

ONGLET 17

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Royal Bank of Canada *Respondent*

INDEXED AS: ROYAL BANK OF CANADA v. SPARROW ELECTRIC CORP.

File No.: 24713.

1996: June 19; 1997: February 27.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Crown — Priority — Employee source deductions not paid by company in receivership — Company's inventory subject to fixed charge and to Bank Act security — Whether bank had priority to proceeds of sale of inventory over statutory trust in favour of Her Majesty — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, s. 427 — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 153, 227(4), (5) — Personal Property Security Act, S.A. 1988, c. P-4.05, s. 28(1).

Banks and banking operations — Security — Company's inventory subject to fixed charge and to Bank Act security — Employee source deductions not paid by company in receivership — Whether bank had priority to proceeds of sale of inventory over statutory trust in favour of Her Majesty — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, s. 427 — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 153, 227(4), (5) — Personal Property Security Act, S.A. 1988, c. P-4.05, s. 28(1).

The Royal Bank secured a loan made to Sparrow Electric with a general security agreement (GSA) covering Sparrow's present and after-acquired property and with *Bank Act* security (BAS) created by an assignment of inventory under s. 427 of the *Bank Act*. When Sparrow experienced financial difficulties, a standstill agreement was executed. This agreement allowed Sparrow to continue its business but permitted the bank, on default, to appoint a receiver and enforce its security. A receiver

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Banque Royale du Canada *Intimée*

RÉPERTORIÉ: BANQUE ROYALE DU CANADA c. SPARROW ELECTRIC CORP.

N° du greffe: 24713.

1996: 19 juin; 1997: 27 février.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Couronne — Priorité de rang — Retenues sur la paye d'employés non versées par la compagnie sous séquestre — Biens figurant dans l'inventaire de la compagnie assujettis à un privilège fixe et à une garantie de la Loi sur les banques — La banque avait-elle priorité de rang sur la fiducie légale constituée en faveur de Sa Majesté relativement au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 427 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 153, 227(4), (5) — Personal Property Security Act, S.A. 1988, ch. P-4.05, art. 28(1).

Banques et opérations bancaires — Garantie — Biens figurant dans l'inventaire de la compagnie assujettis à un privilège fixe et à une garantie de la Loi sur les banques — Retenues sur la paye d'employés non versées par la compagnie sous séquestre — La banque avait-elle priorité de rang sur la fiducie légale constituée en faveur de Sa Majesté relativement au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 427 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 153, 227(4), (5) — Personal Property Security Act, S.A. 1988, ch. P-4.05, art. 28(1).

La Banque Royale a garanti un prêt consenti à Sparrow Electric au moyen d'une convention de garantie générale (CGG) portant sur les biens que Sparrow possédait alors ou qu'elle acquerrait par la suite, et au moyen d'une garantie de la *Loi sur les banques* (GLB) résultant d'une cession des biens figurant dans l'inventaire de l'entreprise, consentie en vertu de l'art. 427 de la *Loi sur les banques*. Lorsque Sparrow a éprouvé des difficultés financières, un moratoire a été conclu. Ce

was appointed in November 1992 at which time it was discovered that Sparrow had not been remitting its payroll deductions as required by s. 153 of the *Income Tax Act (ITA)*. It is probable that these defaults had occurred in 1992. In January 1993, the receiver received court permission to sell Sparrow's assets. An amount from the proceeds of sale equivalent to that owing the federal government was ordered to be held in trust pending resolution as to entitlement. The bank claimed priority based on its GSA and its BAS, which entitled it to inventory proceeds. The federal government's claim was based on the s. 227 *ITA* deemed trust provisions, which created a deemed statutory trust in the moneys deducted from wages but not remitted to Her Majesty.

On the first application to determine priority, the deemed trust was held to take priority over the GSA. On a subsequent application by the bank for a determination of whether its BAS took priority over the deemed trust, the Court of Queen's Bench found that the deemed trust took priority. The Court of Appeal found that the BAS took priority over the deemed trust. At issue here is whether the s. 227(5) *ITA* deemed trust takes priority over a previously executed GSA and a previously executed BAS with respect to the proceeds of the sale of the inventory.

Held (La Forest, Gonthier and Cory JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

(1) *Section 227(4) and (5) of the Income Tax Act*

Although the employer, at the point of withholding, becomes the trustee of a fund which is in law the property of its employee, s. 227(4) *ITA* has the effect of making Her Majesty the beneficiary under that trust. A conceptual difficulty arises when the tax debtor fails to set aside moneys which are to be remitted. The subject of Her Majesty's beneficial interest at that point becomes intermingled with the general assets of the tax debtor and Her Majesty's claim then becomes that of a beneficiary under a non-existent trust. Subsections (4) and (5) of s. 227 resolve this conceptual dilemma by clearly and unambiguously rendering amounts unremitted as held in

moratoire permettait à Sparrow de poursuivre ses activités, mais autorisait la banque, en cas de défaut de la part de Sparrow, à nommer un séquestre et à réaliser sa garantie. Un séquestre a été nommé en novembre 1992, au moment où on a découvert que Sparrow avait omis de verser les retenues sur la paye qu'elle avait effectuées et qu'elle était tenue de verser en vertu de l'art. 153 de la *Loi de l'impôt sur le revenu (LIR)*. Il est probable que ces omissions sont survenues en 1992. En janvier 1993, le séquestre a obtenu une autorisation judiciaire de vendre des éléments d'actifs de Sparrow. Il a été ordonné qu'un montant tiré du produit de la vente et équivalant à la somme due au gouvernement fédéral soit détenu en fiducie jusqu'à ce que l'on ait décidé qui y aurait droit. La banque a revendiqué une priorité de rang fondée sur sa CGG et sa GLB, qui lui donnait droit au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire. La demande du gouvernement fédéral était fondée sur les dispositions en matière de fiducie réputée de l'art. 227 *LIR*, qui créaient une fiducie légale réputée relativement aux retenues sur la paye non versées à Sa Majesté.

À la suite de la première demande de détermination de l'ordre de priorité, il a été conclu que la fiducie réputée avait priorité de rang sur la CGG. Lors d'une demande subséquente présentée par la banque en vue de faire déterminer si la GLB qu'elle détenait avait priorité de rang sur la fiducie réputée, la Cour du Banc de la Reine a statué que la fiducie réputée avait priorité de rang. La Cour d'appel a décidé que la GLB avait priorité sur la fiducie réputée. Il s'agit en l'espèce de savoir si la fiducie réputée détenue en vertu du par. 227(5) *LIR* a priorité de rang sur une CGG et une GLB antérieures, quant au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire.

Arrêt (les juges La Forest, Gonthier et Cory sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

(1) *Les paragraphes 227(4) et (5) de la Loi de l'impôt sur le revenu*

Quoique l'employeur devienne, au moment d'effectuer les retenues, le fiduciaire de sommes qui, en droit, appartiennent à ses employés, le par. 227(4) *LIR* a pour effet de faire de Sa Majesté le bénéficiaire de cette fiducie. Une difficulté conceptuelle survient lorsque le débiteur fiscal omet de mettre de côté les sommes qui doivent être versées. L'objet du droit que Sa Majesté possède à titre bénéficiaire se confond alors avec l'ensemble de l'actif du débiteur fiscal et la créance de Sa Majesté devient alors celle d'un bénéficiaire d'une fiducie inexistante. Ce dilemme conceptuel est résolu par les par. 227(4) et (5) qui prévoient clairement et nettement

trust for Her Majesty. In particular, s. 227(5) is designed to, upon liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, seek out and attach Her Majesty's beneficial interest to property of the debtor which is in existence at that time. The trust is not a real trust, as its subject matter cannot be identified from the date of the trust's creation. However, s. 227(5) has the effect of revitalizing the trust whose subject matter has lost all identity. This identification of the subject matter of the trust therefore occurs *ex post facto*. Her Majesty has a statutory right to access whatever assets the employer then has, and may realize from those assets the original trust debt. This interpretation is consistent with the scheme of distribution under the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

The s. 227(5) deemed trust operates to Her Majesty's benefit in a secondary manner. Under it, Her Majesty's interest can attach retroactively to disputed collateral if the competing security interest has attached after the deductions giving rise to Her Majesty's claim in fact occurred. Conceptually, the s. 227(5) deemed trust allows that claim to go back in time and attach its outstanding s. 227(4) interest to the collateral before that collateral became subject to a fixed charge. The same result occurs when a statutory lien attaches prior to the mortgaging of disputed collateral. Here, the deductions of tax from the employees' pay cheques occurred after the attachment of the bank's fixed charge to the inventory, so this second aspect of s. 227(5)'s operation did not arise.

The mechanism of s. 227(5) cannot accurately be described as a means of "tracing"; indeed, this subsection is antithetical to tracing in the traditional sense in that it requires no link at all between the subject matter of the trust and the fund or asset into which the subject matter is being traced. Section 227(5) is more accurately described as a "relaxation of the equitable tracing rules".

Section 227(5) does not permit Her Majesty to attach Her beneficial interest to property which, at the time of liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, in law belongs to a party other than the tax debtor. Subsections (4) and (5) of s. 227 are manifestly directed towards the property of the tax debtor, and it would be contrary to well-established authority to stretch the

que les sommes non versées sont conservées en fiducie pour Sa Majesté. En particulier, le par. 227(5) vise, en cas de liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, à rattacher le droit que Sa Majesté détient à titre bénéficiaire aux biens que le débiteur possède alors. La fiducie n'est pas réelle, étant donné que son objet ne peut être identifié à compter de la date de création de la fiducie. Cependant, le par. 227(5) a pour effet de revitaliser la fiducie dont l'objet a perdu toute identité. L'identification de l'objet de la fiducie est donc faite après coup. La Loi confère à Sa Majesté un droit d'accès à tous les éléments d'actif, quels qu'ils soient, que l'employeur possède alors, au moyen desquels elle peut réaliser la fiducie initiale dont elle est bénéficiaire. Cette interprétation est compatible avec le régime de répartition établi par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

La fiducie réputée visée au par. 227(5) profite à Sa Majesté d'une manière accessoire, en ce sens que le par. 227(5) permet de rattacher rétroactivement le droit de Sa Majesté au bien en litige donné en garantie, si la garantie concurrente s'est concrétisée après que les déductions à l'origine de la créance de Sa Majesté eurent été faites. Sur le plan conceptuel, la fiducie réputée, visée au par. 227(5), permet à la créance de Sa Majesté de s'appliquer rétroactivement et de rattacher le droit qu'elle possède en vertu du par. 227(4) au bien donné en garantie avant qu'il devienne grevé d'un privilège fixe. La même chose se produit lorsqu'un privilège légal s'applique avant la constitution d'une hypothèque sur un bien en litige donné en garantie. En l'espèce, les retenues fiscales sur la paye des employés ont été effectuées après que le privilège fixe de la banque eut grevé les biens figurant dans l'inventaire, de sorte que ce second aspect de l'application du par. 227(5) n'est pas en cause.

Il n'est pas exact de qualifier le mécanisme du par. 227(5) de moyen de «retracer l'origine d'un bien»; en fait, le sens de ce paragraphe est à l'opposé du sens traditionnel du mot «retracer», étant donné qu'il n'exige aucun lien entre l'objet de la fiducie et le fonds ou l'actif auquel on rattache cet objet. Il est plus exact de dire que le par. 227(5) constitue un «assouplissement des règles d'*equity* quant à l'origine d'un bien».

Le paragraphe 227(5) ne permet pas à Sa Majesté de faire valoir son droit à titre bénéficiaire sur un bien qui, au moment de la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, appartient à quelqu'un d'autre que le débiteur fiscal. Les paragraphes 227(4) et (5) visent manifestement les biens du débiteur fiscal, et il serait contraire à une jurisprudence bien établie de forcer le sens du

interpretation of s. 227(5) to permit the expropriation of the property of third parties who are not specifically mentioned in the statute.

Therefore, the proper analysis in determining whether Her Majesty is entitled to priority pursuant to these subsections must utilize principles of property law. The nature of the interests competing with those of Her Majesty must be scrutinized in order to determine whether and to what extent such interests have title in the disputed fund. If it is found that legal title in the collateral is in the bank, and not Sparrow, Her Majesty's deemed trust could only attach to Sparrow's equity of redemption.

The "statutory trust" approach can be distinguished from other legislative methods, such as an explicit "Crown priority" provision, used to secure an interest to unremitted payroll deductions. The application of such a provision to a priority competition can proceed without regard to the quality of the "security interest" which competes with Her Majesty's claim. Such a provision simply transfers title in the collateral to Her Majesty regardless of whose interest may compete with it, so long as its requirements are met.

(2) *Characterization of the Bank's Interests*

The bank's interest in Sparrow's inventory must be characterized as either a floating charge or a fixed and specific charge. A specific charge is one that, without more, fastens on ascertained and definite property or property capable of being ascertained and defined. A floating charge floats with the property which it is intended to affect until it crystallizes. Crystallization occurs upon the default of the debtor and transforms the interest into a fixed and specific charge over the inventory. The critical significance of the characterizing of an interest as being fixed or floating is that it describes the extent to which a creditor can be said to have a proprietary interest in the collateral. During the period in which a charge over inventory is floating, the creditor possesses no legal title to that collateral and a statutory trust or lien attaching during this time will attach to the debtor's interest and take priority over a subsequently crystallized floating charge. A security interest characterized as a fixed and specific charge, however, will take priority over a subsequent statutory lien or charge because all

par. 227(5) de manière à permettre l'expropriation des biens de tiers non mentionnés expressément dans la Loi.

Par conséquent, pour déterminer si Sa Majesté a droit à la priorité de rang en vertu de ces paragraphes, il faut recourir aux principes du droit des biens. Il faut examiner en profondeur la nature des droits qui sont en concurrence avec ceux de Sa Majesté, afin de déterminer dans quelle mesure, le cas échéant, ces droits s'appliquent aux fonds en litige. Si l'on conclut que c'est la banque, et non Sparrow, qui est légalement propriétaire du bien donné en garantie, la fiducie réputée de Sa Majesté ne pourra grever que le droit de rachat que possède Sparrow.

La méthode de la «fiducie légale» peut être distinguée d'autres méthodes que le législateur utilise pour garantir un droit à des retenues sur la paye non versées, dont le recours à une disposition expresse de la «priorité de rang de Sa Majesté». L'application d'une telle disposition dans une situation de concurrence pour la priorité de rang peut avoir lieu sans égard à la qualité de la «garantie» qui est en concurrence avec la créance de Sa Majesté. Cette disposition transfère simplement à Sa Majesté le droit de propriété sur le bien donné en garantie sans égard aux droits de qui que ce soit qui peuvent être en concurrence avec ce droit de propriété, pourvu que l'on ait satisfait à ses exigences.

(2) *La qualification des droits de la banque*

Le droit de la banque sur les biens figurant dans l'inventaire de Sparrow doit être qualifié soit de privilège flottant, soit de privilège fixe et spécifique. Un privilège spécifique greve, sans plus, certains biens déterminés ou qui peuvent être déterminés. Un privilège flottant flotte au-dessus des biens qu'il est destiné à grever, jusqu'à ce qu'il se cristallise. La cristallisation survient dès que le débiteur est en défaut, et transforme le droit en question en un privilège fixe et spécifique sur les biens figurant dans l'inventaire. L'importance cruciale de qualifier un droit de fixe ou de flottant réside dans le fait que cette qualification décrit la mesure dans laquelle on peut dire qu'un créancier possède un droit de propriété sur le bien donné en garantie. Pendant la période où un privilège sur les biens figurant dans un inventaire est flottant, le créancier ne possède aucun droit de propriété sur ces biens donnés en garantie, et une fiducie ou un privilège légal grevant ces biens pendant cette période grevera le droit du débiteur et aura priorité de rang sur le privilège flottant subséquentment cristallisé. Cependant, une

that the lien can attach to is the debtor's equity of redemption in the collateral.

