoir que l'arrêt *Evelyn Stevens* peut faire l'objet d'une distinction fondée sur les faits. Elle soutient essentiellement que, dans l'affaire *Evelyn Stevens*, un syndic surveillait un groupe de créanciers non garantis. Par contre, en l'espèce, il y a eu une cession à un créancier garanti et la compensation aurait pour effet de diminuer les fonds revenant normalement à ce créancier garanti. Je reconnais qu'il s'agit d'une différence notable. Cependant, je ne suis pas convaincu que cette différence suffit pour miner la force de persuasion de l'arrêt *Evelyn Stevens*. La cour, dans cet arrêt, n'a pas mentionné que l'absence de créanciers garantis influait d'une façon quelconque sur sa décision de confirmer la validité de la disposition attaquée.

161

In sum, s. 136(1)(h) encompasses a claim against the property of the bankrupt. The Board claim under s. 133(1) targets a solvent principal. The two provisions are co-extensive, not mutually

Somme toute, l'al. 136(1)h) vise une réclamation contre les biens du failli. La réclamation de la Commission, fondée sur le par. 133(1), vise un commettant solvable. Les deux dispositions coïnci-

exclusive. Use of s. 133(1) does not displace s. 136(1)(h); it complements it.

In closing, although I find there to be no conflict between s. 133(1) and the *Bankruptcy Act*, I posit that, even if there were to be some element of conflict, this must be evaluated in light of the fact that the provincial legislation is *intra vires*. Legislation that is *intra vires* is permitted to have an incidental and ancillary effect on a federal sphere. I would emphasize again that this Court has traditionally declined to invoke the paramouncy doctrine in the absence of actual operational conflict. I am uncomfortable with the "water-tight" approach to federal bankruptcy legislation propounded by the respondents. To interpret the quartet as requiring the invalidation of provincial laws which have any effect on the bankruptcy process is to undermine the theory of co-operative federalism upon which (particularly post-war) Canada has been built. In *Deloitte Haskins*, *supra*, at pp. 807-8, Wilson J. recognized it to be appropriate to adopt as narrow a definition of operational conflict as possible in order to allow each level of government as much area of activity as possible within its respective sphere of authority.

On a related note, a rather weak argument has been made to the effect that s. 133(1) is inoperative simply because it increases the total amount of the claims being made by creditors. I would respond that even if this were true on the facts, many pieces of provincial legislation achieve precisely the same goal. In fact, as discussed earlier, most claims against a bankrupt's estate are grounded in provincial legislation; I do not see why *The Workers' Compensation Act, 1979*, should be impugned because it may add a creditor to the list, when nearly all of the other creditors will have been added by virtue of other provincial statutes. Neither increasing the number of claims made nor decreasing the amount of assets in the estate is

dent et ne s'excluent pas mutuellement. Le recours au par. 133(1) ne remplace pas l'al. 136(1)(h), il le complète.

Pour terminer, bien que je conclue qu'il n'existe pas de conflit entre le par. 133(1) et la *Loi sur la faillite*, je pose comme principe que, même s'il existait une certaine mesure d'incompatibilité entre les deux textes, il faut examiner cette question en tenant pour acquis que la loi provinciale est constitutionnelle. Une loi provinciale constitutionnelle peut avoir un effet incident et accessoire sur un domaine de compétence fédérale. Je tiens à souligner, de nouveau, que notre Cour a traditionnellement refusé d'appliquer la règle de la prépondérance en l'absence d'un conflit réel d'application. Je suis mal à l'aise avec la façon «étanche» d'aborder la loi fédérale en matière de faillite, que les intimés préconisent. Interpréter le quatuor d'arrêts comme requérant l'invalidation des lois provinciales qui ont une incidence quelconque sur le processus de faillite minerait la théorie du fédéralisme coopératif sur laquelle le Canada (plus particulièrement celui d'après-guerre) a été érigé. Comme l'a reconnu le juge Wilson dans l'arrêt *Deloitte Haskins*, précité, aux pp. 807 et 808, il convient de restreindre autant que possible la définition de l'expression «conflit d'application» pour que chaque palier de gouvernement puisse exercer autant d'activités que possible dans sa propre sphère de compétence.

De façon connexe, on a avancé un argument plutôt faible voulant que le par. 133(1) soit inopérant simplement parce qu'il accroît le nombre total de réclamations présentées par des créanciers. Je répondrais à cet argument que, même si cela était vrai d'après les faits, de nombreuses lois provinciales réalisent précisément le même objectif. En fait, comme je l'ai déjà mentionné, la plupart des réclamations contre l'actif d'un failli se fondent sur une loi provinciale; je ne vois pas pourquoi *The Workers' Compensation Act, 1979*, devrait être contestée parce qu'elle peut ajouter un créancier à la liste lorsque presque tous les autres créanciers y ont été ajoutés en vertu d'autres lois provinciales. Ni l'accroissement du nombre de réclamations ni

activity necessarily commensurate with altering the priorities of distribution among the creditors.

164 To this end, a principal's liability under s. 133(1) is not extinguished by the bankruptcy of the contractor.

(ii) The Validity of Section 133(3)

165 I find s. 133(1) to be constitutionally valid but because I believe (for reasons outlined *infra*) that the components of s. 133 are severable, I must evaluate s. 133(3) separately. As mentioned earlier, this provision engages a more direct interference with the bankruptcy scheme since it is the actual property of the bankrupt that is involved in the restitutionary claim launched by the principal. It constitutes, to my mind, the only linkage between the property of the principal and the estate of the bankrupt contractor. Section 133(3) reads as follows:

133. — ...

(3) Where the principal is liable to make payment to the board under subsection (1), he is entitled to be indemnified by any person who should have made the payment and is entitled to withhold, out of any indebtedness due to that person, a sufficient amount in respect of that indemnity.

166 Before proceeding any further, I believe it necessary to subdivide s. 133(3) into two parts because the provision enshrines two different remedies: that of set-off as well as that of indemnification. Clearly, set-off is the more intrusive of the two since it permits the principal to stand first in the priority scheme by taking away the property of the bankrupt before it enters the estate. As to indemnification, any such claim by the principal might have but an ancillary effect on the estate of the bankrupt since it only permits the principal to join the ranks of the unsecured creditors. On this latter point, I note that it has been submitted that s. 136(1)(h) might cover the amount owing to the principal; if so, then the principal would rank well above the unsecured creditors. Although it is not necessary to decide this issue, I shall simply

la diminution des biens dans l'actif ne se comparent nécessairement à la modification de l'ordre de priorité en matière de partage entre les créanciers.

À cette fin, la responsabilité qui incombe au commettant, en vertu du par. 133(1), ne disparaît pas avec la faillite de l'entrepreneur.

(ii) La validité du paragraphe 133(3)

Je conclus que le par. 133(1) est constitutionnel, mais, parce que je suis d'avis (pour les motifs exposés plus loin) que les composantes de l'art. 133 sont dissociables, il me faut évaluer le par. 133(3) séparément. Comme je l'ai déjà mentionné, cette disposition enclenche une ingérence plus directe dans le régime de faillite puisque c'est l'actif réel du failli qui est en cause dans la demande de restitution présentée par le commettant. Elle constitue, selon moi, le seul lien entre les biens du commettant et le patrimoine de l'entrepreneur failli. Voici le libellé du par. 133(3):

[TRADUCTION] 133. — ...

(3) Le commettant qui est tenu de faire un paiement à la commission en vertu du paragraphe (1) a le droit d'être indemnisé par toute personne qui aurait dû faire ce paiement et il a le droit de retenir, sur toute somme due à cette personne, un montant suffisant correspondant à cette indemnité.

Avant d'aller plus loin, j'estime nécessaire de subdiviser en deux parties le par. 133(3), du fait qu'il comporte deux réparations différentes: la compensation et l'indemnisation. De toute évidence, la compensation est la plus envahissante des deux puisqu'elle permet au commettant d'occuper le premier rang dans l'ordre de priorité, en enlevant au failli des biens avant qu'ils ne fassent partie de son actif. En ce qui concerne l'indemnisation, toute réclamation du commettant pourrait avoir seulement une incidence accessoire sur l'actif du failli puisqu'elle ne permet au commettant que de joindre les rangs des créanciers non garantis. Quant à ce dernier point, je souligne qu'on a prétendu que l'al. 136(1)(h) pourrait viser le montant dû au commettant; dans l'affirmative, le commettant serait alors colloqué bien avant les créan-

assume that s. 136(1)(h) does not have such a wide ambit.

As will soon become evident, this sub-dividing of s. 133(3) is important: given that paramountcy doctrine operates to invalidate only to the extent of the operational conflict, it could be that because of their varying effects, the “set-off” claim could be struck while the indemnification claim remains operational: *Robinson, supra*, at p. 808; *MacDonald v. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *Hogg, supra*, at p. 16-18.

However, at this point in the analysis we come to s. 97(3) of the *Bankruptcy Act*. Neither claim will be invalid if s. 97(3) of the *Bankruptcy Act* can be interpreted in a way that will reconcile the priority scheme of the Act with the common law of set-off (and, implicitly, of indemnification) and if the claims embodied in s. 133(3) can be found to be merely reflective of those common law causes of action. Section 97(3), which provides that the law of set-off is to persist in bankruptcy, reads as follows:

(3) The law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so far as any claim for set-off is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences. [Emphasis added.]

Section 97(3) thus specifically envisions that there will be cases where money owing to the bankrupt will not enter the bankrupt's estate because it will have been set off against a debt owed by the bankrupt to that individual. As Grange J.A. noted in *Evelyn Stevens* (at p. 748), the money comes to the Board by virtue of the *Workers' Compensation Act*, R.S.O. 1980, c. 539:

ciers non garantis. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher cette question, je supposerai simplement que l'al. 136(1)h) n'a pas une portée aussi large.

Comme on le constatera bientôt, cette subdivision du par. 133(3) est importante: puisque la règle de la prépondérance n'a pour effet d'invalider que dans la mesure de l'incompatibilité d'application, il se pourrait qu'en raison de leurs effets divergents la demande de compensation soit annulée et la demande d'indemnisation demeure applicable: *Robinson*, précité, à la p. 808; *MacDonald c. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Hogg, op. cit.*, à la p. 16-18.

Toutefois, à cette étape de l'analyse, nous en arrivons au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*. Ni l'une ni l'autre des réclamations ne sera invalide si le par. 97(3) de la *Loi sur la faillite* peut être interprété de façon à concilier l'ordre de priorité établi par la Loi et les règles de compensation (et, implicitement d'indemnisation) reconnues en common law, et si l'on peut conclure que les réclamations visées au par. 133(3) reflètent simplement ces causes d'action reconnues en common law. Le paragraphe 97(3), qui prévoit que les règles de compensation continuent de s'appliquer en matière de faillite, se lit ainsi:

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

Le paragraphe 97(3) prévoit donc expressément qu'il y aura des cas où des sommes dues au failli n'entreront pas dans son actif parce qu'il y aura eu compensation avec une créance due par le failli à cette personne. Comme le juge Grange de la Cour d'appel l'a fait remarquer dans l'arrêt *Evelyn Stevens* (à la p. 748), l'argent est versé à la Commission en vertu de la *Loi sur les accidents du tra-*

“[i]t is the *Bankruptcy Act* itself and not the provincial legislation that recognizes rights of set-off”. I note in passing that the right of set-off in s. 97(3) includes both legal and equitable set-off: Houlden and Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3rd ed. 1993), vol. 1, at pp. 4-90 and 4-91. This Court has recognized that legal set-off does not operate within the context of an assignment since that assignment destroys the mutuality of the cross-obligations between the parties: *Holt v. Telford*, [1987] 2 S.C.R. 193. In the case at bar, Metal Fab assigned its book debts to the Bank, thereby presumptively eliminating the availability of legal set-off. To this end, my focus shall be limited to equitable set-off.

vail, R.S.O. 1980, ch. 539: [TRADUCTION] «[c]’est la *Loi sur la faillite* elle-même et non la loi provinciale qui reconnaît des droits de compensation». Je souligne, en passant, que le droit de compensation visé au par. 97(3) comprend à la fois la compensation en common law et la compensation en *equity*: Houlden et Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3^e éd. 1993), vol. 1, aux pp. 4-90 et 4-91. Notre Cour a reconnu que la compensation en common law ne s’applique pas dans le contexte d’une cession puisque la cession détruit la réciprocité des obligations entre les parties: *Holt v. Telford*, [1987] 2 R.C.S. 193. En l’espèce, Metal Fab a fait cession de ses comptes débiteurs à la Banque, éliminant ainsi par présomption la possibilité de recourir à la compensation en common law. C’est pourquoi je m’en tiendrai à l’examen de la compensation en *equity*.

170

The fundamental question at this juncture is whether s. 133(3) is merely declaratory of the rights to set-off and indemnification that existed at equity. If s. 133(3) creates no new rights of set-off and merely confirms the availability of traditional equitable set-off, it is consistent with the *Bankruptcy Act*. In this regard, I rely on the *Henfrey Samson* case. In *Henfrey Samson*, McLachlin J. suggested at (pp. 34-35) that if the statutory device (in that case a trust) shared the characteristics of its common law counterpart, the former would be compatible with the *Bankruptcy Act* even if it affected the distribution scheme. On the other hand, if the statutory device was wider in scope than that available at law or equity, there would be conflict and the device would need to be declared a nullity. In *Henfrey Samson*, the Court found that the statutory trust shared none of the characteristics of a trust established under the general principles of law; accordingly, it was susceptible to invalidation on the ground of interference with the order of priorities. In this regard (and as shall become evident *infra*), *Henfrey Samson* is distinguishable from the case at bar. No “deeming” is necessary to bring Husky within the four corners of the “law of set-off” as that term is used in s. 97(3).

La question fondamentale, à ce stade-ci, est de savoir si le par. 133(3) ne fait que déclarer les droits à la compensation et à l’indemnisation qui existaient en *equity*. Si le par. 133(3) ne crée pas de nouveaux droits de compensation et ne fait que confirmer la possibilité de recourir à la compensation traditionnelle en *equity*, il est compatible avec la *Loi sur la faillite*. À cet égard, je me fonde sur l’arrêt *Henfrey Samson*. Dans cet arrêt, le juge McLachlin laisse entendre (aux pp. 34 et 35) que, si le mécanisme créé par la loi (en l’occurrence une fiducie) possédait les mêmes caractéristiques que son équivalent en common law, il serait compatible avec la *Loi sur la faillite* même s’il influait sur le plan de répartition. Par contre, si le mécanisme créé par la loi avait une plus grande portée que celui qui existe en common law ou en *equity*, il y aurait alors conflit et ce mécanisme devrait être déclaré nul. Dans l’arrêt *Henfrey Samson*, notre Cour a conclu que la fiducie créée par la loi ne possédait aucune des caractéristiques d’une fiducie établie en vertu des principes généraux du droit; en conséquence, elle pouvait être invalidée pour le motif qu’elle portait atteinte à l’ordre de priorité. À cet égard (et comme on le verra plus loin), l’arrêt *Henfrey Samson* peut être distingué de la présente affaire. Aucune présomption n’est nécessaire pour que les «règles de la compensation», au sens du par. 97(3), s’appliquent à Husky.

I note that set-off operated within the bankruptcy context as early as the time of Elizabeth I. The first specific statutory set-off clause was codified in a 1705 statute: Philip R. Wood, *English and International Set-Off* (1989), at p. 282. The rationale behind the use of set-off in the bankruptcy context is aptly summarized by Fletcher Moulton L.J. in *Lister v. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174 (C.A.), at p. 178:

The right of set-off in bankruptcy has been dealt with by various statutes, but takes its origin from the fact that the jurisdiction in bankruptcy was from the first an equitable jurisdiction. The successive statutory formulations of the consequence of this principle, embodied in the clauses as to mutual credit, dealings, &c., have never altered this fundamental principle, and, speaking for myself, I cannot see any ground why in the present instance the injustice should be perpetrated of making a person who in the balance is not a debtor to the estate pay in full the sum due to the estate and receive only a dividend on the sums due from the estate.

In my opinion, s. 133(3) is duplicative of the law of equitable set-off as delineated by this Court in *Telford*, *supra*, and confers a right that does not go beyond what would be ordinarily available at law or equity. Moreover, under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, a province has the competence to codify legal and equitable rules related to set-off. Ostensibly, the motivation behind the codification of these rules in s. 133(3) is to facilitate recovery by principals, many of whom would be more familiar with the terms of a statute than the intricacies of the common law.

Regarding the declaratory nature of Husky's claim against the now assigned estate of the bankrupt, I note that, absent s. 133(3), such a claim would exist according to the law of restitution or the law of contract. In terms of restitution, it is settled that a person may claim for recoupment or reimbursement of monies expended by him under compulsion of law if the effect of such a payment is to discharge the liability of another. In other words, A will be allowed to recover from B by

Je fais remarquer que la compensation s'appliquait dans le contexte de la faillite dès l'époque de la reine Élisabeth 1^{re}. La première disposition législative spécifique en matière de compensation a été codifiée dans une loi de 1705: Philip R. Wood, *English and International Set-Off* (1989), à la p. 282. Dans l'affaire *Lister c. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174 (C.A.), à la p. 178, le lord juge Fletcher Moulton résume bien la raison d'être du recours à la compensation en matière de faillite:

[TRADUCTION] Le droit de compensation en matière de faillite a été traité dans diverses lois, mais il tire son origine du fait que la compétence en cette matière était initialement une compétence d'*equity*. Les formulations légales successives de la conséquence de ce principe, incorporées dans les dispositions sur le crédit mutuel, les opérations, etc. [...] n'ont jamais eu pour effet de modifier ce principe fondamental et, personnellement, je ne vois en l'espèce aucun motif de commettre l'injustice d'obliger une personne, qui, finalement, n'est pas un débiteur de la faillite, à payer toute la somme due au failli et à ne recevoir de la faillite qu'une quote-part des sommes dues.

À mon avis, le par. 133(3) reprend les règles de la compensation en *equity* que notre Cour a énoncées dans l'arrêt *Telford*, précité, et il confère un droit qui ne va pas au-delà de ce qui pourrait normalement être invoqué en common law ou en *equity*. De plus, en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, une province a compétence pour codifier les règles de common law et d'*equity* en matière de compensation. De toute évidence, le motif qui sous-tend la codification de ces règles au par. 133(3) est de faciliter le recouvrement par des commettants, dont bon nombre connaîtraient mieux les dispositions d'une loi que les complexités de la common law.

En ce qui concerne le caractère déclaratoire de la réclamation de Husky contre l'actif maintenant cédé du failli, je précise qu'une telle réclamation, en l'absence du par. 133(3), existerait en vertu du droit en matière de restitution ou du droit des contrats. En ce qui concerne la restitution, il est bien établi qu'une personne peut réclamer le recouvrement ou le remboursement de sommes dépensées sous contrainte légale si l'effet de ce paiement est de dégager une autre personne de toute responsabi-

way of set-off where A has been required to make a payment to C on B's behalf. I am supported in this conclusion by the following passage cited from *Moule v. Garrett* (1872), L.R. 7 Ex. 101, at p. 104:

"Where the plaintiff has been compelled by law to pay, or, being compellable by law, has paid money which the defendant was ultimately liable to pay, so that the latter obtains the benefit of the payment by the discharge of his liability; under such circumstances the defendant is held indebted to the plaintiff in the amount."

174 This point was addressed in a more detailed manner in the decision of Lord Wright M.R. in *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. v. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534 (C.A.), at p. 544:

The essence of the rule is that there is a liability for the same debt resting on the plaintiff and the defendant and the plaintiff has been legally compelled to pay, but the defendant gets the benefit of the payment, because his debt is discharged either entirely or pro tanto, whereas the defendant is primarily liable to pay as between himself and the plaintiff. The case is analogous to that of a payment by a surety which has the effect of discharging the principal's debt and which, therefore, gives a right of indemnity against the principal. [Emphasis added.]