Common law principles did not alter the effect that legislation may have on the characterization of security interests. Here, the Alberta *Personal Property Security Act (PPSA)* and the *Bank Act* are determinative of the characterization of the bank's GSA and BAS, respectively. The *PPSA* explicitly removes statutory trusts from its operation and accordingly does not govern the priority competition between a statutory trust and a security interest. The Act's effect, however, fundamentally changes the characterization of security interests. Generally speaking, absent an express intention to the contrary, a security interest in all present and after-acquired personal property will attach when that agreement is executed by the parties. Once attachment has occurred, the GSA becomes in law a fixed and specific charge over the collateral. For these reasons, the GSA held by the respondent bank must be characterized as a fixed and specific charge with a licence to deal with the inventory that arose because of the bank's granting Sparrow permission to sell the encumbered inventory. The fixed charge attached on the agreement's execution.

Similarly, security taken under the *Bank Act* is in the nature of a fixed and specific charge. The concept of the fixed charge is correlative to the notion of a creditor's having legal proprietary rights in the collateral. It is misleading to suggest that s. 427 security is in the nature of a floating charge because the bank effectively acquires legal title. Unlike a floating charge which may apply to all property of a specified kind held by the borrower from time to time but does not affix itself specifically upon any particular item of property until it crystallizes upon default by the borrower, s. 427 security is a fixed charge on each item of assigned property held from time to time whether or not the loan is in default. This gives a bank significantly greater rights than it would hold under a floating charge debenture on inventory. For this reason, the security interest of the bank in the form of BAS should be characterized as a fixed and specific charge with a licence to sell the inventory.

garantie qualifiée de privilège fixe et spécifique aura priorité de rang sur un privilège légal subséquent parce que tout ce que le privilège peut grever, c'est le droit de rachat que le débiteur possède sur le bien donné en garantie.

Les principes de common law n'ont pas modifié l'effet que les lois en cause peuvent avoir sur la qualification des garanties. En l'espèce, la *Personal Property Security Act (PPSA)* de l'Alberta et la *Loi sur les banques* sont déterminantes pour ce qui est de qualifier, respectivement, la CGG et la GLB de la banque. La *PPSA* soustrait explicitement les fiducies légales à son application et ne s'applique donc pas pour déterminer l'ordre de priorité entre une fiducie légale et une garantie. La *PPSA* a cependant pour effet de changer fondamentalement la qualification des garanties. De façon générale, en l'absence d'intention contraire explicite, une garantie accordée sur tous les biens meubles actuels et sur ceux acquis après la date de la convention grèvera ces biens dès la conclusion de la convention par les parties. Dès que la garantie grève un bien, la CGG devient, en droit, un privilège fixe et spécifique sur le bien donné en garantie. Pour ces motifs, la CGG de la banque intimée doit être qualifiée de privilège fixe et spécifique, assorti d'une permission d'aliéner les biens figurant dans l'inventaire en raison de la permission de vendre les biens d'inventaire grevés, que la banque a accordée à Sparrow. Ce privilège fixe a grevé les biens en cause dès la conclusion de la convention.

De même, une garantie consentie en vertu de la *Loi sur les banques* tient d'un privilège fixe et spécifique. Le concept du privilège fixe correspond à la notion d'un créancier qui a les droits de propriété sur le bien donné en garantie. Il est trompeur de laisser entendre que la garantie prévue par l'art. 427 tient d'un privilège flottant parce que la banque acquiert effectivement le droit de propriété. Contrairement à un privilège flottant qui peut s'appliquer à tous les biens d'une catégorie donnée que l'emprunteur détient, mais qui ne greève pas spécifiquement l'un de ces biens tant qu'il ne s'est pas cristallisé à la suite du défaut de l'emprunteur, la garantie consentie en vertu de l'art. 427 est un privilège fixe qui s'applique à chacun des biens cédés, peu importe que l'emprunteur soit en défaut ou non. Cela confère à la banque des droits beaucoup plus grands que s'il s'agissait d'une obligation à charge flottante s'appliquant aux biens de l'inventaire. Pour ce motif, la garantie que la banque détient sous forme de GLB tient d'un privilège fixe et spécifique assorti d'une permission de vendre les biens figurant dans l'inventaire.

The traditional concept of the fixed charge seems to be at odds with the notion of having a proprietary right over collateral such as after-acquired inventory which is not yet in existence at the time the security agreement is executed. A fixed charge over all present and future inventory represents a proprietary interest over a dynamic collective of present and future assets. The conception of this form of charge must change to meet the modern realities of commercial law and in particular the legislative provisions which have been brought to bear in this appeal. In effect, the fixed and specific charge gives to the secured creditor the title (subject to the debtor's equitable right of redemption) to the present inventory of the debtor, as well as the after-acquired inventory of the debtor. In this way, the secured creditor becomes the legal owner of inventory as it comes into possession of the debtor.

Where a secured creditor holds a fixed charge over a debtor's inventory, that charge will have the effect of ensuring the creditor has legal title to any and all inventory subject to the charge at any given time, subject to the caveat (not operative here) that no outstanding statutory payroll deductions had in fact been made prior to the attachment of the fixed charge. Here, the inventory which was subject to the liquidation sale belonged in law to the respondent bank: both under its GSA and its BAS the bank held a fixed charge over Sparrow's inventory. Her Majesty's beneficial interest accordingly could only attach, before its sale, to Sparrow's equity of redemption in the property.

(3) *Licence Theory*

Per Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The security interests that the respondent has under the *Bank Act* and the *PPSA* take priority over the deemed trust that arises in favour of Her Majesty by operation of s. 227(4) *ITA*. While the former interests are subject to a licence to sell, that licence is not nearly so broad as to encompass the satisfaction of income tax obligations. A licence to sell inventory authorizes at most only the satisfaction of obligations that are immediately incidental to an actual sale of the inventory.

Le concept traditionnel du privilège fixe semble incompatible avec l'idée de possession d'un droit de propriété sur des biens donnés en garantie tels que les biens d'inventaire acquis après coup qui n'existent pas encore au moment où la convention de garantie est conclue. Un privilège fixe sur tous les biens présents et futurs d'un inventaire représente un droit de propriété sur un ensemble dynamique d'éléments d'actif présents et futurs. La conception de cette forme de privilège doit évoluer en fonction des réalités contemporaines du droit commercial et, en particulier, des dispositions législatives qui ont été invoquées dans la présente affaire. En effet, le privilège fixe et spécifique confère au créancier garanti (sous réserve du droit de rachat que le débiteur possède en *equity*) le droit de propriété sur les biens actuels de l'inventaire du débiteur, de même que sur les biens de l'inventaire que ce dernier acquiert après coup. Le créancier garanti devient ainsi légalement propriétaire des biens de l'inventaire au fur et à mesure qu'ils entrent en la possession du débiteur.

Lorsqu'un créancier garanti détient un privilège fixe sur les biens figurant dans l'inventaire d'un débiteur, ce privilège aura en tout temps pour effet d'assurer que le créancier possède un droit de propriété sur tous les biens d'inventaire assujettis au privilège, à la condition (non applicable en l'espèce) qu'aucune retenue sur la paye n'ait été effectuée, sans être versée, avant l'application du privilège fixe. Dans le présent pourvoi, les biens figurant dans l'inventaire qui ont fait l'objet d'une vente de liquidation appartenaient en droit à la banque intimée: la banque détenait, tant en vertu de sa CGG que de sa GLB, un privilège fixe sur les biens de l'inventaire de Sparrow. Le droit que Sa Majesté possédait à titre bénéficiaire ne pouvait donc s'appliquer avant la vente qu'au droit de rachat que Sparrow détenait en *equity* sur les biens.

(3) *La thèse de la permission*

Les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major: Les garanties ou sûretés que l'intimée possède en vertu de la *Loi sur les banques* et de la *PPSA* ont priorité de rang sur la fiducie réputée qui prend naissance en faveur de Sa Majesté en vertu du par. 227(4) *LIR*. Bien que les garanties en vertu de la *Loi sur les banques* et de la *PPSA* soient assujetties à une permission de vendre, cette permission est loin d'avoir une portée assez large pour englober l'exécution d'obligations fiscales. Une permission de vendre des biens figurant dans un inventaire permet tout au plus d'exécuter les obligations directement rattachées à la vente réelle de ces biens.

The licence theory holds that a bank's security interest in a debtor's inventory, whether fixed and specific, is subject to a licence in the debtor to deal with that inventory in the ordinary course of business. The point is that the bank's claim to the inventory must as a consequence give way to any debts incurred in the ordinary course of business. In theory, a creditor who has granted a licence to sell inventory has thereby consented to his security interest's being subject to other obligations that may arise "in the ordinary course of business". The licence is thus supposed to afford evidence of the respondent's intention to take less than an entire security interest in the inventory.

The licence affords no such evidence. The potential sale of the inventory does not amount to an actual limitation of the security interest. A great difference exists between saying, on the one hand, that if a debtor sells inventory and applies the proceeds to a debt to a third party, then the third party takes the proceeds free of any security interest and saying, on the other hand, that because a third party could take the proceeds free of any security interest, no security interest exists in the proceeds as against that third party. A licence to sell inventory in the ordinary course of business is a condition of the former kind. The consequent (defeasance of the security interest) follows only if the antecedent (sale of the inventory and application of proceeds to an obligation to a third party) is satisfied. The security interest in the inventory disappears only if the debtor actually sells the inventory and applies the proceeds to a debt to a third party.

In accordance with s. 28(1) *PPSA*, the result of a sale of inventory is to give the purchaser an unencumbered interest in the inventory and the licensor a continuing security interest in the proceeds of the sale. Only if the debtor subsequently uses the proceeds to satisfy an obligation to a third party will the proceeds be removed from the scope of the licensor's security interest in them. Accordingly, a security agreement with a licence to sell creates a defeasible interest; but the event of defeasance is the actual sale of the inventory and the actual application of the proceeds against an obligation to a third party.

La thèse de la permission veut que, bien que la garantie qu'une banque possède sur les biens figurant dans l'inventaire d'un débiteur soit fixe et spécifique, elle soit assujettie à la permission qu'a le débiteur d'aliéner ces biens dans le cours normal de ses affaires. Cela signifie que les droits que la banque peut faire valoir sur les biens figurant dans l'inventaire doivent, en conséquence, céder le pas aux dettes contractées dans le cours normal des affaires. En théorie, un créancier qui a accordé la permission de vendre les biens figurant dans un inventaire a, de ce fait, consenti à ce que sa garantie soit assujettie à d'autres obligations pouvant prendre naissance «dans le cours normal des affaires». La permission est donc censée fournir la preuve de l'intention de l'intimée d'accepter moins qu'une garantie intégrale sur les biens de l'inventaire.

La permission ne prouve rien de tel. La vente potentielle des biens figurant dans l'inventaire n'équivaut pas à une restriction réelle de la garantie. Il existe une différence considérable entre affirmer, d'une part, que si un débiteur vend des biens de son inventaire et en utilise le produit pour rembourser une dette envers un tiers, ce tiers accepte alors ce produit libre de toute garantie, et affirmer, d'autre part, que puisqu'un tiers pourrait accepter le produit de la vente libre de toute garantie, le produit n'est grevé d'aucune garantie opposable à ce tiers. La permission de vendre les biens figurant dans un inventaire dans le cours normal des affaires est une condition du premier genre. La conséquence (l'extinction de la garantie) ne s'ensuit que si la condition préalable (la vente des biens figurant dans l'inventaire et l'utilisation du produit en découlant pour exécuter une obligation envers un tiers) est remplie. La garantie sur les biens figurant dans l'inventaire ne disparaît que si le débiteur vend réellement ces biens et utilise le produit de la vente pour rembourser une dette envers un tiers.

Conformément au par. 28(1) *PPSA*, la vente des biens figurant dans un inventaire a pour effet de conférer à l'acquéreur un droit libre de toute charge sur ces biens, et à la partie qui a donné la permission de vendre, une garantie permanente sur le produit de la vente. Ce n'est que si le débiteur utilise ensuite le produit pour s'acquitter d'une obligation envers un tiers que ce produit sera soustrait à la garantie que la partie qui a donné la permission de vendre possède sur celui-ci. Par conséquent, la convention de garantie assortie d'une permission de vendre crée un droit défectible, mais l'événement qui provoque l'extinction du droit est la vente réelle des biens figurant dans l'inventaire, suivie de l'utilisation réelle du produit en découlant pour exécuter une obligation envers un tiers.

By itself, s. 28(1) *PPSA* does not necessarily compel rejection of the broad interpretation of the licence to sell. However, the maxim *expressio unius est exclusio alterius* is appropriately invoked here to complete the argument. The statute prescribes certain consequences for the security interest that follow a dealing with inventory, and in particular, it prescribes the defeasance of the interest if the debtor actually sells the inventory and applies the proceeds to an obligation to a third party. Significantly, the statute does not contemplate a defeasance on the happening of any other event. The statute occupies the field and crowds out other possible interpretations of the licence.

Because the inventory in question was not sold pursuant to the licence, here the licence can have had no effect on the respondent's security interest. What the debtor might have done with the licence does not matter. If it were otherwise, the licence to sell inventory would entirely eviscerate the respondent's GSA.

The argument might be made that the deemed trust works by deeming an actual sale of the inventory to have been made. If this were correct, then it would not matter that the inventory was not actually sold pursuant to the licence. However, the deeming is not a mechanism for undoing an existing security interest, but rather a device for going back in time and seeking out an asset that was not, at the moment the income taxes came due, subject to any competing security interest. The deemed trust provision cannot be effective unless it is first determined that there is some unencumbered asset out of which the trust may be deemed. In this case the inventory was encumbered by the GSA.

The debtor's covenant in the GSA to pay all taxes was not part of the licence and was merely a covenant to obey the law. It adds nothing to s. 153(1) *ITA* and does not prescribe the outcome of a priority contest.

A number of policy considerations support this conclusion. Judicial innovation in this field risks legal uncertainty. Inventory financiers would have to provide against the risk that their security interest might be defeated by some rival claim. There is also a real possibility that recognition of a broad licence theory would obliterate the *PPSA* charge against inventory. If Parlia-

En soi, le par. 28(1) *PPSA* n'oblige pas nécessairement à rejeter l'interprétation large de la permission de vendre. Toutefois il convient, dans la présente affaire, d'invoquer la maxime *expressio unius est exclusio alterius* pour compléter l'argument. La Loi prévoit que l'aliénation de biens figurant dans un inventaire a certaines conséquences sur la garantie, et elle prévoit, notamment, l'extinction de la garantie si le débiteur vend réellement ces biens et utilise le produit de la vente pour exécuter une obligation envers un tiers. Fait révélateur, la Loi ne prévoit pas d'autres événements susceptibles d'entraîner l'extinction. La Loi est exhaustive et exclut toute autre interprétation de la permission de vendre.

Du fait que les biens figurant dans l'inventaire en question n'ont pas été vendus conformément à la permission donnée, cette permission n'a pu, en l'espèce, avoir aucun effet sur la garantie de l'intimée. Il n'importe pas de savoir ce que le débiteur aurait pu faire de la permission. S'il en était autrement, la permission de vendre les biens d'un inventaire ferait perdre tout son sens à la CGG de l'intimée.