175 In the case at bar (assuming that the order was validly made and limited to the liabilities arising from Metal Fab's work for Husky), Husky is eligible for set-off since Husky's liability to pay arose only as a consequence of Metal Fab's default regarding its requirement to make payments to the Injury Fund. Payment by Husky would have the obvious effect of releasing Metal Fab of its liability to the Board. Thus, in light of the fact that Husky is under a clear legal obligation to make the payments in question, it follows that this is a circumstance where Husky is entitled to seek restitution from Metal Fab. In this connection, the Workers' Compensation Board of British Columbia points out that the B.C. legislation does not include an explicit recognition of set-off, but still the B.C. courts appear to have read it according to the general principles of restitution.

lité. En d'autres termes, A sera autorisé à recouvrer de B par voie de compensation dans le cas où A a dû payer C au nom de B. Le passage suivant cité dans *Moule c. Garrett* (1872), L.R. 7 Ex. 101, à la p. 104, vient appuyer cette conclusion:

[TRADUCTION] «Si le demandeur a été ou peut être légalement contraint de payer une somme que le défendeur était en fin de compte tenu de payer, de sorte que le défendeur tire profit de ce paiement en se trouvant dégagé de toute responsabilité, le défendeur doit alors ce montant au demandeur.»

Ce point a été examiné de façon plus détaillée dans l'arrêt du maître des rôles lord Wright, *Brook's Wharf and Bull Wharf Ltd. c. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534 (C.A.), à la p. 544:

[TRADUCTION] La règle veut essentiellement que le demandeur et le défendeur soient responsables de la même dette et que le demandeur ait été légalement contraint de payer, mais que le défendeur tire profit du paiement parce que sa dette est payée que ce soit entièrement ou en partie, alors que le défendeur est principalement responsable du paiement au demandeur. L'affaire est analogue au paiement effectué par une caution, qui a pour effet d'acquitter la dette du débiteur principal et de conférer, de ce fait, un droit d'être indemnisé par ce dernier. [Je souligne.]

En l'espèce (à supposer que l'ordonnance ait été validement rendue et restreinte aux responsabilités découlant du travail que Metal Fab a effectué pour Husky), Husky a droit d'opérer compensation puisqu'elle n'était responsable du paiement qu'en raison du défaut de Metal Fab de faire ses paiements à la caisse des accidents. Le paiement effectué par Husky aurait manifestement pour effet d'exonérer Metal Fab de toute responsabilité envers la Commission. Ainsi, compte tenu du fait que Husky est légalement tenue de faire les paiements en question, il s'ensuit qu'il s'agit d'un cas où Husky a le droit de faire une demande de restitution à Metal Fab. À cet égard, la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique fait remarquer que les lois de la Colombie-Britannique ne reconnaissent pas explicitement la compensation, mais que les tribunaux de cette province paraissent les avoir interprétées conformément aux principes généraux de la restitution.

The second ground for set-off independent of s. 133(3) arises from the contractual relationship between Metal Fab and Husky. The contracts binding the parties, in clauses 12.01 and 13.01, oblige the contractor to “comply with all laws” and indemnify the principal from any expense arising from the “negligent performance, purported performance or non-performance of the Contract” by the contractors. Given this language, Metal Fab’s failure to pay amounts owing to the Board constituted a breach of its contractual obligations to Husky. An indemnification claim rises concomitantly. This claim stands apart from s. 133(3).

It is submitted that the fact that the property of the bankrupt has been assigned to the Bank and, thus, that the debt is no longer technically owed to Metal Fab but to the Bank of Montreal, militates against a finding that the law of set-off applies in this case. I disagree. Equitable set-off (unlike legal set-off) can operate within the context of an assignment, even of book debts: *Telford, supra*, at pp. 206-9, affirming *Government of Newfoundland v. Newfoundland Railway Co.* (1888), 13 App. Cas. 199 (P.C.). The only pre-requisite to set-off against the assignee is that the claim against the assignee is to arise out of the same contract or series of events which gave rise to the original claim or be closely connected with that contract or series of events. As noted by Wilson J. in *Telford, supra*, at p. 211:

... cases involving [set-off] debts that arise from the same contract or closely inter-related contracts form an exception to the general rule. In these cases a debt arising out of the contract or closely interrelated contracts may be set-off against the assignee even if the debt accrued due after the notice of the assignment.

In *Telford*, the two debts arose out of a land-swap. The Telfords and Canadian Stanley Development Ltd. exchanged lands of equal value, each paying the other a different cash sum and each tak-

Le second motif justifiant la compensation, indépendamment du par. 133(3), découle du lien contractuel entre Metal Fab et Husky. Les clauses 12.01 et 13.01 des contrats qui lient les parties obligent l’entrepreneur à [TRADUCTION] «se conformer à toutes les lois» et à indemniser le commettant de toute dépense résultant [TRADUCTION] «de l’exécution négligente, de la prétendue exécution ou de l’inexécution du contrat» par les entrepreneurs. Selon ces termes, le défaut de Metal Fab de payer à la Commission les sommes qu’elle lui devait constituait une violation de ses obligations contractuelles envers Husky, ce qui donne lieu à une demande concomitante d’indemnisation. La présente réclamation est fondée indépendamment du par. 133(3).

On soutient que le fait que les biens du failli aient été cédés à la Banque et, par conséquent, que la dette ne soit plus techniquement envers Metal Fab, mais envers la Banque de Montréal, justifie de ne pas conclure à l’application des règles de la compensation en l’espèce. Je ne suis pas de cet avis. La compensation en *equity* (contrairement à la compensation en *common law*) peut s’appliquer dans le contexte d’une cession, même de comptes débiteurs: *Telford*, précité, aux pp. 206 à 209, confirmant *Government of Newfoundland c. Newfoundland Railway Co.* (1888), 13 App. Cas. 199 (C.P.). La seule condition préalable pour qu’il y ait compensation opposable au cessionnaire est que la réclamation contre celui-ci découle du même contrat ou de la même série d’événements à l’origine de la réclamation initiale, ou qu’elle leur soit étroitement reliée. Comme le juge Wilson le fait remarquer dans l’arrêt *Telford*, précité, à la p. 211:

... les affaires où il s’agit de dettes découlant d’un même contrat ou de contrats étroitement reliés constituent une exception à la règle générale. En effet, une dette de ce genre peut être opposée en compensation au cessionnaire, même si elle devient exigible après l’avis de cession.

Dans l’arrêt *Telford*, les deux créances découlaient d’un échange de biens-fonds. Les Telford et Canadian Stanley Development Ltd. ont échangé des biens-fonds de valeur égale. Chaque partie a

ing back a first mortgage or a second mortgage. The end result of the transaction was that on closing Canadian Stanley would pay the Telfords \$50,000 which the Telfords would use for the purpose of financing the construction of a residence on their new land. Five days prior to the closing of its deal with the Telfords, Canadian Stanley assigned its mortgage to the Holts to secure the balance of the purchase price on a piece of land the Holts had sold to Canadian Stanley, but failed to notify the Telfords about this assignment before the transaction with them was closed. The Telfords later agreed to a postponement of the Canadian Stanley mortgage resulting in the priority of that mortgage moving from second to third place on title. The Telfords only learned about Canadian Stanley's assignment after trying to tender their first payment on the mortgage. They then indicated that a court application for a discharge of the mortgage would be made. Shortly thereafter, the Holts demanded the payment then due (\$50,000 plus interest, for a total of \$50,886.60) and filed a statement of claim against the Telfords for the entire amount owing (this being \$150,000, independent of the amount owing on the mortgage). This claim was based upon a clause in the Telford mortgage which provided that upon default of any payment of the principal the whole amount would become payable. After receiving notice of the Holts' statement of claim, the Telfords paid the \$50,886.60 into court and then counter-claimed for a discharge of the mortgage, alleging that they had the right to set off the debt owed to them by Canadian Stanley against the assignee Holts' claim.

versé à l'autre une somme différente en espèces et elles se sont consenti des hypothèques de premier rang dans un cas et de deuxième rang dans l'autre cas. Une fois l'opération complétée, Canadian Stanley verserait aux Telford la somme de 50 000 \$ que ceux-ci utiliseraient pour financer la construction d'une résidence sur leur nouveau terrain. Cinq jours avant que l'opération avec les Telford soit complétée, Canadian Stanley a cédé son hypothèque aux Holt pour garantir le solde du prix d'achat d'un terrain que les Holt lui avaient vendu; cependant, Canadian Stanley n'a pas avisé les Telford de cette cession avant que l'opération avec eux ne soit complétée. Les Telford ont, par la suite, consenti à ce que l'hypothèque de Canadian Stanley soit modifiée de manière à passer du deuxième au troisième rang sur le titre de propriété. Les Telford n'ont été mis au courant de la cession qu'après avoir essayé de faire le premier paiement au titre de l'hypothèque. Ils ont alors manifesté leur intention de demander à la cour la mainlevée de l'hypothèque. Peu après, les Holt ont exigé que soit effectué le versement dû (50 000 \$ plus les intérêts, soit un total de 50 886,60 \$) et ont produit une déclaration réclamant aux Telford le remboursement intégral de la dette (soit 150 000 \$, indépendamment du montant dû au titre de l'hypothèque). Cette réclamation était fondée sur une clause de l'hypothèque des Telford qui prévoyait qu'à défaut de tout paiement à valoir sur le capital, la totalité du capital deviendrait due. Après qu'ils eurent reçu signification de la déclaration des Holt, les Telford ont consigné à la cour la somme de 50 886,60 \$, puis ont demandé reconventionnellement la mainlevée de l'hypothèque, soutenant qu'ils avaient le droit d'opposer la créance qu'ils avaient envers Canadian Stanley en compensation de la réclamation des Holt, les cessionnaires.