On pourrait soutenir que la fiducie réputée s'applique en présument l'existence d'une vente réelle des biens figurant dans l'inventaire. Si cela était exact, il importerait peu que les biens figurant dans l'inventaire n'aient pas été réellement vendus conformément à la permission donnée. Toutefois, la présomption n'est pas un moyen de supprimer une garantie existante. Elle permet plutôt de retourner en arrière pour chercher un élément d'actif qui, au moment où l'impôt est devenu exigible, n'était pas assujéti à une garantie opposée. La disposition en matière de fiducie réputée ne peut s'appliquer que s'il est préalablement déterminé qu'il existe des éléments d'actifs libres de toute charge qui peuvent faire l'objet d'une fiducie réputée. Dans le présent pourvoi, les biens figurant dans l'inventaire étaient grevés par la CGG.

L'engagement à payer tous les impôts, que le débiteur a pris dans la CGG, ne fait pas partie de la permission donnée et n'est qu'un engagement à respecter la loi. Il n'ajoute rien au par. 153(1) *LIR* et ne prescrit pas non plus l'issue d'une lutte pour obtenir la priorité de rang.

Un certain nombre de considérations de principe appuient cette conclusion. L'innovation judiciaire dans ce domaine risque de susciter une incertitude juridique. Les financiers de biens figurant dans un inventaire devraient se prémunir contre le risque qu'une réclamation opposée fasse obstacle à leur garantie. Il se peut aussi réellement que la reconnaissance d'une thèse

ment wishes to do so, it may step in and assign absolute priority to the deemed trust. But in the absence of clear statutory language to that effect, the bank's GSA must prevail.

Per La Forest, Gonthier and Cory JJ. (dissenting): The critical issue here was the scope of the contractual licence. In particular, if the bank's consent included the right to sell the inventory in order to pay wages, then that consent by necessity included the right to sell inventory to remit payroll deductions. In such a situation, Her Majesty's interest would be able to attach to the proceeds of the inventory and so take priority over the bank's interest.

The licence theory operates, in the context of the statutory scheme at issue here, as an exception to the general rule that at the time of "liquidation, assignment, receivership or bankruptcy" Her Majesty's interest cannot attach to property which is at that time the property of a secured creditor. Where a secured creditor has consented to the use of its collateral when deductions are made in order to pay the statutory deductions which are the object of a deemed trust, that creditor has bound itself by the statutory requirements relating to those deductions. Here, therefore, the wage deductions at issue were made at a time when the bank had permitted the sale of inventory in order to pay wages (and thus wage deductions), and the bank's inventory existent at the time of receivership can accordingly be attached under s. 227(5).

The critical factor in the "licence to sell" argument is the permission which must be found to have been granted with respect to the usage of the proceeds of the disputed collateral. While licences are often expressed in terms of a "right to sell in the ordinary course of business", this permission is made with respect to the usage of proceeds, which is the proper focus of the inquiry, and not necessarily the circumstances of sale. Here, Sparrow was permitted to sell its inventory in the ordinary course of its business and "use" the proceeds generated therefrom.

The licence to sell inventory in the ordinary course of business in this case necessarily included a licence to sell inventory to pay wages, and remit wage deductions, in the course of Sparrow's business. Where, as here, the

générale de la permission réduit à néant le privilège constitué, en vertu de la *PPSA*, sur les biens figurant dans un inventaire. Le législateur peut, s'il le souhaite, intervenir et accorder la priorité absolue à la fiducie réputée. Cependant, en l'absence de termes clairs en ce sens, la CGG de la banque doit l'emporter.

Les juges La Forest, Gonthier et Cory (dissidents): La question cruciale, en l'espèce, est celle de la portée de la permission contractuelle en cause. En particulier, si le consentement de la banque comprenait le droit de vendre les biens de l'inventaire pour payer les salaires, alors ce consentement comprenait nécessairement le droit de vendre ces mêmes biens pour verser les retenues sur la paye. Le droit de Sa Majesté pourrait alors s'appliquer au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire et, ainsi, avoir priorité sur le droit de la banque.

Dans le contexte du régime législatif en cause dans le présent pourvoi, la thèse de la permission constitue une exception à la règle générale voulant qu'au moment de la «liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite», le droit de Sa Majesté ne puisse pas grever des biens qui sont la propriété d'un créancier garanti. Si, au moment où les retenues ont été effectuées, un créancier garanti a consenti à ce que les biens qui lui ont été donnés en garantie servent à verser les retenues exigées par la loi qui font l'objet de la fiducie réputée, ce créancier s'est assujéti aux obligations légales relatives à ces retenues. En conséquence, dans la présente affaire, au moment où les retenues sur la paye qui sont en cause ont été effectuées, la banque avait permis la vente des biens figurant dans l'inventaire pour payer les salaires (et ainsi les retenues sur la paye), et le par. 227(5) peut donc s'appliquer aux biens qui figuraient dans l'inventaire de la banque au moment de la mise sous séquestre.

Le facteur déterminant dans l'argument de la «permission de vendre» est la conclusion que cette permission a été accordée quant à l'utilisation du produit de la vente des biens en litige donnés en garantie. Bien que les permissions soient souvent données sous la forme d'un «droit de vendre dans le cours normal des affaires», c'est la permission quant à l'utilisation du produit qui doit être au centre de l'examen, et non pas nécessairement les circonstances de la vente. Dans la présente affaire, Sparrow avait la permission de vendre les biens de l'inventaire dans le cours normal de ses affaires et d'«utiliser» le produit de cette vente.

La permission de vendre les biens de l'inventaire dans le cours normal des affaires comprenait nécessairement, en l'espèce, la permission de les vendre pour payer les salaires et verser les retenues sur la paye dans

secured party has security over the majority of the assets of the debtor, the security interest over the inventory must permit the debtor to sell the inventory and put it to the general use of its business, including towards the payment of wages. The scope of the licence can be ascertained either from the express terms of the security agreement or from the nature of the agreement and the conduct of the parties. The licence here was to sell inventory in the "ordinary course of [Sparrow's] business . . . and use [the proceeds]" which renders it of such a quality as to include a right to use the proceeds to pay wages. A licence to sell inventory may in certain circumstances be circumscribed so as not to include a right to use the proceeds to pay wages.

The true test of whether the licence to sell inventory includes the right to pay wages is a matter of interpreting the contractual arrangement between the parties. The focus is not so much on the circumstances of the selling of inventory, but rather the permitted usage of the proceeds of inventory. Where the licence has a limited scope, that licence may not include the right to use proceeds to pay wages. However, the expression of a limited use for proceeds of inventory cannot prevail if the arrangement between the parties is such as to allow, in practice, the debtor to use the inventory proceeds in the course of its business. The test should be whether the debtor had the freedom to use these funds in the ordinary course of business as opposed to being under an obligation to remit them to the secured party.

The GSA contained an express licence permitting Sparrow to sell inventory in the course of its business and use the proceeds available; the BAS contained an implied licence to this effect. While it is true that the GSA contained a trust proceeds clause, this clause cannot have the effect of limiting the scope of the licence where the real arrangement between the parties was, as expressly stated, that Sparrow could use the proceeds of inventory in the course of its business. The bank in this case was not a small inventory financier who required Sparrow to remit proceeds of inventory to it immediately. To the contrary, the bank was a large scale lender who permitted Sparrow to use inventory sales to maintain the viability of its enterprise. Under the licence at issue here, the bank permitted Sparrow to sell inventory

le cours des affaires de Sparrow. Lorsque, comme c'est le cas ici, le créancier garanti détient une garantie sur la majorité des éléments d'actif du débiteur, la garantie applicable aux biens de l'inventaire doit permettre au débiteur de vendre ces biens et d'utiliser le produit pour les fins générales de son entreprise, y compris pour payer les salaires. La portée de la permission peut être déterminée soit à partir des termes mêmes de la convention de garantie, soit à partir de la nature de la convention et de la conduite des parties. Il s'agit en l'espèce d'une permission de vendre les biens de l'inventaire dans le «cours normal de[s] affaires [de Sparrow] [. . .] et [. . .] [d']utiliser [le produit]», qui fait en sorte qu'elle inclut le droit d'utiliser le produit pour payer les salaires. La permission de vendre les biens d'un inventaire peut, dans certaines circonstances, être limitée de manière à ne pas inclure le droit d'utiliser le produit pour payer des salaires.

Le véritable critère pour déterminer si la permission de vendre les biens figurant dans un inventaire inclut le droit de payer les salaires est une question d'interprétation de l'arrangement contractuel intervenu entre les parties. L'attention ne doit pas tant porter sur les circonstances de la vente des biens de l'inventaire que sur l'utilisation permise du produit de la vente de ces biens. Lorsque la permission a une portée limitée, il se peut qu'elle n'inclue pas le droit d'utiliser le produit de la vente pour payer les salaires. Toutefois, l'expression de restrictions quant à l'utilisation du produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire ne saurait prévaloir si l'arrangement entre les parties est de nature à permettre, en pratique, au débiteur d'utiliser le produit de cette vente dans le cours de ses affaires. Le critère devrait consister à déterminer si le débiteur était libre d'utiliser ces fonds dans le cours normal des affaires, au lieu d'être obligé de les verser au créancier garanti.

La CGG accordait expressément à Sparrow la permission de vendre les biens de l'inventaire dans le cours de ses affaires et d'utiliser le produit dont elle disposerait; la GLB comportait implicitement la même permission. Bien qu'il soit vrai que la CGG comportait une clause de produit en fiducie, cette clause ne peut pas avoir pour effet de limiter la portée de la permission alors que l'arrangement réel intervenu entre les parties voulait, comme cela a été précisé, que Sparrow puisse utiliser le produit de la vente des biens de l'inventaire dans le cours de ses affaires. Dans cette affaire, la banque n'était pas un petit financier de biens d'inventaire, qui exigeait que Sparrow lui verse immédiatement le produit de la vente des biens de l'inventaire. Au contraire, la banque était un gros bailleur de fonds qui permettait à Sparrow d'utiliser le produit de la vente des biens de

to pay wages and, necessarily, payroll deduction obligations.

The appellant's s. 227(5) deemed trust must take priority over the bank's security interests in the disputed collateral. The trust fund representing the deducted amounts, while without identified subject matter from the date of its inception, is capable of identifying property subject to that trust *ex post facto*. This result is not precluded with respect to the BAS by virtue of s. 428(1) of the *Bank Act*. Although s. 428(1) secures the respondent bank's proprietary right to the disputed collateral, the bank nevertheless consented to the divestment of this interest. Such a waiver of priority renders s. 428(1) of no assistance to the bank.

The licence theory, in addition to providing certainty in disputes between consensual and non-consensual security interests, achieves fairness in commercial law. In essence, the bank is willing to accept the benefits of Sparrow's non-payment of statutory deductions and has permitted the use of its collateral to pay these deductions, but refuses to accept the burden of Sparrow's unlawful action at the time of its receivership. It should be the policy of the law that the respondent bank be held accountable for Sparrow's outstanding statutory obligations. The licence theory ensures that in appropriate circumstances this result will obtain.

The licence theory does not go so far as to mean that every subsequent claim should prevail over the GSA because every rival claim might have to be satisfied out of the proceeds of a hypothetical sale of the inventory. The consent to pay wages is a necessary but not sufficient condition. It did not *simpliciter* lead to the conclusion that Her Majesty's interest must prevail. What is significant is that the bank consented to payment of wages, including deductions, out of inventory which, at the time of the deductions and upon actual payment of wages, were deemed by statute to be taken out of the estate of the debtor. The unique nature of the statutory provisions applicable to wage deductions, and the bank's consent thereto, are integral to the success of the s. 227(5) claim in the case at bar. In this way, the

l'inventaire pour maintenir la viabilité de son entreprise. Aux termes de la permission ici en cause, la banque permettait à Sparrow de vendre les biens de l'inventaire pour payer des salaires et, nécessairement, pour verser des retenues sur la paye.

La fiducie réputée dont bénéficie l'appelante en vertu du par. 227(5) doit avoir priorité de rang sur les garanties que la banque détient sur les biens en litige donnés en garantie. Le fonds en fiducie constitué des retenues effectuées, bien que sans objet identifié au moment de sa constitution, est capable de viser après coup les biens faisant l'objet de cette fiducie. Ce résultat n'est pas écarté relativement à la GLB en raison du par. 428(1) de la *Loi sur les banques*. Bien que le par. 428(1) garantisse le droit de propriété de la banque intimée sur les biens en litige donnés en garantie, la banque a néanmoins accepté d'être dépouillée de ce droit. Une telle renonciation à la priorité de rang fait en sorte que le par. 428(1) n'est d'aucun secours à la banque.

En plus d'offrir un élément de certitude dans les litiges opposant des garanties consensuelles et des garanties non consensuelles, la thèse de la permission assure l'équité en droit commercial. La banque est essentiellement disposée à accepter les bénéfices du non-versement par Sparrow des retenues légales sur la paye, et elle a permis que les biens qui lui avaient été donnés en garantie soient utilisés pour verser ces retenues, mais elle refuse d'assumer le fardeau de l'acte illégal accompli par Sparrow au moment de sa mise sous séquestre. Ce devrait être une politique de la loi que la banque intimée soit tenue responsable des obligations légales auxquelles Sparrow a manqué. La thèse de la permission garantit ce résultat dans les circonstances appropriées.

La thèse de la permission ne va pas jusqu'à signifier que toute créance ultérieure devrait avoir préséance sur la CGG parce qu'il se pourrait que chacune des créances concurrentes ait été acquittée sur le produit d'une vente hypothétique des biens figurant dans l'inventaire. Le consentement au paiement de salaires est une condition nécessaire, mais non suffisante. Ce consentement même n'amène pas à conclure que c'est l'intérêt de Sa Majesté qui doit prévaloir. Ce qui importe, c'est que la banque a consenti au paiement de salaires comportant des retenues, sur des biens figurant dans l'inventaire qui, au moment des retenues et une fois les salaires réellement payés, étaient réputés par la loi être retranchés du patrimoine du débiteur. La nature exceptionnelle des dispositions législatives applicables aux retenues sur la paye, et le consentement de la banque aux retenues, contribuent au succès de la demande fondée sur le par. 227(5) en

licence theory is circumscribed in its ability to defeat prior secured interests.

In addition, the licence theory as applied here is not inimical to the integrity of commercial law. It operates narrowly, in conjunction with unique statutory provisions, so as to actualize legally performed obligations. It does not create uncertainty in commercial transactions.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Referred to: *R. in Right of B.C. v. F.B.D.B.*, [1988] 1 W.W.R. 1; *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*; *Toronto-Dominion Bank v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963.

By Gonthier J. (dissenting)

Royal Bank v. Sparrow Electric Corp., Alberta Court of Queen's Bench, Edmonton, November 24, 1993, unreported; *R. in Right of B.C. v. F.B.D.B.*, [1988] 1 W.W.R. 1; *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 1182; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Board of Industrial Relations v. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 699; *Royal Bank of Canada v. G.M. Homes Inc.* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 244; *Roynat Inc. v. Ja-Sha Trucking & Leasing Ltd.*, [1992] 2 W.W.R. 641; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. Manning Mercury Sales Ltd. (Trustee of)*, [1994] 6 W.W.R. 372; *National Bank of Canada v. Director of Employment Standards* (1986), 5 P.P.S.A.C. 326; *Abraham v. Coopers & Lybrand Ltd.* (1993), 13 O.R. (3d) 649; *Armstrong v. Coopers & Lybrand Ltd.* (1986), 53 O.R. (2d) 468, aff'd (1987), 61 O.R. (2d) 129, leave to appeal refused, *sub nom. National Bank of Canada v. Armstrong*, [1988] 1 S.C.R. xii; *Manitoba (Minister of Labour) v. Omega Autobody Ltd. (Receiver of)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 34; *Re Deslauriers Construction Products Ltd.*, [1970] 3 O.R. 599; *Pembina on the Red Development Corp. Ltd. v. Triman Industries Ltd.* (1991), 85 D.L.R. (4th) 29; *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*; *Toronto-Dominion Bank v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Illingworth v. Houldsworth*, [1904] A.C. 355; *Re Urman* (1983), 44 O.R. (2d) 248; *North Sky Trading Inc. (Bankrupt), Re* (1994), 158 A.R. 117; *Royal Bank of Canada v. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia*, [1936] S.C.R. 560; *C.I.B.C. v. Klymchuk* (1990), 74 Alta. L.R. (2d) 232.

l'espèce. De cette façon, la thèse de la permission est circonscrite en ce qui concerne sa capacité de faire obstacle à des garanties antérieures.