179 Wilson J. permitted the Telfords to use the doctrine of equitable set-off. It was duly noted that the debts did not accrue until after the assignment. However, Wilson J. did find that equitable set-off could operate since the debts were so closely connected that it would have been unfair to enforce one without allowing the setting off of the other.

Le juge Wilson a permis aux Telford de recourir à la règle de la compensation en *equity*. Elle a bien fait remarquer que les créances n'étaient devenues exigibles qu'après la cession. Cependant, le juge Wilson a statué que la compensation en *equity* pouvait s'appliquer puisque les créances étaient si étroitement reliées qu'il aurait été injuste d'exiger le paiement de l'une sans autoriser la compensation de l'autre.

The specific assignment and the specific bankruptcy extant in the case at bar satisfy the *Telford* test. I note that the debt from Metal Fab to Husky accrued on the date of the demand to Husky by the Board (March 16, 1992). This was four days after Husky was given notice of the assignment to the Bank yet before the occurrence of the actual assignment. However, the *Telford* test is met since Husky's indemnity claim arose out of the very contracts pursuant to which funds are now owing to the Bank of Montreal; in fact, Husky has a direct interest in the bankrupt's property which, by force of the assignment, is now held by the Bank. Moreover, the nexus between the amounts Husky seeks to set off and the assigned debt can be said to be more direct than it has been in other cases where equitable set-off has been allowed: *Hanak v. Green*, [1958] 2 All E.R. 141 (C.A.); *Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd.*, [1985] 6 W.W.R. 14 (B.C.C.A.); *Federal Commerce and Navigation Ltd. v. Molena Alpha Inc.*, [1978] 3 All E.R. 1066 (C.A.), affirmed [1979] A.C. 757 (H.L.).

The cause of action specifically contemplated by Husky (i.e., a principal seeking restitution from an assignee for book debts from a assignor whose delinquency prompted the principal's liability in the first place) is of a sufficiently interconnected nexus so as to fit the "closeness" criteria mandated by the *Telford* test. This is especially the case when the assignee knew about the outstanding debts before receiving assignment of the estate. I am not persuaded by the Bank's submission that equitable set-off is not available because the right to indemnification did not arise under the contract. This analysis ignores the essential characterization of the debts. The basis of the indemnification in the appeal at bar is the debt paid by Husky on behalf of Metal Fab which related to the contracts signed between those two parties. Furthermore, according to Husky the ability to set off also fulfils what is likely the principal *raison d'être* of the doctrine of

La cession et la faillite dont il est question en l'espèce satisfont au critère de l'arrêt *Telford*. Je souligne que la dette de Metal Fab envers Husky est devenue exigible à la date de la demande adressée à Husky par la Commission (le 16 mars 1992), soit quatre jours après que Husky eut été avisée de la cession à la Banque, mais avant la réalisation de la cession même. Toutefois, le critère de l'arrêt *Telford* est respecté puisque la demande d'indemnité de Husky se fondait sur les contrats mêmes en vertu desquels des sommes sont maintenant dues à la Banque de Montréal; en fait, Husky a un intérêt direct dans les biens du failli qui, par suite de la cession, sont maintenant détenus par la Banque. De plus, on peut affirmer qu'il existe, entre les montants visés par la demande de compensation de Husky et la créance cédée, un lien plus direct que celui qui existait dans d'autres cas où la compensation en *equity* a été autorisée: *Hanak c. Green*, [1958] 2 All E.R. 141 (C.A.); *Coba Industries Ltd. c. Millie's Holdings (Canada) Ltd.*, [1985] 6 W.W.R. 14 (C.A.C.-B.); *Federal Commerce and Navigation Ltd. c. Molena Alpha Inc.*, [1978] 3 All E.R. 1066 (C.A.), confirmé par [1979] A.C. 757 (H.L.).

La cause d'action spécifiquement envisagée par Husky (c.-à-d. un commettant qui demande restitution auprès d'un cessionnaire au titre des comptes débiteurs d'un cédant dont le défaut a engagé la responsabilité du commettant au départ) présente un lien suffisamment étroit pour satisfaire au critère de «proximité» exigé dans l'arrêt *Telford*. Cela est tout particulièrement vrai si le cessionnaire était au courant des dettes impayées avant de se faire céder l'actif. L'argument de la Banque ne me convainc pas que la compensation en *equity* ne peut pas être appliquée parce que ce n'est pas le contrat qui a donné naissance au droit à l'indemnisation. Cette analyse ne tient pas compte de la caractérisation des dettes. En l'espèce, le fondement de l'indemnisation est la dette payée par Husky pour le compte de Metal Fab, relativement aux contrats signés par ces deux parties. En outre, accorder à Husky la possibilité d'opérer compensation satisfait également à ce qui constitue vraisemblablement la *raison d'être* principale de la règle de

equitable set-off in the first place, namely the promotion of fairness.

182 Lord Denning M.R., in the *Federal Commerce* case, remarks at p. 1078 (C.A.):

We have to ask ourselves: what should we do now so as to ensure fair dealing between the parties? . . . This question must be asked in each case as it arises for decision

183 I recognize that, in the appeal at bar, Husky is liable under the terms of s. 133(1). Moreover, s. 133(1) entrenches an absolute liability standard in order to create joint and several responsibility among all employers for the sums that one of them has left unpaid. The question then arises why it would remain "fair" to allow Husky to, in the end, escape the effects of this liability by permitting all of the unpaid dues to flow from the estate of the insolvent bankrupt, to the detriment of the other creditors.

184 My response is twofold: (1) although s. 133 renders the principal and the contractor jointly and severally liable to the Board, as between the principal and contractor it is clear that the primary liability reposes with the contractor and, consequently, the solicitation of contribution for payments made on behalf of that contractor by the principal is consonant with commercial fairness; and (2) Husky's insistence that the contract contain terms obliging Metal Fab to make the payments to the Board and its decision to hold back funds (this being a standard industry practice), although certainly not relieving it of liability under s. 133, does militate in favour of a finding that Husky's conduct was such that it would be equitable and fair to allow it the right of set-off.

185 Apart from United Kingdom jurisprudence, the most persuasive authority cited to us on the s. 133(3) issue is the Ontario Court of Appeal's decision in *Evelyn Stevens*. Grange J.A., after reviewing the authorities, concluded that equitable set-off was available to a principal who had become fixed

la compensation en *equity*, à savoir la promotion de l'équité.

Dans l'arrêt *Federal Commerce*, le maître des rôles lord Denning fait remarquer, à la p. 1078 (C.A.):

[TRADUCTION] La question que nous devons nous poser est plutôt celle de savoir ce qu'il convient de faire maintenant pour assurer aux parties un traitement équitable [. . .] Cette question doit se poser dans chaque affaire qui parvient devant les tribunaux . . .

Je reconnais que la responsabilité de Husky est engagée, en l'espèce, en vertu du par. 133(1). De plus, le par. 133(1) consacre une norme de responsabilité absolue afin d'assujettir tous les employeurs à une responsabilité solidaire pour les sommes que l'un d'eux n'a pas payées. Il s'agit alors de savoir pourquoi il serait toujours «juste» que Husky puisse en fin de compte échapper aux effets de cette responsabilité en permettant que toutes les sommes dues soient payées sur l'actif du failli insolvable, au détriment des autres créanciers.

Ma réponse comporte deux volets: (1) bien que l'art. 133 rende le commettant et l'entrepreneur solidairement responsables envers la Commission, il est clair, en ce qui les concerne, que c'est l'entrepreneur qui est principalement responsable et, par conséquent, la demande de cotisation pour les paiements que le commettant a effectués pour le compte de cet entrepreneur est compatible avec l'équité commerciale; et (2) le fait que Husky insiste pour dire que le contrat renferme des conditions obligeant Metal Fab à effectuer des paiements à la Commission et la décision qu'elle a prise de faire une retenue de garantie (une pratique courante dans ce secteur), quoique ne la dégageant sûrement pas de sa responsabilité en vertu de l'art. 133, justifient de conclure que la conduite de Husky fait qu'il serait équitable et juste de lui consentir le droit de compensation.

Outre la jurisprudence du Royaume-Uni, l'arrêt *Evelyn Stevens* de la Cour d'appel de l'Ontario est le plus convaincant qui nous a été cité relativement au par. 133(3). Après avoir examiné la jurisprudence, le juge Grange a conclu qu'un commettant pouvait se prévaloir de la compensation en *equity*

with liability for the contractor's unpaid debts. He concluded at p. 749:

Whether or not the money was due to the principal before the bankruptcy, it most assuredly "arose out of or was closely connected with the same contract or series of events".

The Bank of Montreal also submits that s. 97(3) is not applicable to a situation where there are secured creditors who own the funds of the bankrupt. To this end, although s. 97(3) may have been applicable to the facts in *Evelyn Stevens*, it is not so to the case at bar. In response, I note that s. 97(3) deems the law of set-off to operate in relation to all claims made against the estate of the bankrupt. There is no distinction made regarding the types of claims. And the Bank is the owner of nothing less and nothing more than the "estate of the bankrupt".

I thus find that, since s. 97(3) encapsulates the rights ordinarily available to Husky at equity, s. 133(3) is fully operative in the case at bar, as well as to all situations in bankruptcy where the principal would fall within the *Telford* test as I have interpreted it.

(iii) Does the Partial or Total Invalidity of Section 133(3) Render Section 133(1) Inoperative?

It is not necessary to consider this issue since I find that subs. (3) is constitutionally valid. However, I would like to offer certain comments on the interplay between ss. 133(1) and (3).

It is important to recognize that s. 133(1) does not make the principal's obligation to the Board in any way contingent upon the principal's ability to obtain indemnity (through set-off or otherwise) under s. 133(3). There may be many cases in which there is either no indebtedness between the principal and the contractor or insufficient indebtedness to cover the full liability involved. Yet, in either of these situations, s. 133(1) is still fully applicable. To this end, not only does s. 133(1) operate in isolation of the bankruptcy, it also operates independently from s. 133(3). Section 133(1)

s'il avait écopé de la responsabilité pour les dettes impayées de l'entrepreneur. Il conclut, à la p. 749:

[TRADUCTION] Peu importe que les sommes aient été dues ou non au commettant avant la faillite, il n'y a pas le moindre doute qu'elles «découlaient du même contrat ou de la même série d'événements, ou [qu'elles] leur étaient étroitement reliées».

La Banque de Montréal soutient également que le par. 97(3) n'est pas applicable à une situation où des créanciers garantis possèdent les fonds du failli. En ce sens, quoique le par. 97(3) ait pu être applicable aux faits de l'arrêt *Evelyn Stevens*, ce n'est pas le cas en l'espèce. Je réponds à cet argument qu'aux termes du par. 97(3) les règles de la compensation sont réputées s'appliquer à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli. On ne fait pas de distinction entre les types de réclamations. La Banque est propriétaire de ni rien de plus ni rien de moins que «l'actif du failli».

En conséquence, je conclus que, puisque le par. 97(3) incorpore les droits que Husky peut normalement invoquer en *equity*, le par. 133(3) est entièrement opérant en l'espèce ainsi que dans tous les cas de faillite où le commettant serait assujéti au critère de l'arrêt *Telford*, tel que je l'ai interprété.

(iii) L'invalidité totale ou partielle du paragraphe 133(3) rend-elle le paragraphe 133(1) inopérant?

Il n'est pas nécessaire d'examiner cette question puisque je conclus à la constitutionnalité du par. (3). Cependant, j'aimerais faire certains commentaires sur l'interaction des par. 133(1) et (3).

Il est important de reconnaître que le par. 133(1) ne subordonne aucunement l'obligation du commettant envers la Commission à sa capacité d'être indemnisé (par voie de compensation ou autrement) en vertu du par. 133(3). Il peut y avoir bien des cas où soit qu'il n'y aura pas de dette entre le commettant et l'entrepreneur, soit que la dette sera insuffisante pour couvrir le plein montant de la responsabilité en cause. Cependant, dans ces deux cas, le par. 133(1) est pleinement applicable. À cette fin, non seulement le par. 133(1) s'applique-t-il indépendamment de la faillite, mais encore il

is the key feature of s. 133 as a whole. It aims at preserving the integrity of the Injury Fund. Section 133(3) is clearly secondary in this regard. Consequently, I do not accept Husky's argument that s. 133(1) was intended solely to operate in conjunction with s. 133(3). Although I might be prepared to find that s. 133(3) and the equitable rights it codifies cannot operate independently from s. 133(1), I have no doubt that s. 133(1) can operate independently from s. 133(3). The legislature contemplated that s. 133(3) may not always be available to assist a principal to recoup sums paid under subs. (1).

s'applique indépendamment du par. 133(3). Le paragraphe 133(1) est l'élément clé de l'art. 133. Il vise à préserver l'intégrité de la caisse des accidents. Le paragraphe 133(3) joue nettement un rôle secondaire à cet égard. En conséquence, je n'accepte pas l'argument de Husky, selon lequel le par. 133(1) n'est destiné qu'à s'appliquer conjointement avec le par. 133(3). Bien que je puisse être disposé à conclure que le par. 133(3) et les droits d'*equity* qu'il codifie ne sont pas applicables indépendamment du par. 133(1), je ne doute pas que le par. 133(1) peut s'appliquer indépendamment du par. 133(3). Le législateur a envisagé la possibilité que le par. 133(3) ne puisse pas toujours aider un commettant à récupérer des sommes payées en vertu du par. (1).

190 The argument was raised that s. 133(1) cannot stand alone since, without the accompaniment of s. 133(3), it is a draconian, unreasonable provision tantamount to an expropriation. But the point of the matter is that, since s. 133(3) is merely declaratory of law and equity, s. 133(1) does not exist without a right to indemnification (or to set-off).

On a soutenu que le par. 133(1) ne peut exister seul car, sans le par. 133(3), il constitue une disposition draconienne et déraisonnable équivalent à une expropriation. Cependant, il reste que, puisque le par. 133(3) ne fait que déclarer des règles de common law et d'*equity*, le par. 133(1) n'existe pas sans un droit à l'indemnisation (ou à la compensation).

191 If s. 133(3) were invalid and if the law did not incorporate the equitable right of set-off (as discussed *supra*), then s. 133(1) would operate to guarantee the Board payment from the principal without a corresponding restitutionary recourse on behalf of the latter. Although this may seem a difficult burden to bear, in a sense it is simply the cost of doing business in a context where, for public policy reasons, the yoke of the contractor's delinquency is placed on the principal's shoulders instead of those of the workers. Although heavy, this burden, in my mind, is not draconian. It is partly attenuated by the fact that Husky, as a sophisticated employer, can be safely assumed to be well-versed in the practice of obtaining clearance certificates to protect itself from principal's liability under s. 133(1). These certificates allow a principal to determine in advance of releasing funds to a contractor whether that contractor has outstanding indebtedness to the Board. However, even if it created a draconian burden, there is nothing barring the legislature from passing such legis-

Si le par. 133(3) était invalide et si la common law n'incorporait pas le droit de compensation reconnu en *equity* (tel que discuté plus haut), alors le par. 133(1) aurait pour effet de garantir à la Commission qu'elle obtiendrait paiement du commettant, sans offrir à ce dernier un recours en restitution. Bien que cela puisse sembler un fardeau difficile à assumer, en un sens ce n'est que le prix à payer pour faire des affaires dans un contexte où, pour des motifs d'ordre public, on fait assumer les conséquences du défaut de l'entrepreneur par le commettant plutôt que par les travailleurs. Quoique lourd, ce fardeau n'est pas, à mon avis, draconien. Il est allégé en partie par le fait qu'il est possible de supposer sans risque d'erreur que Husky, en tant qu'employeur averti, connaît bien la pratique de l'obtention des attestations de paiement afin d'échapper à la responsabilité du commettant prévue au par. 133(1). Ces attestations permettent à un commettant de déterminer, avant de remettre des fonds à un entrepreneur, si cet entrepreneur doit des sommes à la Commission. Cepen-

lation. The following passage from La Forest J.A. (as he then was) in *New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201, at p. 214, is pertinent:

The courts should not . . . place themselves in the position of frustrating regulatory schemes or measures obviously intended to reallocate rights and resources simply because they affect vested rights. For legislation almost inevitably affects vested rights.

The legislature can even pass expropriation legislation (much more onerous than s. 133(1)) as long as the language is clear: *TransGas Ltd.*, *supra*; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101.

There are also policy reasons as to why s. 133(1) ought to be viewed as operating independently from s. 133(3). The Workers' Compensation Board of Alberta argues convincingly:

. . . it is submitted that to not construe section 133(1) . . . separately from section 133(3) would allow mischief to creep into industrial practices. An unscrupulous employer could incorporate a subcontractor to provide all its labour services. Thereafter if that former employer (now a principal) could not be held liable under section 133(1) where the subcontractor is allowed to go into or assigns itself into bankruptcy, the Accident [Injury] Fund is at risk. Ultimately, if such a practice became widespread, the efficacy of the workers' compensation system could be undermined.

In sum, I respectfully disagree with the trial judge's and Court of Appeal's conclusions that s. 133 is to be treated as an indivisible whole. Although this finding is not necessary to dispose of this appeal, I hope that it may settle any extant, and preclude any future, confusion regarding the

dant, même si cette mesure législative créait un fardeau draconien, rien n'empêche le législateur de l'adopter. L'extrait suivant des motifs du juge La Forest (maintenant juge de notre Cour) dans l'arrêt *New Brunswick c. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 R.N.-B. (2^e) 201 (C.A.), à la p. 234, est pertinent:

[TRADUCTION] Les tribunaux ne devraient pas [. . .] adopter une position qui ferait échouer des plans ou des mesures de réglementation dont l'intention manifeste est de redistribuer des droits et des ressources simplement parce qu'ils portent atteinte à des droits acquis, car le processus législatif porte presque inévitablement atteinte à des droits acquis.

Le législateur peut même adopter une loi en matière d'expropriation (beaucoup plus onéreuse que le par. 133(1)) dans la mesure où le texte est clair: *TransGas Ltd.*, précité; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101.

Il y a aussi des raisons de principe de considérer que le par. 133(1) s'applique indépendamment du par. 133(3). La Workers' Compensation Board de l'Alberta fait valoir de façon convaincante:

[TRADUCTION] . . . on soutient que ne pas interpréter le paragraphe 133(1) [. . .] séparément du paragraphe 133(3) permettrait à des irrégularités de se glisser dans les pratiques industrielles. Ainsi, un employeur dénué de scrupules pourrait demander à un sous-entrepreneur de fournir tous ses services de main-d'œuvre. Par la suite, si cet ancien employeur (maintenant commettant) ne pouvait être tenu responsable en vertu du paragraphe 133(1) dans le cas où le sous-entrepreneur pourrait faire faillite ou faire cession de ses biens, la caisse des accidents serait en danger. En fin de compte, si une telle pratique devenait répandue, l'efficacité du régime d'indemnisation des accidents du travail risquerait d'être compromise.

Somme toute, je ne partage pas, en toute déférence, la conclusion du juge de première instance et de la Cour d'appel que l'art. 133 doit être considéré comme un tout indivisible. Bien que cette conclusion ne soit pas nécessaire pour trancher le présent pourvoi, j'espère qu'elle permettra de dissiper toute confusion existante et future quant à l'application de l'art. 133 et des dispositions

operation of s. 133, as well as its counterparts in the laws of the provinces other than Saskatchewan.

E. *Some Residual Issues*

195 The view of this Court was principally solicited for the purpose of answering the constitutional questions. However, several of the parties raise threshold factual issues which were not pleaded at trial which I should like to address, albeit briefly.