En outre, la thèse de la permission appliquée dans le présent cas ne compromet pas l'intégrité du droit commercial. Elle s'applique de manière restreinte, de concert avec des dispositions législatives exceptionnelles, de façon à actualiser des obligations légalement exécutées. Elle ne crée pas d'incertitude dans les opérations commerciales.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *R. in Right of B.C. c. F.B.D.B.*, [1988] 1 W.W.R. 1; *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*; *Banque Toronto-Dominion c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Royal Bank c. Sparrow Electric Corp., Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, Edmonton, 24 novembre 1993, inédit; *R. in Right of B.C. c. F.B.D.B.*, [1988] 1 W.W.R. 1; *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Commission des relations de travail c. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 699; *Royal Bank of Canada c. G.M. Homes Inc.* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 244; *Roynat Inc. c. Ja-Sha Trucking & Leasing Ltd.*, [1992] 2 W.W.R. 641; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. c. Manning Mercury Sales Ltd. (Trustee of)*, [1994] 6 W.W.R. 372; *National Bank of Canada c. Director of Employment Standards* (1986), 5 P.P.S.A.C. 326; *Abraham c. Coopers & Lybrand Ltd.* (1993), 13 O.R. (3d) 649; *Armstrong c. Coopers & Lybrand Ltd.* (1986), 53 O.R. (2d) 468, conf. par (1987), 61 O.R. (2d) 129, autorisation de pourvoi refusée, *sub nom. National Bank of Canada c. Armstrong*, [1988] 1 R.C.S. xii; *Manitoba (Minister of Labour) c. Omega Autobody Ltd. (Receiver of)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 34; *Re Deslauriers Construction Products Ltd.*, [1970] 3 O.R. 599; *Pembina on the Red Development Corp. Ltd. c. Triman Industries Ltd.* (1991), 85 D.L.R. (4th) 29; *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*; *Banque Toronto-Dominion c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Illingworth c. Houldsworth*, [1904] A.C. 355; *Re Urman* (1983), 44 O.R. (2d) 248; *North Sky Trading Inc. (Bankrupt), Re* (1994), 158 A.R. 117; *Royal Bank of Canada c. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia*, [1936] R.C.S. 560; *C.I.B.C. c. Klymchuk* (1990), 74 Alta. L.R. (2d) 232.

Statutes and Regulations Cited

- Bank Act*, R.S.C. 1927, c. 12, s. 88.
Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1, ss. 2(1), 178, 179(1), 185(2), 186(2).
Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 425(1) "goods, wares and merchandise", 427(1), (2), 428(1), 434(2), 435(2).
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 67 [am. 1992, c. 27, s. 33].
Canada Pension Plan, R.S.C. 1970, c. C-5.
Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 23(3), (4).
Canada Pension Plan, S.C. 1964-65, c. 51, s. 24(3), (4).
Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 153(1)(a), (3), 224(1.2) [ad. 1987, c. 46, s. 66; am. 1990, c. 34, s. 1], (1.3) [ad. 1987, c. 46, s. 66], 227(4), (5).
Personal Property Security Act, S.A. 1988, c. P-4.05, ss. 4(a), 10(1), 12(1), 13(1), 28(1).
Personal Property Security Act, S.B.C. 1989, c. 36.
Personal Property Security Act, R.S.O. 1990, c. P.10.
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48.
Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 57(2), (3).
Workmen's Compensation Act, R.S.N.S. 1923, c. 129, s. 79(2).

Authors Cited

- Cuming, Ronald C. C. "Commercial Law — Floating Charges and Fixed Charges of After-Acquired Property: *The Queen in the Right of British Columbia v. Federal Business Development Bank*" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 506.
Cuming, Ronald C. C., and Roderick J. Wood. *Alberta Personal Property Security Act Handbook*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1993.
Cuming, Ronald C. C., and Roderick J. Wood. *British Columbia Personal Property Security Handbook*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1993.
Moull, William D. "Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act" (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 242.
Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.
Wood, Roderick J. "The Floating Charge in Canada" (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191.
Wood, Roderick J. "Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*" (1995), 10 *B.F.L.R.* 429.

Lois et règlements cités

- Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 153(1)a), (3), 224(1.2) [aj. 1987, ch. 46, art. 66 mod. 1990, ch. 34, art. 1], (1.3) [aj. 1987, ch. 46, art. 66], 227(4), (5).
Loi des banques, S.R.C. 1927, ch. 12, art. 88.
Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 57(2), (3).
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 67 [mod. 1992, ch. 27, art. 33].
Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 425(1) «effets, denrées ou marchandises», 427(1), (2), 428(1), 434(2), 435(2).
Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 2(1), 178, 179(1), 185(2), 186(2).
Loi sur les sûretés mobilières, L.R.O. 1990, ch. P.10.
Personal Property Security Act, S.A. 1988, ch. P-4.05, art. 4a), 10(1), 12(1), 13(1), 28(1).
Personal Property Security Act, S.B.C. 1989, ch. 36.
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 24(3), (4).
Régime de pensions du Canada, S.C. 1964-65, ch. 51, art. 24(3), (4).
Régime de pensions du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-5.
Workmen's Compensation Act, R.S.N.S. 1923, ch. 129, art. 79(2).

Doctrine citée

- Cuming, Ronald C. C. «Commercial Law — Floating Charges and Fixed Charges of After-Acquired Property: *The Queen in the Right of British Columbia v. Federal Business Development Bank*» (1988), 67 *R. du B. can.* 506.
Cuming, Ronald C. C., and Roderick J. Wood. *Alberta Personal Property Security Act Handbook*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1993.
Cuming, Ronald C. C., and Roderick J. Wood. *British Columbia Personal Property Security Handbook*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1993.
Moull, William D. «Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act». (1986), 65 *R. du B. can.* 242.
Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.
Wood, Roderick J. «The Floating Charge in Canada» (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191.
Wood, Roderick J. «Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*» (1995), 10 *B.F.L.R.* 429.

Wood, Roderick J., and Michael I. Wylie. "Non-Consensual Security Interests in Personal Property" (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1055.

Ziegel, Jacob S. "Symposium: Recent and Prospective Developments in the Personal Property Security Law Area" (1985), 10 *Can. Bus. L.J.* 131.

Ziegel, Jacob S., Benjamin Geva and R. C. C. Cuming. *Commercial and Consumer Transactions*, Rev. 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 1990.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1995), 28 *Alta. L.R.* (3d) 153, 165 *A.R.* 132, 89 *W.A.C.* 132, [1995] 6 *W.W.R.* 718, 33 *C.B.R.* (3d) 34, 10 *P.P.S.A.C.* (2d) 1, allowing an appeal from judgments of Agrios J. (1993), 19 *Alta. L.R.* (3d) 183, 10 *P.P.S.A.C.* (2d) 1, at p. 3, [1995] 1 *C.T.C.* 101, and (1994), 21 *Alta. L.R.* (3d) 275, 156 *A.R.* 187, [1994] 9 *W.W.R.* 338. Appeal dismissed, La Forest, Gonthier and Cory JJ. dissenting.

Edward R. Sojonky, Q.C., and Michael J. Lema, for the appellant.

Ray C. Rutman, for the respondent.

The reasons of La Forest, Gonthier and Cory JJ. were delivered by

¹ GONTHIER J. (dissenting) — This case involves a determination of priority between a deemed statutory trust and various security instruments in regard to the proceeds of a liquidation sale of inventory. In particular, the appeal requires a determination of the priority status of Her Majesty's deemed trust under s. 227(4) and (5) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.) (hereinafter "ITA"), these provisions becoming operative in this case because of the misappropriation of unremitted payroll deductions lawfully belonging to Her Majesty. In competition to this claim, the Royal Bank of Canada asserts priority under both a general security agreement and an assignment of inventory under s. 427 of the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46.

Wood, Roderick J., and Michael I. Wylie. «Non-Consensual Security Interests in Personal Property» (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1055.

Ziegel, Jacob S. «Symposium: Recent and Prospective Developments in the Personal Property Security Law Area» (1985), 10 *Can. Bus. L.J.* 131.

Ziegel, Jacob S., Benjamin Geva and R. C. C. Cuming. *Commercial and Consumer Transactions*, Rev. 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1995), 28 *Alta. L.R.* (3d) 153, 165 *A.R.* 132, 89 *W.A.C.* 132, [1995] 6 *W.W.R.* 718, 33 *C.B.R.* (3d) 34, 10 *P.P.S.A.C.* (2d) 1, qui a accueilli un appel interjeté contre des jugements du juge Agrios (1993), 19 *Alta. L.R.* (3d) 183, 10 *P.P.S.A.C.* (2d) 1, à la p. 3, [1995] 1 *C.T.C.* 101, et (1994), 21 *Alta. L.R.* (3d) 275, 156 *A.R.* 187, [1994] 9 *W.W.R.* 338. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, Gonthier et Cory sont dissidents.

Edward R. Sojonky, c.r., et Michael J. Lema, pour l'appelante.

Ray C. Rutman, pour l'intimée.

Version française des motifs des juges La Forest, Gonthier et Cory rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) — Il s'agit, en l'espèce, de déterminer l'ordre de priorité entre une fiducie légale réputée et diverses garanties ou sûretés relativement au produit de la liquidation des biens figurant dans un inventaire. Plus particulièrement, il nous faut déterminer l'ordre de priorité d'une fiducie réputée de Sa Majesté, constituée en vertu des par. 227(4) et (5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.) (ci-après «LIR»), lesquels paragraphes s'appliquent en l'espèce en raison du détournement de retenues sur la paye non versées qui appartiennent légalement à Sa Majesté. À l'encontre de cette demande, la Banque Royale du Canada fait valoir qu'elle a priorité tant en vertu d'une convention de garantie générale (ou contrat de sûreté générale) que d'une cession de biens figurant dans un inventaire, consentie en vertu de l'art. 427 de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46.

I — Facts

The debtor, Sparrow Electric Corporation (hereinafter "Sparrow"), carried on business as an electrical contractor in Alberta. The enterprise was of a substantial size, employing 200 to 300 employees in its business operations. To finance these operations, Sparrow borrowed heavily from the respondent Royal Bank of Canada (hereinafter the "bank"). The bank secured Sparrow's borrowing with various forms of security, covering most of the assets utilized in Sparrow's business. Of particular relevance to this appeal, however, the bank held a general security agreement over all of Sparrow's present and after-acquired personal property, as well as an assignment of inventory under s. 178 (now s. 427) of the *Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1.

In 1992, it became apparent to the bank that Sparrow was having financial difficulties. On two occasions, August 5, 1992 and September 30, 1992, the bank wrote to Sparrow advising its management that Sparrow was in default on its loan obligations. On October 16, 1992, in order to give Sparrow some time to correct its default situation, the bank and Sparrow entered into a "Standstill Agreement". This agreement permitted Sparrow to continue carrying on business under the proviso that, should Sparrow's position fail to improve, the bank would be entitled to appoint a receiver and enforce its security.

Sparrow's financial position did not improve. For this reason, on November 19, 1992, the bank appointed a receiver to take over Sparrow's business, and on December 8, 1992, the bank successfully petitioned Sparrow into bankruptcy. The order appointing the receiver empowered the receiver to, among other things, carry on Sparrow's business as it deemed necessary. The receiver did in fact carry on Sparrow's business for some time, employing approximately 200 employees in order to fulfil Sparrow's outstanding con-

I — Les faits

La débitrice, Sparrow Electric Corporation (ci-après «Sparrow»), exploitait une entreprise d'entrepreneur électricien en Alberta. L'entreprise était de taille importante et comptait 200 à 300 employés. Pour financer l'exploitation de son entreprise, Sparrow a emprunté des sommes importantes à l'intimée la Banque Royale du Canada (ci-après la «banque»). Pour garantir les sommes prêtées, la banque a obtenu de Sparrow diverses formes de garantie portant sur la plupart des éléments d'actif utilisés dans l'entreprise de Sparrow. En l'espèce, il importe de souligner que la banque bénéficiait d'une convention de garantie générale portant sur tous les biens meubles que Sparrow possédait alors ou qu'elle acquerrait par la suite, de même que d'une cession des biens figurant dans l'inventaire de l'entreprise, consentie en vertu de l'art. 178 (maintenant l'art. 427) de la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1.

En 1992, la banque s'est rendu compte que Sparrow éprouvait des difficultés financières. À deux reprises, les 5 août et 30 septembre 1992, la banque a écrit à la direction de Sparrow pour lui signaler son défaut de remplir les obligations de son emprunt. Le 16 octobre 1992, pour donner à Sparrow le temps de remédier à la situation, la banque et Sparrow ont conclu un «moratoire». Ce moratoire permettait à Sparrow de poursuivre ses activités à la condition que, dans le cas où sa situation ne s'améliorerait pas, la banque puisse nommer un séquestre et réaliser sa garantie.

La situation financière de Sparrow ne s'étant pas améliorée, la banque a, le 19 novembre 1992, nommé un séquestre qui prendrait le contrôle de l'entreprise de Sparrow, et, le 8 décembre 1992, elle a présenté avec succès une pétition en faillite contre Sparrow. L'ordonnance de séquestre conférait au séquestre le pouvoir, notamment, d'exploiter l'entreprise de Sparrow, s'il le jugeait nécessaire. Le séquestre a effectivement exploité l'entreprise de Sparrow pendant un certain temps, en recourant aux services d'environ 200 employés

tractual obligations. These employees were terminated effective January 15, 1993.

5 In addition to the failure to pay the loan obligations which inevitably led to its bankruptcy and receivership, Sparrow had failed to honour other obligations in its attempt to remain in business. In particular, Sparrow failed to remit payroll deductions as required by s. 153 *ITA*. While the record does not disclose the exact date of these failures, it appears that the first instance of non-remittance could have occurred no later than August 7, 1992. Having regard to the amount of payroll deductions outstanding as of August 7, and to the average number of Sparrow's employees on the payroll, we can conclude that the actual payroll deductions which give rise to Her Majesty's claim in all likelihood occurred some time in the year 1992. In any event, by the time of its receivership, in addition to substantial amounts outstanding to the bank, Sparrow was indebted to the appellant ("Her Majesty") in the amount of \$625,990.86 for unremitted income tax payroll deductions.

6 On January 12, 1993, the receiver applied to the Alberta Court of Queen's Bench for authorization to sell various Sparrow assets. Part of the pool of assets to be sold included Sparrow's inventory which is the subject of this appeal. On January 15, 1993, Wilson J. authorized both the sale of the assets and remittance of its proceeds to the bank in partial repayment of its claims, but ordered that an amount equal to Her Majesty's claim for unremitted payroll deductions be held in trust pending a resolution as to the entitlement to this portion of the proceeds. At some later date, the assets were in fact sold, and the amount of \$625,990.86 set aside. It has been held in judicial proceedings that the amount held is constituted entirely of proceeds from inventory (*Royal Bank v. Sparrow Electric Corp.*, Alberta Court of Queen's Bench, Edmonton, November 24, 1993, unreported). That ruling is not at issue in this appeal.

pour remplir les obligations contractuelles de Sparrow. Ces employés ont été licenciés le 15 janvier 1993.

Outre son défaut de remplir les obligations de son emprunt, qui a mené inévitablement à sa faillite et à sa mise sous séquestre, Sparrow a manqué à d'autres obligations en tentant de rester en affaires. Elle a omis, en particulier, de verser des retenues sur la paye qu'elle était tenue de verser en vertu de l'art. 153 *LIR*. Bien que le dossier n'en révèle pas la date exacte, il semble que la première de ces omissions ait pu se produire dès le 7 août 1992. Compte tenu du montant des retenues sur la paye dues en date du 7 août, et du nombre moyen d'employés inscrits sur la liste de paye de Sparrow, nous pouvons conclure que les retenues sur la paye qui sont à l'origine de la demande de Sa Majesté ont vraisemblablement été effectuées en 1992. De toute façon, au moment de sa mise sous séquestre, Sparrow devait à l'appelante («Sa Majesté»), outre les montants considérables dus à la banque, la somme de 625 990,86 \$ pour le non-versement de retenues d'impôt sur le revenu effectuées sur la paye.

Le 12 janvier 1993, le séquestre a demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta l'autorisation de vendre divers éléments d'actif de Sparrow, notamment les biens figurant dans son inventaire qui font l'objet du présent pourvoi. Le 15 janvier 1993, le juge Wilson a autorisé à la fois la vente des éléments d'actif et le versement du produit de la vente à la banque à titre de remboursement partiel du montant qu'elle réclamait, mais il a ordonné qu'un montant égal à celui réclamé par Sa Majesté pour les retenues sur la paye non versées soit détenu en fiducie jusqu'à ce que l'on ait décidé qui aurait droit à cette partie du produit de la vente. Quelque temps plus tard, les éléments d'actif ont été vendus et la somme de 625 990,86 \$ a été mise de côté. On a statué, au cours de procédures judiciaires, que le montant détenu est entièrement constitué du produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire (*Royal Bank c. Sparrow Electric Corp.*, Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, Edmonton, 24 novembre 1993, inédit). Cette décision n'est pas en cause devant nous.

At present, the fund being held and constituting the proceeds of inventory is sufficient to satisfy either Her Majesty's claim, or part of the outstanding claims owing to the bank. The determination of priority in this appeal will therefore be determinative as to which party is entitled to the entirety of the disputed fund.

II — The Competing Interests

For convenience, I will at the outset outline the claims of the bank and of Her Majesty which are advanced as being entitled to the proceeds of the inventory.

(A) *The Bank*

The respondent bank advances two distinct security instruments in order to establish its claim to the disputed fund. First, the bank argues that its general security agreement ("GSA"), executed on February 25, 1992, and perfected pursuant to the Alberta *Personal Property Security Act*, S.A. 1988, c. P-4.05 ("PPSA"), is entitled to priority. By this agreement, Sparrow assigned to the bank a security interest in all of its present and after-acquired personal property, including "all inventory of whatever kind and wherever situate" (para. 1(a)(i)). In addition, para. 7 of that agreement provided that proceeds of the collateral received by Sparrow would be received and held in trust for the bank. Of significance to this appeal, however, para. 4 of the GSA contained two express covenants, providing:

So long as this Security Agreement remains in effect Debtor covenants and agrees:

(a) to defend the Collateral against the claims and demands of all other parties claiming the same or an interest therein; to keep the Collateral free from all Encumbrances . . . ; provided always that, until default, Debtor may, in the ordinary course of Debtor's busi-

7
Actuellement, les fonds détenus, qui proviennent du produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire, sont suffisants pour satisfaire à la demande de Sa Majesté, ou pour rembourser une partie des sommes dues à la banque. La détermination de l'ordre de priorité, en l'espèce, sera donc décisive quant à savoir quelle partie a droit à la totalité des fonds contestés.

II — Les intérêts opposés

8
Pour des raisons de commodité, je vais commencer par exposer les moyens invoqués par la banque et par Sa Majesté à l'appui de leur droit au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire.

(A) *La banque*

9
La banque intimée invoque deux garanties distinctes à l'appui de sa demande de reconnaissance de son droit aux fonds contestés. Elle allègue, premièrement, que sa convention de garantie générale («CGG»), signée le 25 février 1992 et opposable conformément à la *Personal Property Security Act* de l'Alberta, S.A. 1988, ch. P-4.05 («PPSA»), doit avoir priorité. Par cette convention, Sparrow a cédé en garantie à la banque tous les biens meubles qu'elle possédait alors ou qu'elle acquerrait par la suite, y compris [TRADUCTION] «tous les biens figurant dans l'inventaire, quels qu'ils soient et où qu'ils soient» (sous-al. 1a)(i)). De plus, la clause 7 de cette convention prévoyait que le produit du bien donné en garantie, reçu par Sparrow, serait détenu en fiducie pour la banque. Cependant, il importe de noter, en l'espèce, que la clause 4 de la CGG comportait deux engagements explicites, à savoir:

[TRADUCTION] Pour toute la durée de la présente convention de garantie, le débiteur prend l'engagement et convient:

a) de protéger le bien donné en garantie contre les réclamations et les revendications de toute autre partie qui prétendrait avoir un droit sur ce bien; de le garder libre de toute charge [. . .]; toujours à la condition qu'à moins d'être en défaut le débiteur puisse, dans le cours

ness, sell or lease inventory and, subject to Clause 7 hereof, use Money available to Debtor,

(e) to pay all taxes, rates, levies, assessments and other charges of every nature which may be lawfully levied, assessed or imposed against or in respect of Debtor or Collateral as and when the same become due and payable; [Emphasis added.]

Additionally, under the credit facilities agreement between Sparrow and the bank, dated January 22, 1992, Sparrow covenanted as follows:

(3) it will promptly pay when due all business, income and other taxes properly levied on its operations and property and remit all statutory employee deductions when due; [Emphasis added.]

10

The bank's second claim is that its *Bank Act* security ("BAS") entitles it to priority to the inventory proceeds. That security instrument was executed on two occasions, January 29, 1990 and December 12, 1990. Under the General Assignment, Sparrow assigned to the bank, *inter alia*, "all goods inventory, [and] stock-in-trade" as continuing security for the payment of loans to the bank. In addition, as part of the Agreement as to Loans and Advances, Sparrow granted security in both its inventory and its proceeds. At the time these instruments were executed, s. 178 of the *Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1, was in effect. However, on June 1, 1992, that Act was replaced with the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46. The relevant portions of these two acts are identical. However, as the facts giving rise to this case occurred while the latter Act was in force, I will refer to the provisions of this new Act for the purposes of this appeal. As such, the bank's claim for security under its BAS

normal de ses affaires, vendre ou louer les biens figurant dans l'inventaire et, sous réserve de la clause 7 des présentes, utiliser les sommes d'argent dont il dispose.

e) de payer tous les impôts, tarifs, redevances, cotisations et autres sommes de toute nature qui peuvent être légalement perçues, cotisées ou imposées à l'égard du débiteur ou d'un bien donné en garantie, lorsque ces sommes sont dues et exigibles; [Je souligne.]

De plus, dans la convention de crédit conclue avec la banque le 22 janvier 1992, Sparrow avait pris l'engagement suivant:

[TRADUCTION]

(3) elle paiera promptement, lorsqu'ils seront dus, toutes les taxes d'affaires, impôts sur le revenu et autres taxes perçues à bon droit sur ses affaires et ses biens et versera toutes les retenues légales sur le salaire des employés, lorsqu'elles seront dues; [Je souligne.]

La banque allègue, deuxièmement, que la garantie de la *Loi sur les banques* («GLB») lui donne droit à la priorité de rang quant au produit des biens figurant dans l'inventaire. Cette garantie a été consentie à deux occasions, soit les 29 janvier et 12 décembre 1990. Aux termes de la cession générale, Sparrow a notamment cédé à la banque [TRADUCTION] «tous les biens figurant dans l'inventaire, [et] articles de commerce» à titre de garantie permanente du paiement de ses emprunts à la banque. De plus, dans la convention relative aux prêts et aux avances de fonds, Sparrow a donné en garantie tant les biens figurant dans son inventaire que le produit de leur vente. Au moment où ces instruments ont été signés, l'art. 178 de la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1, était en vigueur. Cependant, le 1^{er} juin 1992, cette loi a été remplacée par la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46. Les dispositions pertinentes de ces deux lois sont identiques. Cependant, étant donné que les faits à l'origine de la présente affaire sont survenus pendant que cette dernière loi était en vigueur, je renverrai aux dispositions de cette nouvelle loi pour les fins du présent pourvoi. C'est pourquoi la demande de garantie que la banque a adressée en vertu de la GLB qu'elle possède est

is grounded in s. 427 (formerly s. 178) of the *Bank Act*, which provides:

427. (1) A bank may lend money and make advances

(a) to any wholesale or retail purchaser or shipper of, or dealer in, products of agriculture, products of aquaculture, products of the forest, products of the quarry and mine, products of the sea, lakes and rivers or goods, wares and merchandise, manufactured or otherwise, on the security of such products or goods, wares and merchandise and of goods, wares and merchandise used in or procured for the packing of such products or goods, wares and merchandise,

(2) Delivery of a document giving security on property to a bank under the authority of this section vests in the bank in respect of the property therein described

(a) of which the person giving security is the owner at the time of the delivery of the document, or

(b) of which that person becomes the owner at any time thereafter before the release of the security by the bank, whether or not the property is in existence at the time of the delivery,

the following rights and powers, namely,

(c) if the property is property on which security is given under paragraph (1)(a), (b), (g), (h), (i), (j) or (o), under paragraph (1)(c) or (m) consisting of aquacultural implements, under paragraph (1)(d) or (n) consisting of agricultural implements or under paragraph (1)(p) consisting of forestry implements, the same rights and powers as if the bank had acquired a warehouse receipt or bill of lading in which that property was described, . . .

and all such property in respect of which such rights and powers are vested in the bank under this section is for the purposes of this Act property covered by the security. [Emphasis added.]

Section 425(1) (formerly contained within s. 2(1)) provides that:

425. (1) . . .

“goods, wares and merchandise” includes products of agriculture, products of aquaculture, products of the

fondée sur l’art. 427 (auparavant l’art. 178) de la *Loi sur les banques*, qui prévoit que:

427. (1) La banque peut consentir des prêts ou avances de fonds:

a) à tout acheteur, expéditeur ou marchand en gros ou au détail de produits agricoles, aquicoles, forestiers, des carrières, des mines ou aquatiques ou d’effets, denrées ou marchandises fabriqués ou autrement obtenus, moyennant garantie portant sur ces produits ou sur ces effets, denrées ou marchandises ainsi que sur les effets, denrées ou marchandises servant à leur emballage;

(2) La remise à la banque d’un document lui accordant, en vertu du présent article, une garantie sur des biens dont le donneur de garantie:

a) soit est propriétaire au moment de la remise du document,

b) soit devient propriétaire avant l’abandon de la garantie par la banque, que ces biens existent ou non au moment de cette remise,

confère à la banque, en ce qui concerne les biens visés, les droits et pouvoirs suivants:

c) s’il s’agit d’une garantie donnée soit en vertu des alinéas (1)a), b), g), h), i), j) ou o), soit en vertu des alinéas (1)c) ou m) et portant sur du matériel aquicole mobilier, soit en vertu des alinéas (1)d) ou n) et portant sur du matériel agricole mobilier, soit en vertu de l’alinéa (1)p) et portant sur du matériel sylvicole mobilier, les mêmes droits que si la banque avait acquis un récépissé d’entrepôt ou un connaissement visant ces biens;

Tous les biens, à l’égard desquels les droits sont dévolus à la banque sous le régime du présent article, sont, pour l’application de la présente loi, des biens affectés à la garantie. [Je souligne.]

Le paragraphe 425(1) (qui, auparavant, faisait partie du par. 2(1)) prévoit que:

425. (1) . . .

«effets, denrées ou marchandises» Tout objet de commerce, et plus particulièrement les produits agricoles

forest, products of the quarry and mine, products of the sea, lakes and rivers, and all other articles of commerce; [Emphasis added.]

And s. 435(2) (formerly s. 186(2)) provides:

435. . . .

(2) Any warehouse receipt or bill of lading acquired by a bank under subsection (1) vests in the bank, from the date of the acquisition thereof,

(a) all the right and title to the warehouse receipt or bill of lading and to the goods, wares and merchandise covered thereby of the previous holder or owner thereof; and

(b) all the right and title to the goods, wares and merchandise mentioned therein of the person from whom the goods, wares and merchandise were received or acquired by the bank, if the warehouse receipt or bill of lading is made directly in favour of the bank, instead of to the previous holder or owner of the goods, wares and merchandise.

¹¹ In addition, the respondent directed this Court's attention to s. 428(1) (formerly s. 179(1)), which it was submitted affected the priority position of the bank's BAS:

428. (1) All the rights and powers of a bank in respect of the property mentioned in or covered by a warehouse receipt or bill of lading acquired and held by the bank, and the rights and powers of the bank in respect of the property covered by a security given to the bank under section 427 that are the same as if the bank had acquired a warehouse receipt or bill of lading in which that property was described, have, subject to subsection 427(4) and subsections (3) to (6) of this section, priority over all rights subsequently acquired in, on or in respect of that property, and also over the claim of any unpaid vendor. [Emphasis added.]

Finally, s. 434(2) (formerly s. 185(2)) provides:

434. . . .

(2) Nothing in any charter, Act or law shall be construed as ever having been intended to prevent or as preventing a bank from acquiring and holding an absolute title to and in any mortgaged or hypothecated real property, whatever the value thereof, or from exercising or acting on any power of sale contained in any mortgage given to or held by the bank, authorizing or ena-

et aquicoles, les produits de la forêt, des carrières et des mines et les produits aquatiques. [Je souligne.]

Et le paragraphe 435(2) (auparavant le par. 186(2)) se lit ainsi:

435. . . .

(2) Tout récépissé d'entrepôt ou connaissance confère à la banque qui l'a acquis, en vertu du paragraphe (1), à compter de la date de l'acquisition:

a) les droit et titre de propriété que le précédent détenteur ou propriétaire avait sur le récépissé d'entrepôt ou le connaissance et sur des effets, denrées ou marchandises qu'il vise;

b) les droit et titre qu'avait la personne, qui les a cédés à la banque, sur les effets, denrées ou marchandises qui y sont mentionnés, si le récépissé d'entrepôt ou le connaissance est fait directement en faveur de la banque, au lieu de l'être en faveur de leur précédent détenteur ou propriétaire.

De plus, l'intimée a attiré l'attention de la Cour sur le par. 428(1) (auparavant le par. 179(1)), qui, soutenait-elle, avait une incidence sur le rang de la GLB de la banque dans l'ordre de priorité:

428. (1) Tous les droits de la banque sur les biens mentionnés ou visés dans un récépissé d'entrepôt ou un connaissance qu'elle a acquis ou détient, ainsi que ses droits sur les biens affectés à une garantie reçue en vertu de l'article 427, et qui équivalent aux droits découlant d'un récépissé d'entrepôt ou un connaissance visant ces biens priment, sous réserve du paragraphe 427(4) et des paragraphes (3) à (6) du présent article, tous les droits subséquentement acquis sur ces biens, ainsi que la créance de tout vendeur impayé. [Je souligne.]

Enfin, le par. 434(2) (auparavant le par. 185(2)) se lit ainsi:

434. . . .

(2) Aucune charte, loi ou règle de droit ne doit s'interpréter comme ayant été destinée à interdire ou comme interdisant à la banque d'acquérir et de détenir le titre absolu de propriété des biens immeubles grevés d'une hypothèque, quelle qu'en soit la valeur, ou d'exercer le droit découlant d'une hypothèque consentie en sa faveur ou détenue par elle, lui conférant l'autorisation

bling it to sell or convey any property so mortgaged. [Emphasis added.]