196 The Bank of Montreal submits that Husky was not liable under s. 133 for payment of Metal Fab's assessments. Husky itself raises a similar issue. This follows, it is alleged, from the following argument: within the context of s. 133, assessments should relate only to the work done by the delinquent contractor for the impugned principal. In the case at bar, it is submitted that there is no indication the assessments against Husky were specific only to the work completed for Husky by Metal Fab; in fact, some affidavit evidence is now tendered to the contrary. This evidence alleges that the assessment sent to Metal Fab by the Board was not related to any particular work, but calculated in accordance with an annual payroll estimate supplied by the contractor to the Board.

197 In response, I note that both the trial judge and the appeal judges found that the order under s. 133 had been validly issued. This finding was not contested in the courts below. Leave was not granted by this Court to hear this issue. For these reasons, I believe that this issue should not now be heard for the first time. The general practice of this Court is, given the lack of considered reasons of the courts below, to refuse to consider new matters raised for the first time, especially where, had the issue actually been raised, the parties may have been in a position to present relevant evidence and submissions: *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Pro-*

correspondantes dans les lois d'autres provinces que la Saskatchewan.

E. *Les questions qui restent à résoudre*

On a principalement demandé à notre Cour de répondre aux questions constitutionnelles. Cependant, plusieurs des parties ont soulevé des questions de fait préliminaires qui n'ont pas été débattues en première instance, mais que j'aimerais examiner, quoique brièvement.

La Banque de Montréal soutient que Husky n'était pas, en vertu de l'art. 133, responsable du paiement des cotisations de Metal Fab. Husky elle-même soulevé une question similaire. Ce raisonnement, allègue-t-on, se fonde sur l'argument suivant: dans le contexte de l'art. 133, les cotisations ne devraient viser que le travail effectué par l'entrepreneur fautif pour le compte du commettant attaqué. En l'espèce, on soutient que rien n'indique que les cotisations relatives à Husky ne visaient que le travail exécuté par Metal Fab pour Husky; en fait, on nous présente maintenant une preuve contraire par affidavit. Selon cette preuve, l'avis de cotisation envoyé à Metal Fab par la Commission ne visait pas un travail particulier, mais la cotisation avait été calculée conformément à l'estimation de la liste de paye annuelle que l'entrepreneur avait fournie à la Commission.

En réponse à cet argument, je souligne que le juge de première instance et les juges de la Cour d'appel ont statué que l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 133 était valide. Cette conclusion n'a pas été contestée devant les tribunaux d'instance inférieure. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour ne visait pas cette question. Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu maintenant d'examiner cette question pour la première fois. Notre Cour a l'habitude de refuser, en l'absence des motifs réfléchis des tribunaux d'instance inférieure, d'examiner de nouvelles questions soulevées pour la première fois devant elle, tout particulièrement lorsque les parties auraient pu, si la question avait été soulevée, présenter des éléments de preuve et des arguments pertinents: *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protono-*

thonotary), [1991] 1 S.C.R. 671; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21.

A far preferable procedure would be to permit this argument to be raised at the new trial that, given the constitutionality in bankruptcy of s. 133, shall be ordered pursuant to the disposition of the instant appeal. At that point, evidence can be adduced as to the exact sources of the \$246,745.26 allegedly owed by Metal Fab to the Board. A trial judge, when properly presented with all of the material evidence, will be in a far better position to sift through the records and ascertain the true amount of Metal Fab's unpaid contributions for which Husky could be held liable. Although it could very well be that the extant assessments reveal Husky's true liability, at this juncture I am not prepared to make such a finding.

However, although not in a position to determine whether the assessments made against Husky by the Board involved unpaid contributions stemming from work Metal Fab completed for principals other than Husky, this Court can, as a question of law, determine whether s. 133 could permit the recovery of such amounts. I find it does not. The liability of the principal is to be limited to the specific work that was completed for it by the delinquent contractor.

It is unfortunate that the wording of s. 133 in the 1979 version of the statute was amended in an ambiguous form. In cases of ambiguity, courts are to rely on the principle of statutory interpretation according to which statutes purporting to pay the debts of one person out of the property of another are to be given a restrictive interpretation: *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 370; *Board of Industrial Relations v. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 699.

I am further fortified in this regard by the fact that the grandfather of s. 133, s. 9 of the 1910 *Workmen's Compensation Act*, limited the principal's liability to the actual work executed for it by the delinquent contractor: see also s. 11 of the

taire), [1991] 1 R.C.S. 671; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21.

Il serait de loin préférable de permettre d'avancer cet argument au nouveau procès qui, compte tenu de la constitutionnalité de l'art. 133 en matière de faillite, devra être ordonné conformément au dispositif du présent pourvoi. C'est à ce moment que l'on pourra présenter des éléments de preuve quant à l'origine exacte de la somme de 246 745,26 \$ que Metal Fab devrait à la Commission. Un juge de première instance, qui est régulièrement saisi de tous les éléments de preuve substantielle, est beaucoup mieux placé pour passer au crible les dossiers et déterminer le montant exact des cotisations impayées de Metal Fab, dont Husky pourrait être tenue responsable. Même s'il se pourrait fort bien que les cotisations existantes révèlent la véritable responsabilité de Husky, je ne suis pas disposé pour l'instant à tirer cette conclusion.

Cependant, bien qu'elle ne soit pas en mesure de déterminer si les cotisations que la Commission réclame de Husky concernent des cotisations impayées découlant de travaux que Metal Fab aurait exécutés pour des commettants autres que Husky, notre Cour peut, à titre de question de droit, déterminer si l'art. 133 pourrait permettre de recouvrer ces montants. Je conclus que non. La responsabilité du commettant se limite aux travaux précis que l'entrepreneur fautif a achevés pour lui.

Il est malheureux que le libellé de l'art. 133, dans la version de 1979 de la Loi, ait été modifié d'une façon ambiguë. En cas d'ambiguïté, les tribunaux doivent se fonder sur le principe d'interprétation des lois selon lequel il faut donner une interprétation restrictive aux lois qui visent à réaliser le paiement des dettes d'une personne sur les biens d'une autre personne: *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), à la p. 370; *Commission des relations de travail c. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 699.

Mon opinion à cet égard est renforcée par le fait que le précurseur de l'art. 133, l'art. 9 de la *Workmen's Compensation Act* de 1910, limitait la responsabilité du commettant au travail véritablement effectué pour lui par l'entrepreneur fautif:

1928 legislation. In any event, gauging from the submissions made before this Court by the Appellants and some of the Interveners, such appears to be the practice of the provincial Boards when issuing notices under s. 133 and its companion provisions. This accords with common sense, as it would appear counter-intuitive to hold Husky liable for all of Metal Fab's outstanding debts to the Board. Under such a regime, liability could be virtually limitless since it might encompass all of the shortfall accruing to the contractor independent of the particular principal under whose contracts that shortfall actually arose.

202 However, I note that, although relevant to the amount of the assessment in the appeal at bar, this issue is not of wide public importance given that the Saskatchewan legislation was once again amended in 1993 (S.S. 1993, c. 63, s. 40) to provide expressly that the liability be limited to the specific work performed. As I see it, the 1993 amendment supports my conclusion that the liability of the principal be limited to the unpaid funds arising out of the specific work completed for it since this amendment appears to be intended as a clarification of the law, not as a substantive change.

203 I also find that limiting s. 133(1) to the debts arising out of the actual work completed for the principal permits the subsection to operate in tandem with subs. (3). As was discussed *supra*, subs. (3), in order to be valid in the bankruptcy context, must be interpreted to permit only set-off to the extent allowed at law or equity. I believe that the law of set-off would only allow the restitution of the sums paid by the principal to the Board that actually involved monies that the delinquent contractor was liable to pay by virtue of its nexus with the principal.

204 The Board and the Bank of Montreal raise a further issue. It is suggested that s. 133(3) does not entitle Husky to indemnify itself out of funds

voir aussi l'art. 11 de la loi de 1928. Quoi qu'il en soit, si l'on en juge d'après les arguments qui nous ont été présentés par les appelants et certains des intervenants, il semble que ce soit là la pratique suivie par les commissions provinciales lorsqu'elles donnent des avis en vertu de l'art. 133 et de ses dispositions connexes. Cela est conforme au bon sens, puisqu'il paraîtrait illogique de tenir Husky responsable de toutes les sommes que Metal Fab doit à la Commission. Dans un tel régime, la responsabilité risquerait d'être pratiquement illimitée puisqu'elle pourrait englober tout le manque à gagner de l'entrepreneur, indépendamment du commettant partie aux contrats sous le régime desquels ce manque à gagner est survenu.

Cependant, je fais remarquer que, bien qu'elle soit pertinente relativement au montant de la cotisation ici en cause, cette question ne revêt pas une grande importance publique puisque la loi de la Saskatchewan a de nouveau été modifiée en 1993 (S.S. 1993, ch. 63, art. 40), de façon à prévoir expressément que la responsabilité se limite aux travaux précisément exécutés. Selon l'interprétation que je lui donne, la modification de 1993 appuie ma conclusion que la responsabilité du commettant se limite aux montants impayés au titre du travail précisément effectué pour lui puisqu'on semble avoir voulu que cette modification constitue une clarification du droit et non une modification de fond.

Je conclus également qu'en limitant l'application du par. 133(1) aux créances résultant du travail véritablement effectué pour le commettant, on permet d'appliquer cette disposition conjointement avec le par. (3). Comme nous l'avons vu, pour être valide dans le contexte de la faillite, le par. 133(3) doit être interprété de façon à ne permettre la compensation que dans la mesure autorisée par la common law ou l'*equity*. À mon avis, les règles de la compensation n'autoriseraient que la restitution des sommes que le commettant a versées à la Commission, et que l'entrepreneur fautif était tenu de payer en raison de son lien avec le commettant.

La Commission et la Banque de Montréal ont soulevé une autre question. On laisse entendre que le par. 133(3) ne donne pas à Husky le droit d'être

owing to Metal Fab because it received the demand for payment from the Board after it had been notified that Metal Fab had given notice of assignment of book debts to the Bank of Montreal. There was thus no “indebtedness towards the contractor”, but only towards the assigned party.