While no provision in the BAS explicitly permitted Sparrow to sell its inventory, the respondent bank has conceded that such a licence existed, as a practical matter, as between the parties. In any event, I would have thought that once a licence to sell inventory had been granted under the GSA, it would be impossible to grant a more restricted licence to deal with the same collateral under the provisions of the BAS.

(B) *Her Majesty's Interest*

Her Majesty's claim arises under the s. 227 deemed trust provisions of the *ITA*. Section 153(1)(a) of that Act requires employers to withhold from the pay cheques of its employees and remit to the Receiver General amounts on account of the payee's tax for the year:

153. (1) Every person paying at any time in a taxation year

(a) salary or wages or other remuneration,

shall deduct or withhold therefrom such amount as may be determined in accordance with prescribed rules and shall, at such time as may be prescribed, remit that amount to the Receiver General on account of the payee's tax for the year . . . [Emphasis added.]

Such amounts are deemed to be held in trust for Her Majesty by virtue of s. 227(4) and (5) *ITA*, which provide:

227. . . .

(4) Every person who deducts or withholds any amount under this Act shall be deemed to hold the amount so deducted or withheld in trust for Her Majesty.

(5) Notwithstanding any provision of the *Bankruptcy Act*, in the event of any liquidation, assignment, receiv-

ou lui permettant de vendre ou de transférer les biens grevés. [Je souligne.]

Même si aucune disposition de la GLB ne permettait explicitement à Sparrow de vendre les biens figurant dans son inventaire, la banque intimée a concédé qu'en pratique les parties avaient cette permission. De toute façon, j'aurais cru que, dès qu'une permission de vendre les biens d'un inventaire a été accordée en vertu de la GLB, il serait impossible d'accorder une permission plus restreinte d'aliéner le même bien donné en garantie en vertu des dispositions de la GLB.

(B) *L'intérêt de Sa Majesté*

La demande de Sa Majesté est fondée sur les dispositions en matière de fiducie réputée de l'art. 227 *LIR*. L'alinéa 153(1)a) de cette loi exige que les employeurs prélèvent sur le chèque de paye de leurs employés des sommes au titre de l'impôt du bénéficiaire ou du dépositaire pour l'année, et qu'ils les versent au receveur général:

153. (1) Toute personne qui verse au cours d'une année d'imposition l'un des montants suivants:

a) un traitement, un salaire ou autre rémunération;

doit en déduire ou en retenir la somme qui peut être prescrite et doit, au moment qui peut être fixé par règlement, remettre cette somme au receveur général au titre de l'impôt du bénéficiaire ou du dépositaire, selon le cas, pour l'année . . . [Je souligne.]

Ces sommes sont réputées être détenues en fiducie pour Sa Majesté en vertu des par. 227(4) et (5) *LIR*, dont voici le texte:

227. . . .

(4) Toute personne qui déduit ou retient un montant quelconque en vertu de la présente loi est réputée retenir le montant ainsi déduit ou retenu en fiducie pour Sa Majesté.

(5) Malgré la *Loi sur la faillite*, en cas de liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite d'une personne, un montant égal à l'un ou l'autre des montants suivants est considéré comme tenu séparé et ne formant pas partie du patrimoine visé par la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, que ce montant ait été ou non,

ership or bankruptcy of or by a person, an amount equal to any amount

(a) deemed by subsection (4) to be held in trust for Her Majesty, . . .

shall be deemed to be separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the person's own moneys or from the assets of the estate.

As of June 15, 1994, these provisions have been repealed and replaced by a revised s. 227(4); S.C. 1994, c. 21, s. 104(1). However, as this amendment was not effective at the time the facts of this appeal arose, I decline to comment on the application of the new s. 227(4) to this case.

III — Judgments of the Courts Below

Alberta Court of Queen's Bench (1993), 19 Alta. L.R. (3d) 183

¹⁴ The first application brought to determine the priority over the inventory proceeds involved the competing claims under the GSA advanced by the bank, and Her Majesty's deemed trust. Agrios J. held that the deemed trust took priority over the GSA. In characterizing the statutory trust, Agrios J. concluded at p. 189 that the trust attaches to "whatever assets are left" upon bankruptcy. With regard to the GSA security interest, Agrios J. was of the view that it took the form of a fixed charge on the inventory with a licence to sell in the ordinary course of business. However, this latter characterization was not necessary to reach his decision, as the learned chambers judge ultimately reasoned, at p. 188, "[w]hether the charge is floating or fixed, if there is an ability to deal with an asset such as inventory, the asset becomes exposed to the normal market incidents of carrying on business". Relying on the decision of McLachlin J.A. (as she then was) in *R. in Right of B.C. v. F.B.D.B.*, [1988] 1 W.W.R. 1 (B.C.C.A.) (hereinafter "*FBDB*"), Agrios J. found that a normal incident of selling inventory was the payment of statutory

en fait, tenu séparé des propres fonds de la personne ou des éléments du patrimoine:

a) le montant réputé, selon le paragraphe (4), être détenu en fiducie pour Sa Majesté;

Le 15 juin 1994, ces dispositions ont été abrogées et remplacées par un nouveau par. 227(4); L.C. 1994, ch. 21, par. 104(1). Cependant, étant donné que cette modification ne s'appliquait pas au moment où sont survenus les faits à l'origine du présent pourvoi, je ne fais aucun commentaire sur l'application du nouveau par. 227(4) à la présente affaire.

III — Les juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (1993), 19 Alta. L.R. (3d) 183

La première demande de détermination de l'ordre de priorité quant au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire opposait la réclamation de la banque fondée sur la CGG et celle fondée sur la fiducie réputée de Sa Majesté. Le juge Agrios a statué que la fiducie réputée avait priorité de rang sur la CGG. En définissant la fiducie légale, le juge Agrios conclut, à la p. 189, qu'elle s'applique à [TRADUCTION] «tous les biens qui restent» à la suite d'une faillite. En ce qui concerne la garantie découlant de la CGG, le juge Agrios était d'avis qu'elle prenait la forme d'un privilège fixe sur les biens de l'inventaire, assorti d'une permission de vendre dans le cours normal des affaires. Toutefois, le juge en chambre n'avait pas à la qualifier ainsi pour arriver à sa décision étant donné qu'il a fini par affirmer, à la p. 188: [TRADUCTION] «[q]ue le privilège soit flottant ou fixe, s'il y a capacité d'aliéner un élément d'actif comme les biens figurant dans un inventaire, cet élément d'actif devient alors exposé aux activités normales rattachées à l'exploitation d'une entreprise». Se fondant sur la décision du juge

liens. The sale of the inventory therefore permitted the statutory trust to attach.

McLachlin (maintenant juge de notre Cour) dans l'arrêt *R. in Right of B.C. c. F.B.D.B.*, [1988] 1 W.W.R. 1 (C.A.C.-B.) (ci-après «*FBDB*»), le juge Agrios a conclu que le remboursement de dettes garanties par des privilèges légaux était une activité normale rattachée à la vente des biens d'un inventaire. La vente des biens figurant dans l'inventaire permettait donc à la fiducie légale de s'appliquer.

Alberta Court of Queen's Bench (1994), 21 Alta. L.R. (3d) 275

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (1994), 21 Alta. L.R. (3d) 275

The bank subsequently applied for a determination of whether their BAS over Sparrow's inventory took priority over Her Majesty's deemed trust. For substantially similar reasons, Agrios J. held that the deemed trust once again took priority. Whether the BAS could be characterized as a fixed charge with a licence to sell, or a floating charge, the sale of the inventory subjected the bank's interest in it to the "normal incidents of business" (at p. 283). And, in Agrios J.'s view, one of these incidents was the paying of wages and withholdings. As these proceeds were impressed with the deemed trust, whatever interest the bank had could not attach to them, as they were no longer the property of Sparrow.

La banque a, par la suite, demandé de déterminer si la GLB qu'elle détenait relativement aux biens figurant dans l'inventaire de Sparrow avait priorité de rang sur la fiducie réputée de Sa Majesté. Pour des motifs essentiellement similaires, le juge Agrios a statué que la fiducie réputée avait, encore là, priorité de rang. Que la GLB ait pu être qualifiée de privilège fixe assorti d'une permission de vendre, ou encore de privilège flottant, la vente des biens figurant dans l'inventaire assujettissait le droit de la banque sur ces biens aux [TRADUCTION] «activités normales des affaires» (à la p. 283). Et, selon le juge Agrios, le paiement des salaires et le versement des retenues faisaient partie de ces activités. Étant donné que le produit de cette vente était sujet à la fiducie réputée, tout droit que la banque pouvait avoir ne pouvait pas s'appliquer à ce produit, étant donné qu'il n'appartenait plus à Sparrow.

15

Alberta Court of Appeal (1995), 28 Alta. L.R. (3d) 153

Cour d'appel de l'Alberta (1995), 28 Alta. L.R. (3d) 153

Both the decisions of Agrios J. were appealed to the Alberta Court of Appeal. As such, the priority of both the GSA and the BAS were at issue before that court. However, the Court of Appeal, unanimously deciding to dispose of the appeal solely on the grounds that the BAS took priority over the statutory trust, neither heard oral argument nor ruled with regard to the priority of the GSA.

Les deux décisions du juge Agrios ont été portées en appel devant la Cour d'appel de l'Alberta, où l'ordre de priorité de la CGG et de la GLB a été en cause. Toutefois, la Cour d'appel a décidé, à l'unanimité, de statuer sur l'appel uniquement en fonction du fait que la GLB avait priorité de rang sur la fiducie légale, et elle n'a entendu aucune plaidoirie ni statué sur la priorité de rang de la CGG.

16

The Court of Appeal began with the premise that BAS was a fixed and specific charge transferring legal title to the bank and not a floating charge

La Cour d'appel est partie du principe que la GLB était un privilège fixe et spécifique qui transférait le titre de propriété à la banque, et non pas

17

over inventory. For this proposition, the court relied upon two judgments of this Court, *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 1182, and *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, both decisions which the court considered binding upon it. As the claim of Her Majesty arose subsequent to the execution of the BAS, in the court's opinion, the deemed trust could have nothing to attach to. In addition, the court rejected the argument that the inventory was subject to a licence to sell which would provide Her Majesty with an opportunity to attach its interest. The Court of Appeal found *FBDB*, *supra*, relied upon by Agrios J. to be distinguishable on the basis that the intimacy in that case between the sale of inventory and the statutory trust was not present in the case before it. In contrast, in the present case, the court found no conceptual or evidentiary link between the sale of inventory and the withholding of payroll deductions. In any event, the court found that any licence to sell inventory only lasted until default, and as the sale in this case occurred well after any default by Sparrow, the licence must therefore have been extinguished at the relevant time. For these reasons, the Court of Appeal found that the BAS took priority over Her Majesty's deemed trust.

IV — Issues

18 There are two issues to be resolved in this appeal: (1) whether, on the facts of this case, Her Majesty's s. 227(5) *ITA* deemed trust takes priority over a previously executed GSA with respect to the proceeds of the sale of inventory; and (2) whether, on the facts of this case, Her Majesty's s. 227(5) *ITA* deemed trust takes priority over a previously executed BAS with respect to the proceeds of the sale of inventory?

V — Analysis

(A) *Introduction*

un privilège flottant sur les biens figurant dans un inventaire. Elle a invoqué, à l'appui de cette proposition, deux arrêts de notre Cour qui, selon elle, la liaient, à savoir *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182, et *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121. La cour était d'avis que, puisque la demande de Sa Majesté découlait de la signature de la GLB, la fiducie réputée était dépourvue d'objet. De plus, la cour a rejeté l'argument selon lequel les biens figurant dans l'inventaire faisaient l'objet d'une permission de vendre qui donnerait à Sa Majesté l'occasion de faire valoir son droit. La Cour d'appel a conclu que l'arrêt *FBDB*, précité, sur lequel s'était appuyé le juge Agrios, pouvait faire l'objet d'une distinction du fait que le lien de proximité qu'on y trouvait entre la vente des biens figurant dans l'inventaire et la fiducie légale n'existait pas dans l'affaire dont elle était saisie. Par contre, dans la présente affaire, la cour a conclu à l'absence de lien conceptuel ou probant entre la vente des biens figurant dans l'inventaire et les retenues sur la paye. De toute façon, la cour a conclu que toute permission de vendre les biens figurant dans l'inventaire ne valait que tant qu'il n'y aurait pas défaut et qu'étant donné que la vente en l'espèce avait eu lieu bien après le défaut de Sparrow, la permission ne devait donc plus être valide à l'époque pertinente. Pour ces motifs, la Cour d'appel a conclu que la GLB avait priorité de rang sur la fiducie réputée de Sa Majesté.

IV — Les questions en litige

Il y a deux questions à trancher en l'espèce: (1) celle de savoir si, d'après les faits de la présente affaire, la fiducie réputée que Sa Majesté détient en vertu du par. 227(5) *LIR* a priorité de rang sur une CGG antérieure, quant au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire, et (2), celle de savoir si, d'après les faits de la présente affaire, la fiducie réputée que Sa Majesté détient en vertu du par. 227(5) *LIR* a priorité de rang sur une GLB antérieure, quant au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire.

V — Analyse

(A) *Introduction*

The law reports are replete with cases involving competing claims between statutory liens and deemed trusts, such as the one found in s. 227 *ITA*, and other previously executed consensual security interests: *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, *supra*; *Board of Industrial Relations v. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 699; *Royal Bank of Canada v. G. M. Homes Inc.* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 244 (Sask. C.A.); *Roynat Inc. v. Ja-Sha Trucking & Leasing Ltd.*, [1992] 2 W.W.R. 641 (Man. C.A.); *FBDB, supra*; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. Manning Mercury Sales Ltd. (Trustee of)*, [1994] 6 W.W.R. 372 (Sask. Q.B.); *National Bank of Canada v. Director of Employment Standards* (1986), 5 P.P.S.A.C. 326 (Ont. Div. Ct.); *Abraham v. Coopers & Lybrand Ltd.* (1993), 13 O.R. (3d) 649 (Gen. Div.) (under appeal); *Armstrong v. Coopers & Lybrand Ltd.* (1986), 53 O.R. (2d) 468 (H.C.), *aff'd* (1987), 61 O.R. (2d) 129 (C.A.), leave refused, *sub nom. National Bank of Canada v. Armstrong*, [1988] 1 S.C.R. xii. The ubiquitousness of this legal dilemma in our courts speaks no doubt, at least in part, to the prevalence of the unfortunate factual situation which such statutory trusts and liens were meant to counter. Namely, such deemed trusts or liens are devices which legislators often employ in order to recover moneys which ought to have lawfully been paid to them but have been unlawfully misappropriated by a debtor who subsequently encounters financial difficulty and is forced into winding up its business, c.g., *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 23(3) and (4); *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 57(2) and (3); and the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 227(4) and (5). Indeed, it is perhaps more accurate to speculate that this sort of misappropriation of public funds is often a manifestation of an already-existing financial difficulty in a debtor's business, as a debtor foregoes statutory payments as required of it in order to increase artificially its supply of working capital.

At the same time that legislators have sought to protect the fiscal integrity of public institutions

Les recueils de jurisprudence regorgent de cas où il est question de demandes opposées relatives à des privilèges légaux et à des fiducies réputées, comme celle dont il est question à l'art. 227 *LJR*, et à des garanties consensuelles antérieures: *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, précité; *Commission des relations de travail c. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 699; *Royal Bank of Canada c. G.M. Homes Inc.* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 244 (C.A. Sask.); *Roynat Inc. c. Ja-Sha Trucking & Leasing Ltd.*, [1992] 2 W.W.R. 641 (C.A. Man.); *FBDB*, précité; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. c. Manning Mercury Sales Ltd. (Trustee of)*, [1994] 6 W.W.R. 372 (B.R. Sask.); *National Bank of Canada c. Director of Employment Standards* (1986), 5 P.P.S.A.C. 326 (C. div. Ont.); *Abraham c. Coopers & Lybrand Ltd.* (1993), 13 O.R. (3d) 649 (Div. gén.) (en appel); *Armstrong c. Coopers & Lybrand Ltd.* (1986), 53 O.R. (2d) 468 (H.C.), *conf. par* (1987), 61 O.R. (2d) 129 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, *sub nom. National Bank of Canada c. Armstrong*, [1988] 1 R.C.S. xii. L'omniprésence de ce dilemme juridique devant nos tribunaux témoigne, du moins en partie, du caractère généralisé de la situation de fait malheureuse à laquelle devaient parer ces fiducies et privilèges légaux. Les fiducies ou privilèges réputés sont des moyens auxquels les législateurs ont souvent recours pour recouvrer des sommes qui auraient dû leur être versées, mais qui ont été illégalement détournées par un débiteur qui a, par la suite, éprouvé des difficultés financières et s'est vu forcé de liquider son entreprise; voir, par exemple, le *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, par. 23(3) et (4), la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, par. 57(2) et (3), et la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), par. 227(4) et (5). En fait, il est peut-être plus exact de supposer que cette sorte de détournement de fonds publics indique souvent que l'entreprise d'un débiteur est déjà aux prises avec des difficultés financières lorsque celui-ci omet de faire les versements requis par la loi, afin d'accroître artificiellement son fonds de roulement.

En même temps que les législateurs ont cherché à préserver l'intégrité financière de corps publics

through the devices of statutory trusts and liens, however, they have also endeavoured to protect the security interests of those private institutions who are involved in providing credit to Canadian businesses. For example, the *Bank Act* has historically provided for the protection of the collateral of banking institutions. The current provision of the *Bank Act* granting a security interest in a debtor's inventory, s. 427, can be traced back over one hundred years to the enactment of its predecessor section, s. 74, in 1890 (S.C. 1890, c. 31). The historical and societal importance of this form of security was observed by this Court in *Hall, supra*, where, at p. 139, La Forest J. commented that "[i]n a word, the creation of the *Bank Act* security interest has been a key factor in the evolution of banking in this country". Later, at p. 140, La Forest J. concluded:

The above considerations establish, to my satisfaction, that the s. 178 security interest, which originated as a policy response to structural deficiencies in the lending regimes of the nascent Canadian economy, has, since its inception, played a primordial role in facilitating access to capital by several groups that play a key role in the national economy. [Emphasis added.]

21

More recently, provincial legislatures have moved to protect secured creditors generally through the enactment of personal property security legislation: e.g. *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10; *Personal Property Security Act*, S.B.C. 1989, c. 36; and the *PPSA*. These statutory regimes have been implemented to increase certainty and predictability in secured transactions through the creation of a coherent system of priorities: Ronald C. C. Cuning and Roderick J. Wood, *British Columbia Personal Property Security Act Handbook* (2nd ed. 1993), at pp. 4-5; *G.M. Homes Inc.*, *supra*, at p. 252. The benefits of such certainty in commercial transactions, on basic economic principles, are intended to accrue to the health of the economy in general.

22

It can be seen from the foregoing, therefore, that the priority competition between statutory trusts and consensual security interests represents, in a broad sense, a clash between conflicting legislative

au moyen de fiducies et de privilèges légaux, ils ont toutefois aussi tenté de protéger les garanties des établissements de crédit privés qui traitent avec des entreprises canadiennes. Par exemple, la *Loi sur les banques* a, de tout temps, assuré la protection des hiens donnés en garantie aux établissements bancaires. La disposition actuelle de la *Loi sur les banques* qui accorde une garantie sur les biens figurant dans l'inventaire d'un débiteur, à savoir l'art. 427, remonte à l'adoption de l'art. 74, il y a plus de cent ans, en 1890 (S.C. 1890, ch. 31). L'importance historique et sociale de ce type de garantie a été soulignée par notre Cour dans l'arrêt *Hall*, précité, où le juge La Forest fait remarquer, à la p. 139, qu'«[e]n un mot, l'établissement de la sûreté de la *Loi sur les banques* a joué un rôle-clé dans l'évolution des opérations bancaires au pays». Le juge La Forest conclut ensuite, à la p. 140:

Les considérations qui précèdent me convainquent que la sûreté de l'art. 178, qui tire son origine d'une réponse du législateur aux déficiences structurelles des régimes de crédit dans l'économie canadienne naissante, a, depuis son avènement, joué un rôle primordial en permettant à plusieurs groupes qui jouent un rôle-clé dans l'économie nationale d'obtenir plus facilement des capitaux. [Je souligne.]

Plus récemment, les législateurs provinciaux ont entrepris de protéger les créanciers garantis, en adoptant généralement des lois en matière de sûretés mobilières: par exemple, la *Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, ch. P.10, la *Personal Property Security Act*, S.B.C. 1989, ch. 36, et la *PPSA*. Ces régimes législatifs ont été adoptés pour accroître la certitude et la prévisibilité des opérations garanties en créant un système cohérent de priorités: Ronald C. C. Cuning et Roderick J. Wood, *British Columbia Personal Property Security Act Handbook* (2^e éd. 1993), aux pp. 4 et 5; *G.M. Homes Inc.*, précité, à la p. 252. Sur le plan des principes économiques, les avantages de cette certitude dans les opérations commerciales sont destinés à accroître la santé de l'économie en général.

Par conséquent, il ressort de ce qui précède que la concurrence pour la priorité de rang entre les fiducies légales et les garanties consensuelles représente, au sens large, un affrontement entre des

objectives. To this extent, then, a resolution of the priority competition in the present case requires a sensitivity to the differing legislative objectives here at play. In particular, however, to the extent that the aim of personal property security regimes is to effect certainty in commercial transactions, the interpretation by the courts of such legislation and the development of the jurisprudence generally in this area must, to every extent possible, seek to achieve predictable results.

It has been unfortunate that the development of the case law, to this point, has not inspired the degree of certainty which is so manifestly desirable in this area of commercial law. Indeed, the jurisprudence has been referred to as a "troubled area of the law" (*Manitoba (Minister of Labour) v. Omega Autobody Ltd. (Receiver of)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 34 (Man. C.A.), at p. 36), and has been the subject of, at times, scathing academic criticism (Roderick J. Wood, "Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*" (1995), 10 *B.F.L.R.* 429, and Roderick J. Wood and Michael I. Wylie, "Non-Consensual Security Interests in Personal Property" (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1055). The general view, I believe, has been summarized by Professor Wood in his most helpful case commentary, "Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*", *supra*, at p. 430: "[i]t is somewhat of an embarrassment that after more than two decades we still cannot confidently predict the outcome of a priority dispute between a deemed trust and a security interest". The above judicial and academic commentary, I believe, invites this Court to proceed steadfastly towards the pronouncement of clear principles to be applied in determining the priority between statutory trusts and consensual security interests.

With these general observations in mind, I will now proceed to analyze the specific aspects of the competing claims advanced by the parties in the present case.

objectifs législatifs conflictuels. Dans cette mesure, la détermination de la priorité de rang en l'espèce exige alors que l'on tienne compte des objectifs législatifs divergents qui entrent en jeu ici. Plus particulièrement, toutefois, dans la mesure où les régimes de sûretés mobilières visent à créer la certitude en matière d'opérations commerciales, l'interprétation de ces textes législatifs par les tribunaux et l'évolution de la jurisprudence en général dans ce domaine doivent, le plus possible, viser l'atteinte de résultats prévisibles.

Il est malheureux que, jusqu'à maintenant, la jurisprudence n'ait pas su susciter la certitude qui est si manifestement souhaitable dans ce domaine du droit commercial. En fait, la jurisprudence a été qualifiée de [TRADUCTION] «secteur trouble du droit» (*Manitoba (Minister of Labour) c. Omega Autobody Ltd. (Receiver of)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 34 (C.A. Man.), à la p. 36), et elle a fait l'objet, à certains moments, de critiques acerbes de la part d'auteurs de doctrine (Roderick J. Wood, «Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*» (1995), 10 *B.F.L.R.* 429, ainsi que Roderick J. Wood et Michael I. Wylie, «Non-Consensual Security Interests in Personal Property» (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1055). L'opinion générale a, je crois, été résumée par le professeur Wood dans son commentaire de décision fort utile, «Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*», *loc. cit.*, à la p. 430: [TRADUCTION] «[i]l est quelque peu embarrassant de constater qu'après plus de deux décennies, nous ne pouvons toujours pas prédire en toute confiance le résultat d'un litige quant à la priorité de rang entre une fiducie réputée et une garantie». Les commentaires ci-dessus tirés de la jurisprudence et de la doctrine invitent, je crois, notre Cour à s'orienter résolument vers une énonciation de principes clairs qui permettront de déterminer la priorité de rang entre les fiducies légales et les garanties consensuelles.

Gardant à l'esprit ces observations générales, je vais maintenant entreprendre l'analyse des aspects particuliers des demandes opposées que les parties ont présentées en l'espèce.

(B) *The Nature of Section 227(4) and (5) Statutory Trusts*

25

Section 153(1)(a) *ITA* places an affirmative duty upon employers to deduct and withhold amounts from their employees' pay cheques, and remit those withholdings to the Receiver General on account of the employees' tax payable. By virtue of s. 153(3) *ITA*, these withholdings are deemed to become the property of the employee:

153. ...

(3) When an amount has been deducted or withheld under subsection (1), it shall, for all the purposes of this Act, be deemed to have been received at that time by the person to whom the remuneration, benefit, payment, fees, commissions or other amounts were paid.

In a perfect world, these deductions would be made, a cash fund would be set aside by the employer, and the withheld amounts would be promptly remitted to the Receiver General when due. The deducted amounts, lawfully the property of the employee, would in this way be transferred to Her Majesty to be set against his overall tax payable.

26

As a practical reality, however, these deductions are often not remitted as required under the *ITA*. Instead, the withholdings are commonly made solely as a book entry, and therefore the deduction of taxes from wages becomes merely a notional transaction; no cash is actually set aside for remittance and, often, the deductions are not transferred to the Receiver General: see, e.g., *Re Deslauriers Construction Products Ltd.*, [1970] 3 O.R. 599 (C.A.), at p. 601. It is at this point which a business becomes indebted to Her Majesty for the amount of moneys only fictionally deducted. I hasten to add, however, that while it can be said Her Majesty at this point becomes *de facto*, if not *de jure*, a creditor of the non-remitting employer, the arrangement is dissimilar to an ordinary debtor-creditor situation in two fundamental respects. First, in contrast to usual negotiated credit arrangements, this transaction is of manifestly a non-consensual nature. Second, by virtue of s. 153(3), the debtor can in law be considered to

(B) *La nature des fiducies légales créées par les par. 227(4) et (5)*

L'alinéa 153(1)a *LIR* impose aux employeurs l'obligation positive de déduire et de retenir des sommes du chèque de paye de leurs employés, et de remettre ces retenues au receveur général au titre de l'impôt exigible des employés. En vertu du par. 153(3) *LIR*, ces retenues sont réputées appartenir à l'employé:

153. ...

(3) Lorsqu'une somme a été déduite ou retenue en vertu du paragraphe (1), elle est, pour l'application générale de la présente loi, réputée avoir été reçue à ce moment par la personne à qui la rémunération, la prestation, le paiement, les honoraires, les commissions ou d'autres sommes ont été payés.

Idéalement, ces deductions seraient faites, un fonds de caisse serait mis de côté par l'employeur et les sommes retenues seraient promptement versées au receveur général à échéance. Les sommes déduites, qui sont légalement la propriété de l'employé, seraient ainsi transférées à Sa Majesté pour être défalquées du montant global de l'impôt dû par cet employé.

En pratique, toutefois, il arrive souvent que ces deductions ne soient pas versées conformément aux exigences de la *LIR*. Au lieu de cela, les retenues ne sont généralement qu'une inscription comptable et, par conséquent, la déduction de l'impôt du salaire devient simplement une opération abstraite; aucune somme d'argent n'est véritablement mise de côté en vue d'être versée et, souvent, ces deductions ne sont pas transférées au receveur général: voir, par exemple, *Re Deslauriers Construction Products Ltd.*, [1970] 3 O.R. 599 (C.A.), à la p. 601. C'est à ce moment qu'une entreprise devient endettée envers Sa Majesté relativement aux sommes qui n'ont fait l'objet que d'une déduction fictive. Cependant, je m'empresse d'ajouter que bien que l'on puisse dire que Sa Majesté devient alors, en fait, sinon en droit, un créancier de l'employeur en défaut, la situation diffère, à deux égards importants, de celle qui existe normalement dans le cas d'un créancier et de son débiteur. Premièrement, contrairement aux ententes de

be utilizing an asset which is the property of its employees. In this sense, it is not inaccurate to characterize the non-remittance of payroll deductions as a "misappropriation" of the property of another. Indeed, the authorities, correctly in my view, commonly refer to the conduct of the tax debtor in this manner: *Roynat, supra*, at p. 646, *per Twaddle J.A.*; and *Pembina on the Red Development Corp. Ltd. v. Triman Industries Ltd.* (1991), 85 D.L.R. (4th) 29 (Man. C.A.), at p. 48, *per Lyon J.A.* dissenting.

The economic reality of this sort of misappropriation of statutory deductions is artificially to increase the working capital of the tax debtor. By foregoing a cash payment to Her Majesty in the amount of the payroll deductions, the tax debtor is able to utilize the freed resources elsewhere in its business. The effect of non-remittance was summarized by Lyon J.A. in his dissenting reasons in *Pembina on the Red Development, supra*, at p. 48:

... either the tax debtor used the misappropriated deductions for its own purposes or the pool of moneys available for distribution to the tax debtor's creditors ... has been increased by the amount which the tax debtor failed to remit to the Receiver-General.

It is against the backdrop of this unfortunate factual scenario that the provisions of s. 227(4) and (5) can be seen to have been enacted. While it can be said that at the point of withholding the employer becomes the trustee of a fund which is in law the property of its employee, s. 227(4) has the effect of making Her Majesty the beneficiary under that trust. I agree with the observation of the mechanics of s. 227(4) made by Twaddle J.A. in *Roynat, supra*, at p. 646, where he states:

Although [s. 227(4)] calls the trust created by it a deemed one, the trust is in truth a real one. The employer is required to deduct from his employees' wages the amounts due by the employees under the statute. This money does not belong to the employer any-

crédit négociées normalement, l'opération n'est manifestement pas de nature consensuelle. Deuxièmement, en vertu du par. 153(3), on peut considérer, en droit, que le débiteur utilise un élément d'actif appartenant à ses employés. En ce sens, il n'est pas inexact de qualifier le non-versement des retenues sur la paye de «détournement» du bien d'autrui. En fait, la jurisprudence qualifie ainsi souvent, et correctement à mon avis, la conduite du débiteur fiscal: *Roynat*, précité, à la p. 646, le juge Twaddle, et *Pembina on the Red Development Corp. Ltd. c. Triman Industries Ltd.* (1991), 85 D.L.R. (4th) 29 (C.A. Man.), à la p. 48, le juge Lyon, dissident.