Again, I note that this issue was not argued fully in the courts below; in fact, no questions were raised regarding the factual ability of Husky to indemnify itself from the property of the bankrupt. It thus comes as no surprise that the factual record to which this Court can turn to resolve this question is somewhat bare. I therefore conclude that this issue should not be decided at this point. It is better left to be determined by a trial court, perhaps even by fiat. I would suggest, however, that the fact that s. 133(3) is but declaratory of equitable set-off (as discussed *supra*), in which set-off can operate after the assignment has occurred, be seriously taken into account in the eventual disposition of this issue.

Husky argues that it did not breach its statutory duty to ensure payment by the contractor under s. 133(1) because it held back certain sums (in excess of the unpaid assessments) and ensured that Metal Fab would be contractually bound to pay the WCB fund. Until this point in the litigation, it was settled that Husky was, barring the non-operation of the statute, liable to pay the Board. There is no reason for this Court now to review the findings of the trial and appellate judges in this matter, especially, once again, given the paucity of the factual record advanced in favour of this proposition.

In any event, I note that the duty created by s. 133(1) is not one of due diligence. The statutory language has encumbered the principal with absolute liability. Nothing short of actually ensuring payment will discharge the duty. Husky’s reading of s. 133(1) ignores the true purpose of the provi-

indemnisée sur les fonds dus à Metal Fab parce qu’elle a reçu la demande de paiement de la Commission après avoir été avisée que Metal Fab avait donné un avis de cession de ses comptes débiteurs à la Banque de Montréal. Il n’y avait ainsi «aucune dette envers l’entrepreneur», mais seulement une dette envers le cessionnaire.

De nouveau, je constate que cette question n’a pas été pleinement débattue devant les tribunaux d’instance inférieure; en fait, aucune question n’a été soulevée quant à savoir si dans les faits Husky pouvait s’indemniser sur les biens du failli. Il n’est donc pas étonnant qu’il y ait peu de faits au dossier sur lesquels notre Cour peut se fonder pour résoudre la question. Je conclus donc qu’il n’y a pas lieu de trancher cette question pour l’instant. Il est préférable de laisser à un juge de première instance le soin de le faire, même peut-être par voie d’autorisation. Cependant, je proposerais que, lorsque viendra le moment de statuer sur cette question, l’on tienne compte sérieusement du fait que le par. 133(3) ne fait que déclarer les droits à la compensation en *equity* (comme nous l’avons vu), aux termes desquels la compensation peut être opérée après la cession.

Husky soutient qu’elle n’a pas contrevenu à son obligation légale de garantir, en vertu du par. 133(1), le paiement de l’entrepreneur parce qu’elle a retenu en garantie certaines sommes (en plus des cotisations impayées) et s’est assurée que Metal Fab serait tenue par contrat de verser les montants dans la caisse de la Commission. Jusqu’à maintenant, il a été statué que Husky était, sauf si la loi ne s’appliquait pas, responsable du paiement à la Commission. Notre Cour n’a aucun motif de réviser maintenant les conclusions du juge de première instance et des juges de la cour d’appel sur ce point, compte tenu particulièrement, je le répète, de l’insuffisance des faits avancés à l’appui de cette proposition.

Quoi qu’il en soit, je fais remarquer que l’obligation créée par le par. 133(1) n’est pas une obligation de diligence raisonnable. La formulation de cette disposition impose au commettant une responsabilité absolue. La seule manière de s’acquitter de cette obligation est de veiller à ce que le

sion, namely the maintenance of the viability of the Injury Fund through the creation of joint and several liability among employers for the contributions.

paiement soit effectué. Husky donne au par. 133(1) une interprétation qui ne tient pas compte de l'objet véritable de la disposition, soit le maintien de la viabilité de la caisse des accidents par l'assujettissement des employeurs à une responsabilité solidaire relativement aux cotisations à verser.

208

Finally, on a related note, it is submitted that once the property passed into the hands of the assigned Bank, Husky was no longer in any position of control or supervision over Metal Fab. Therefore it no longer operated under the statutory duty to ensure that Metal Fab paid its assessments. For this reason, the ability of the Board to collect under s. 133(1) could not be invoked. Husky also submits that, were it to encourage the bankrupt to pay the amounts due to the Board, it would infringe s. 158 (obligation of a bankrupt to deliver all of the property to the trustee) and thereby effectively aid and abet in the commission of an offence contrary to s. 198(a) of the *Bankruptcy Act*. I reject this submission. A bankrupt's obligations under s. 158 are necessarily qualified by other provisions of the Act such as s. 72(1) (allowing interplay with provincial legislation) and s. 97(3) (recognizing rights of set-off against the bankrupt's estate). There is no operational conflict between ss. 133(1) and 158(a). I also note that s. 133(1) creates a situation in which, *ab initio*, the principal is liable for any debt owed to the Board by the contractor. It does not matter whether, *ex post facto*, control over the contractor's estate passes into other hands.

Enfin, dans la même veine, on soutient qu'une fois que les biens sont passés entre les mains de la Banque cessionnaire, Husky n'était plus en mesure de contrôler ou de surveiller Metal Fab. En conséquence, elle n'était plus légalement tenue de veiller à ce que Metal Fab paie ses cotisations. Pour ce motif, la capacité de la Commission de percevoir les montants en vertu du par. 133(1) ne pouvait être invoquée. Husky soutient également que, si elle incitait le failli à verser les montants dus à la Commission, elle contreviendrait alors à l'art. 158 (obligation du failli de remettre tous ses biens au syndic) et se trouverait ainsi à aider et à encourager quelqu'un à commettre une infraction, contrairement à l'al. 198a) de la *Loi sur la faillite*. Je rejette cet argument. Les obligations d'un failli en vertu de l'art. 158 sont nécessairement atténuées par d'autres dispositions de la Loi, comme le par. 72(1) (qui permet l'interaction avec des lois provinciales) et le par. 97(3) (qui reconnaît les droits de compensation à l'égard de l'actif du failli). Il n'y a pas d'incompatibilité d'application entre le par. 133(1) et l'al. 158a). Je tiens aussi à préciser que le par. 133(1) crée une situation où, au départ, le commettant est responsable de toute dette que l'entrepreneur a envers la Commission. Il n'importe pas qu'après coup le contrôle de l'actif de l'entrepreneur passe entre d'autres mains.

VI. Conclusions and Disposition

VI. Conclusions et dispositif

209

By way of summary, it may be helpful to state my conclusions:

En résumé, il pourrait être utile de formuler mes conclusions:

1. There is no conflict between s. 133(1) of the Act and the *Bankruptcy Act*. Consequently, s. 133(1), although not primarily designed for the bankruptcy context, is applicable and operative if and when the contractor whose delinquency gave rise to

1. Il n'y a pas de conflit entre le par. 133(1) de la Loi et la *Loi sur la faillite*. En conséquence, même si le par. 133(1) n'est pas destiné principalement à s'appliquer dans le contexte de la faillite, il est applicable et opérant si l'entrepreneur, dont le défaut est

the Board's order against the principal files an assignment in bankruptcy.

2. There is no conflict, as the term is understood in paramountcy analysis, between s. 133(3) and the *Bankruptcy Act*, regardless of whether s. 133(3) is used for purposes of set-off or indemnification from the estate of the bankrupt. Section 133(3) is declaratory of the equitable right of set-off and indemnification. Such an equitable right arises upon the facts of this case and is reconcilable with the *Bankruptcy Act* by virtue of s. 97(3).
3. In terms of constitutional analysis, the simple fact that a provincial undertaking may have an effect upon a bankruptcy does not necessarily mean that such an undertaking is to be nullified under paramountcy analysis. Further, the fact that the Board might be able to recover more money as a result of s. 133 does not mean that this provision is in operational conflict with the *Bankruptcy Act*. Operational conflict means that compliance with the provincial statute means offending the federal one. But the two pieces of legislation involved here are complementary.
4. The Court of Appeal erred in law in asserting that the "quartet" of Supreme Court of Canada cases, *Re Bourgault*, *Deloitte Haskins*, *Henfrey Samson*, and *FBDB*, are to be interpreted as invalidating any provincial law that affects the outcome of a bankruptcy.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Where a contractor as referred to in s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17, is in bankruptcy and but for the bankruptcy, the principal as referred to in s. 133 would be liable to pay the assessment due by the contractor under the Act, is s. 133 of the said Act inoperative or inappli-

à l'origine de l'ordonnance de la Commission contre le commettant, fait cession de ses biens.

2. Il n'y a pas de conflit, au sens donné à ce terme dans l'analyse de la règle de la prépondérance, entre le par. 133(3) et la *Loi sur la faillite*, peu importe la question de savoir si ce paragraphe est utilisé à des fins de compensation ou d'indemnisation sur l'actif du failli. Le paragraphe 133(3) déclare le droit de compensation et d'indemnisation en *equity*. Ce droit en *equity* résulte des faits de la présente affaire et est compatible avec la *Loi sur la faillite* en vertu du par. 97(3).
3. Du point de vue constitutionnel, le simple fait qu'une mesure provinciale puisse avoir une incidence sur une faillite ne signifie pas nécessairement que cette mesure doit être annulée en application de la règle de la prépondérance. De plus, le fait que la Commission puisse être en mesure de recouvrer plus d'argent en application de l'art. 133 ne signifie pas pour autant que cette disposition présente une incompatibilité d'application avec la *Loi sur la faillite*. Il y a incompatibilité d'application lorsque l'observance de la loi provinciale entraîne une contravention à la loi fédérale. Cependant, les deux textes législatifs visés en l'espèce se complètent.
4. La Cour d'appel a commis une erreur de droit lorsqu'elle a affirmé que le «quatuor» d'arrêts de la Cour suprême du Canada, les arrêts *Re Bourgault*, *Deloitte Haskins*, *Henfrey Samson* et *BFD*, doivent s'interpréter comme invalidant toute loi provinciale qui influe sur l'issue d'une faillite.

Je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Lorsque l'entrepreneur mentionné à l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, est en faillite et que, n'eût été cette faillite, le commettant mentionné à ce même article serait tenu de payer la cotisation due par l'entrepreneur en vertu de la Loi, l'art. 133 de ladite loi est-il inopérant

cable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, and in particular ss. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) and 198(a) thereof?

No.

2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?

No.

211 Consequently, I would allow the appeal with costs throughout and set aside the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal. I would remit the matter to trial in order to determine whether, on the facts of this case, the Board notice to pay was properly tendered under s. 133(1), whether Husky can (despite the assignment and the timing of the notice thereof) indemnify itself from the property of the bankrupt, and whether the amounts assessed were actually those which arose out of Metal Fab's work for Husky. If so, then the Board is statutorily entitled to recover the unpaid contributions from Husky and Husky, in turn, can set off these amounts from the hold-backs it has regarding the property of the bankrupt, which has been assigned to the Bank of Montreal. In the unlikely event of a shortfall between the contributions owing and the amount held back, Husky is entitled to file a claim for this shortfall as an unsecured creditor, unless it wishes to present legal submissions as to why it should be able to claim under s. 136(1)(h).

212 After these reasons were prepared, I had the benefit of reading the reasons of my colleague Gonthier J. I would like to offer a response on certain points. I am uncomfortable with reliance upon secondary sources — even sources as allegedly succinct and helpful as the article by Roman and Sweatman, *supra* — for interpretation of this Court's decisions. I believe that it is preferable to refer directly to the decisions, particularly when I find that the article in question advances proposi-

ou inapplicable en totalité ou en partie pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, et, en particulier, avec les art. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) et 198(a) de cette loi?

Non.

2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?

Non.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le renvoi avec dépens dans toutes les cours et d'affirmer l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan. J'ordonnerais un renvoi à procès pour qu'il soit déterminé si, compte tenu des faits de la présente affaire, l'avis de paiement de la Commission a été régulièrement donné en vertu du par. 133(1), si Husky peut (malgré la cession et le moment où avis en a été donné) s'indemniser sur les biens du failli, et si les cotisations calculées visaient bel et bien le travail effectué par Metal Fab pour Husky. Dans l'affirmative, la Commission est alors légalement habilitée à recouvrer auprès de Husky les cotisations impayées, et cette dernière peut à son tour opérer compensation entre ces montants et les retenues de garantie qu'elle possède relativement aux biens du failli, qui ont été cédés à la Banque de Montréal. Dans l'éventualité peu probable où le montant des retenues de garantie serait inférieur aux cotisations dues, Husky aurait le droit de produire une réclamation pour la somme manquante à titre de créancier non garanti, à moins qu'elle ne désire présenter des arguments de droit quant aux motifs pour lesquels elle devrait être en mesure de faire une réclamation fondée sur l'al. 136(1)(h).

Après avoir rédigé les présents motifs, j'ai pris connaissance de ceux de mon collègue le juge Gonthier. J'aimerais répondre à certains points qu'il soulève. J'ai de la difficulté à m'en remettre à des sources secondaires — même à des sources qui seraient aussi succinctes et utiles que l'article de Roman et Sweatman, *loc. cit.* — pour interpréter les arrêts de notre Cour. À mon avis, il est préférable de se référer aux arrêts eux-mêmes étant donné, particulièrement, que je suis d'avis que cet

tions which I find problematic in the so-called “effect” aspect, which I will now discuss.

My understanding of the concept of “effect” in this Court’s federalism jurisprudence is that both *vires* and paramountcy analyses hinge upon the *extent* of the effect. “An” effect on a federal sphere is, by itself, insufficient to invalidate provincial legislation. Rather, there must be a relatively substantial effect (i.e., an effect that is more than incidental or ancillary). Where this is so, the operational conflict must be express, as I have mentioned in these reasons; upon finding such an operational conflict, the provincial legislation will yield to the federal legislation to the extent of the conflict. In so far as my colleague has introduced some further refinements on this traditional analysis, dealing with exclusive as opposed to concurrent or overlapping jurisdictions, and invoking a separate concept or doctrine of “applicability” in this context, I, with respect, find this somewhat confusing. In short, it seems to me to confuse the doctrines of *vires* and paramountcy, as these have been traditionally understood, and I do not read the *Deloitte Haskins and Bank of Montreal* cases as supporting such a departure.

Appeal dismissed with costs, SOPINKA, CORY, IACOBUCCI and MAJOR JJ. dissenting. Section 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) of The Workers’ Compensation Act, 1979, operates in tandem with s. 133(3). Section 133 was inapplicable when the contractor entered bankruptcy.

Solicitors for the appellant: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the respondent Husky Oil Operations Ltd.: Hleck, Kanuka, Thuringer, Regina.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in right of Canada, as represented by the Minister of National Revenue: The Attorney General of Canada, Ottawa.

article énonce des propositions que je juge problématiques relativement à ce qu’on appelle l’aspect de l’«effet», que je vais maintenant examiner.

Selon mon interprétation du concept de l’«effet», que l’on trouve dans les arrêts de notre Cour touchant le fédéralisme, l’analyse de la compétence et celle de la prépondérance dépendent de l’étendue de l’effet. L’existence d’«un» effet sur un chef de compétence fédérale n’est pas suffisante pour invalider une loi provinciale. Cet effet doit être relativement important (c.-à-d. qu’il doit être plus qu’incident ou accessoire). Le cas échéant, l’incompatibilité d’application doit être explicite, comme je l’ai mentionné dans les présents motifs; dès que l’on conclut à l’existence d’une telle incompatibilité d’application, la loi provinciale cède le pas à la loi fédérale dans la mesure de cette incompatibilité. En toute déférence, je trouve cela quelque peu déroutant dans la mesure où mon collègue introduit, dans cette analyse traditionnelle, d’autres précisions sur la compétence exclusive par rapport à la compétence concurrente ou au chevauchement de compétence, qui font appel à une notion ou règle distincte en matière d’«applicabilité». Bref, il me semble qu’il y a confusion des principes de la compétence et de la prépondérance, au sens traditionnel, et je ne considère pas que les arrêts *Deloitte Haskins* et *Banque de Montréal* justifient une telle dérogation.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges SOPINKA, CORY, IACOBUCCI et MAJOR sont dissidents. L’article 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) de The Workers’ Compensation Act, 1979, s’appliquent ensemble. L’article 133 était inapplicable lorsque l’entrepreneur a fait faillite.

Procureurs de l’appelante: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs de l’intimée Husky Oil Operations Ltd.: Hleck, Kanuka, Thuringer, Regina.

Procureur de l’intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre du Revenu national: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Solicitor for the respondents Her Majesty The Queen in right of the Province of Saskatchewan, as represented by the Minister of Human Resources, Labour and Employment, and Her Majesty The Queen in right of the province of Saskatchewan, as represented by the Minister of Finance: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the respondent Bank of Montreal: Balfour, Moss, Saskatoon.

Solicitors for the respondents Eric Zimmerman, Garth Price, Trevor Brown, Arthur Gingras, Kelly Houston, Darcy Kuzio, Hans Bohle, Charles Pshebenicki and Terry Sapergia: Pederson, Norman, McLeod, Regina.

Solicitors for the respondent SBW—Wright Construction Inc.: Gauley & Co., Regina.

Solicitors for the respondent Campbell West (1991) Ltd.: McKercher, McKercher, Laing & Whitmore, Regina.

Solicitors for the respondent Fuller Austin Insulation Inc.: Johnston, Bennett & Sholter, Lloydminster.

Solicitors for the respondent United Industrial Equipment Rentals Ltd.: Kirzinger, Hall, Revering & Wells, Lloydminster.

Solicitors for the respondent ATCO Enterprises Ltd.: Nussbaum & Burrows, Saskatoon.

Solicitors for the respondent Deloitte & Touche Inc., as Trustee in Bankruptcy of the Estate of Metal Fabricating & Construction Ltd.: MacDermid, Lamarsh, Saskatoon.

Solicitor for the respondent the Attorney General for Saskatchewan: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

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

Procureur des intimées Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan, représentée par le ministre des Ressources humaines, du Travail et de l'Emploi, et Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan, représentée par le ministre des Finances: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intimée la Banque de Montréal: Balfour, Moss, Saskatoon.

Procureurs des intimés Eric Zimmerman, Garth Price, Trevor Brown, Arthur Gingras, Kelly Houston, Darcy Kuzio, Hans Bohle, Charles Pshebenicki et Terry Sapergia: Pederson, Norman, McLeod, Regina.

Procureurs de l'intimée SBW—Wright Construction Inc.: Gauley & Co., Regina.

Procureurs de l'intimée Campbell West (1991) Ltd.: McKercher, McKercher, Laing & Whitmore, Regina.

Procureurs de l'intimée Fuller Austin Insulation Inc.: Johnston, Bennett & Sholter, Lloydminster.

Procureurs de l'intimée United Industrial Equipment Rentals Ltd.: Kirzinger, Hall, Revering & Wells, Lloydminster.

Procureurs de l'intimée ATCO Enterprises Ltd.: Nussbaum & Burrows, Saskatoon.

Procureurs de l'intimée Deloitte & Touche Inc., syndic de faillite de l'actif de Metal Fabricating & Construction Ltd.: MacDermid, Lamarsh, Saskatoon.

Procureur de l'intimé le procureur général de la Saskatchewan: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Workers' Compensation Board of Ontario: The Workers' Compensation Board of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Workers' Compensation Board of British Columbia: The Workers' Compensation Board of British Columbia, Richmond.

Solicitor for the intervener the Workers' Compensation Board of Alberta: The Workers' Compensation Board of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Workers' Compensation Health and Safety Board of Yukon: Preston, Hillis & Co., Whitehorse.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenante la Commission des accidents du travail de l'Ontario: La Commission des accidents du travail de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique: La Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique, Richmond.

Procureur de l'intervenante la Workers' Compensation Board de l'Alberta: La Workers' Compensation Board de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante la Commission de la santé et de la sécurité au travail du Yukon: Preston, Hillis & Co., Whitehorse.