Sur le plan économique, ce genre de détournement des retenues effectuées en vertu de la loi contribue à accroître artificiellement le fonds de roulement du débiteur fiscal. En ne versant pas à Sa Majesté le montant des retenues sur la paye, le débiteur fiscal est en mesure d'utiliser ailleurs dans son entreprise les ressources libérées. Dans les motifs de dissidence qu'il a rédigés dans *Pembina on the Red Development*, précité, le juge Lyon résume l'incidence du non-versement, à la p. 48:

[TRADUCTION] ... soit que le débiteur fiscal a utilisé les retenues détournées pour ses propres fins, soit que la somme globale susceptible d'être répartie entre les créanciers du débiteur fiscal [...] a été augmentée du montant que le débiteur fiscal a omis de verser au receveur général.

On peut considérer que les dispositions des par. 227(4) et (5) ont été adoptées dans le contexte de ce malheureux scénario. Quoique l'on puisse dire qu'au moment d'effectuer les retenues l'employeur devient le fiduciaire de sommes qui, en droit, appartiennent à ses employés, le par. 227(4) a pour effet de faire de Sa Majesté le bénéficiaire de cette fiducie. Je suis d'accord avec les observations que le juge Twaddle fait quant au fonctionnement du par. 227(4), dans *Roynat*, précité, à la p. 646:

[TRADUCTION] Bien que [le par. 227(4)] désigne la fiducie ainsi créée comme étant une fiducie réputée, cette fiducie est, à vrai dire, réelle. L'employeur doit déduire du salaire de ses employés les sommes qu'ils doivent en vertu de la loi. Cet argent n'appartient plus à l'em-

more. It belongs to the employees. The employer holds it in a statutory trust to satisfy their obligations.

The conceptual difficulty arises, of course, when the tax debtor fails to set aside moneys which are to be remitted. At this point, the subject of Her Majesty's beneficial interest becomes intermingled with the general assets of the tax debtor. As Twaddle J.A. rightly observed in *Roynat, supra*, at p. 646, "Her Majesty's claim . . . then be[comes] that of a beneficiary under a non-existent trust". In short, the misappropriation of statutory deductions conceptually problematizes the legal vehicle — the concept of the trust — which Parliament has invoked in order to regain the moneys lawfully owed to Her Majesty.

²⁹ This conceptual dilemma is resolved by s. 227(5). That provision states that:

227. . . .

(5) Notwithstanding any provision of the *Bankruptcy Act*, in the event of any liquidation, assignment, receivership or bankruptcy of or by a person, an amount equal to any amount

(a) deemed by subsection (4) to be held in trust for Her Majesty, . . .

shall be deemed to be separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the person's own moneys or from the assets of the estate.

The effect of s. 227(5) naturally falls to be determined through a proper interpretation of the language contained in that subsection.

³⁰ This Court recently had occasion to review the principles of law to be applied to the interpretation of tax legislation. In *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*; *Toronto-Dominion Bank v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963, at pp. 975-76, Cory J. quoted

ployeur. Il appartient aux employés. L'employeur le conserve dans une fiducie légale dans le but de remplir leurs obligations.

La difficulté conceptuelle survient, bien sûr, lorsque le débiteur fiscal omet de mettre de côté les sommes qui doivent être versées. L'objet du droit que Sa Majesté possède à titre bénéficiaire se confond alors avec l'ensemble de l'actif du débiteur fiscal. Comme le juge Twaddle le fait observer, à juste titre, dans *Roynat*, précité, à la p. 646, [TRANSDUCTION] «la créance de Sa Majesté [. . .] dev[ient] alors celle d'un bénéficiaire d'une fiducie inexistante». Bref, le détournement des déductions effectuées en vertu de la loi rend problématique, sur le plan conceptuel, le moyen légal — le concept de fiducie — que le législateur a invoqué pour récupérer les sommes légalement dues à Sa Majesté.

Ce dilemme conceptuel est résolu par le par. 227(5). Ce paragraphe se lit ainsi:

227. . . .

(5) Malgré la *Loi sur la faillite*, en cas de liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite d'une personne, un montant égal à l'un ou l'autre des montants suivants est considéré comme tenu séparé et ne formant pas partie du patrimoine visé par la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, que ce montant ait été ou non, en fait, tenu séparé des propres fonds de la personne ou des éléments du patrimoine:

a) le montant réputé, selon le paragraphe (4), être détenu en fiducie pour Sa Majesté;

Naturellement, il reste à déterminer, par une interprétation juste de son libellé, quel est l'effet du par. 227(5).

Notre Cour a récemment eu l'occasion d'examiner les principes de droit qui doivent être appliqués à l'interprétation des lois fiscales. Dans *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*; *Banque Toronto-Dominion c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963, aux

this Court's decision in *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at pp. 112-14, where the relevant principles were summarized as follows:

In interpreting sections of the *Income Tax Act*, the correct approach, as set out by Estey J. in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, is to apply the plain meaning rule. Estey J. at p. 578 relied on the following passage from E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

The principle that the plain meaning of the relevant sections of the *Income Tax Act* is to prevail unless the transaction is a sham has recently been affirmed by this Court in *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312. Iacobucci J., writing for the Court, held at pp. 326-27 that:

While it is true that the courts must view discrete sections of the *Income Tax Act* in light of the other provisions of the Act and of the purpose of the legislation, and that they must analyze a given transaction in the context of economic and commercial reality, such techniques cannot alter the result where the words of the statute are clear and plain and where the legal and practical effect of the transaction is undisputed: *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175, at p. 194; see also *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695.

I accept the following comments on the *Antosko* case in P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), Section 22.3(c) "Strict and purposive interpretation", at pp. 453-54:

It would introduce intolerable uncertainty into the *Income Tax Act* if clear language in a detailed provision of the Act were to be qualified by unexpressed exceptions derived from a court's view of the object and purpose of the provision . . . (The *Antosko* case) is simply a recognition that "object and purpose" can play only a limited role in the interpretation of a statute that is as precise and detailed as the *Income Tax Act*. When a provision is couched in specific language that admits of no doubt or ambiguity in its

pp. 975 et 976, le juge Cory cite l'arrêt de notre Cour *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, où les principes pertinents sont résumés ainsi, aux pp. 112 à 114:

Pour interpréter les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il convient, comme l'affirme le juge Estey dans l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, d'appliquer la règle du sens ordinaire. À la page 578, le juge Estey se fonde sur le passage suivant de l'ouvrage de E. A. Driedger, intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87:

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Le principe voulant que le sens ordinaire des dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévale, à moins d'être en présence d'une opération simulée, a récemment été approuvé par notre Cour dans l'arrêt *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312. Le juge Iacobucci affirme, au nom de la Cour, aux pp. 326 et 327:

Même si les tribunaux doivent examiner un article de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à la lumière des autres dispositions de la Loi et de son objet, et qu'ils doivent analyser une opération donnée en fonction de la réalité économique et commerciale, ces techniques ne sauraient altérer le résultat lorsque les termes de la Loi sont clairs et nets et que l'effet juridique et pratique de l'opération est incontesté: *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175, à la p. 194; voir également *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695.

J'accepte les commentaires suivants qui ont été faits à l'égard de l'arrêt *Antosko* dans l'ouvrage de P. W. Hogg et J. E. Magee, intitulé *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), dans la section 22.3c) [TRADUCTION] «Interprétation stricte et fondée sur l'objet visé», aux pp. 453 et 454:

[TRADUCTION] La Loi de l'impôt sur le revenu serait empreinte d'une incertitude intolérable si le libellé clair d'une disposition détaillée de la Loi était nuancé par des exceptions tacites tirées de la conception qu'un tribunal a de l'objet de la disposition. (. . .) (L'arrêt *Antosko*) ne fait que reconnaître que «l'objet» ne peut jouer qu'un rôle limité dans l'interprétation d'une loi aussi précise et détaillée que la Loi de l'impôt sur le revenu. Lorsqu'une disposition est rédigée dans des termes précis qui n'engen-

application to the facts, then the provision must be applied regardless of its object and purpose. Only when the statutory language admits of some doubt or ambiguity in its application to the facts is it useful to resort to the object and purpose of the provision.

At pp. 976-77 of *Alberta (Treasury Branches)*, *supra*, Cory J. concluded:

Thus, when there is neither any doubt as to the meaning of the legislation nor any ambiguity in its application to the facts then the statutory provision must be applied regardless of its object or purpose. I recognize that agile legal minds could probably find an ambiguity in as simple a request as "close the door please" and most certainly in even the shortest and clearest of the ten commandments. However, the very history of this case with the clear differences of opinion expressed as between the trial judges and the Court of Appeal of Alberta indicates that for able and experienced legal minds, neither the meaning of the legislation nor its application to the facts is clear. It would therefore seem to be appropriate to consider the object and purpose of the legislation. Even if the ambiguity were not apparent, it is significant that in order to determine the clear and plain meaning of the statute it is always appropriate to consider the "scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament".

31 In the present case, I find the language in s. 227(5) to be clear and unambiguous, especially when viewed as a provision directly following s. 227(4), which renders amounts unremitted as held in trust for Her Majesty. In my view, this section is designed to, upon liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, seek out and attach Her Majesty's beneficial interest to property of the debtor which at that time is in existence. The trust is not in truth a real one, as the subject matter of the trust cannot be identified from the date of creation of the trust: D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at p. 117. However, s. 227(5) has the effect of revitalizing the trust whose subject matter has lost all identity. This identification of the subject matter of the trust therefore occurs *ex post facto*. In this respect, I agree with the conclusion of Twaddle J.A. in *Roynat*, *supra*, where he states the effect of s. 227(5) as follows, at p. 647: "Her Majesty has a statutory right of access

drent aucun doute ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée nonobstant son objet. Ce n'est que lorsque le libellé de la loi engendre un certain doute ou une certaine ambiguïté, quant à son application aux faits, qu'il est utile de recourir à l'objet de la disposition.

Aux pages 976 et 977 de l'arrêt *Alberta (Treasury Branches)*, précité, le juge Cory conclut:

En conséquence, lorsqu'il n'y a aucun doute quant au sens d'une mesure législative ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée indépendamment de son objet. Je reconnais que des juristes habiles pourraient probablement déceler une ambiguïté dans une demande aussi simple que «fermez la porte, s'il vous plaît», et très certainement même dans le plus court et le plus clair des dix commandements. Cependant, l'historique même de la présente affaire, conjugué aux divergences évidentes d'opinions entre les juges de première instance et la Cour d'appel de l'Alberta, révèle que, pour des juristes doués et expérimentés, ni le sens de la mesure législative ni son application aux faits ne sont clairs. Il semblerait donc convenir d'examiner l'objet de la mesure législative. Même si l'ambiguïté n'était pas apparente, il importe de signaler qu'il convient toujours d'examiner «l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur» pour déterminer le sens manifeste et ordinaire de la loi en cause.

En l'espèce, j'estime que le texte du par. 227(5) est clair et sans ambiguïté, compte tenu, particulièrement, du fait que cette disposition suit immédiatement le par. 227(4), qui prévoit que les sommes non versées sont conservées en fiducie pour Sa Majesté. À mon avis, ce paragraphe vise, en cas de liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, à rattacher le droit que Sa Majesté détient à titre bénéficiaire aux biens que le débiteur possède alors. À vrai dire, la fiducie n'est pas réelle, étant donné que son objet ne peut être identifié à compter de la date de création de la fiducie: D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), à la p. 117. Cependant, le par. 227(5) a pour effet de revitaliser la fiducie dont l'objet a perdu toute identité. L'identification de l'objet de la fiducie est donc faite après coup. À cet égard, je suis d'accord avec la conclusion que le juge Twaddle tire dans l'arrêt *Roynat*, précité, lorsqu'il affirme, à la p. 647, au sujet de l'effet du par. 227(5), que

to whatever assets the employer then has, out of which to realize the original trust debt due to Her”.

I add that this approach was taken to a provision substantially similar to s. 227(5) by Gale C.J. in *Re Deslauriers Construction Products Ltd.*, *supra*, at p. 601, whose reasoning was affirmed by this Court in *Dauphin Plains*, *supra*. The *Deslauriers* case, *supra*, involved a priority competition between a trustee-in-bankruptcy and a statutory deemed trust provision created under the *Canada Pension Plan*, S.C. 1964-65, c. 51. Section 24(3) and (4) of that Act stated:

24. . . .

(3) Where an employer has deducted an amount from the remuneration of an employee as or on account of any contribution required to be made by the employee but has not remitted such amount to the Receiver General of Canada, the employer shall keep such amount separate and apart from his own moneys and shall be deemed to hold the amount so deducted in trust for Her Majesty.

(4) In the event of any liquidation, assignment or bankruptcy of an employer, an amount equal to the amount that by subsection (3) is deemed to be held in trust for Her Majesty shall be deemed to be separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment or bankruptcy, whether or not that amount has in fact been kept separate and apart from the employer's own moneys or from the assets of the estate.

This Court in *Dauphin Plains*, *supra*, at p. 1198, approved of Gale C.J.'s conclusion as to the interpretation of s. 24(4) (at p. 601 of *Deslauriers*, *supra*):

It seems to us that s-s. (4), and particularly the concluding six words thereof, were inserted in the Act specifically for the purpose of taking the moneys equivalent to the deductions out of the estate of the bankrupt by the creation of a trust and making those moneys the property of the Minister.

This interpretation of s. 227(5) also has the virtue of being consistent with the scheme of distribu-

[TRADUCTION] «la Loi confère à Sa Majesté un droit d'accès à tous les éléments d'actif, quels qu'ils soient, que l'employeur possède alors, au moyen desquels elle peut réaliser la fiducie initiale dont elle est bénéficiaire».

J'ajoute que, dans l'arrêt *Re Deslauriers Construction Products Ltd.*, précité, à la p. 601, le juge en chef Gale a adopté ce point de vue relativement à une disposition semblable au par. 227(5), et que notre Cour a confirmé la validité de son raisonnement dans l'arrêt *Dauphin Plains*, précité. Dans l'affaire *Deslauriers*, précitée, un syndic de faillite et le bénéficiaire d'une fiducie légale réputée créée par le *Régime de pensions du Canada*, S.C. 1964-65, ch. 51, se faisaient la lutte pour obtenir la priorité de rang. Les paragraphes 24(3) et (4) de cette loi prévoient ceci:

24. . . .

(3) L'employeur qui a déduit de la rémunération d'un employé un montant au titre de la cotisation que ce dernier est tenu de verser, ou à valoir sur celle-ci, mais ne l'a pas remis au receveur général du Canada, doit garder ce montant à part, en un compte distinct du sien et il est réputé détenir le montant ainsi déduit en fiducie pour Sa Majesté.

(4) En cas de liquidation, de cession ou de faillite d'un employeur, un montant égal à celui qui, selon le paragraphe (3), est réputé détenu en fiducie pour Sa Majesté doit être considéré comme étant séparé et ne formant pas partie des biens en liquidation, cession ou faillite, que ce montant ait été ou non, en fait, conservé distinct et séparé des propres fonds de l'employeur ou de la masse des biens.

À la page 1198 de l'arrêt *Dauphin Plains*, précité, notre Cour approuve la conclusion du juge en chef Gale (à la p. 601 de l'arrêt *Deslauriers*, précité) quant à l'interprétation du par. 24(4):

[TRADUCTION] Il nous semble que le par. (4), en particulier les six derniers mots, a été inséré dans la Loi dans le but spécifique de soustraire de la masse des biens du failli, par la création d'une fiducie, un montant équivalent aux déductions et d'en faire la propriété du ministre.

Cette interprétation du par. 227(5) a aussi l'avantage d'être compatible avec le régime de

tion under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3. Section 67 of that Act expressly removes claims for unremitted payroll deductions, which are held in trust (*inter alia*) pursuant to s. 227 ITA, from the bankrupt's estate:

67. (1) The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

(a) property held by the bankrupt in trust for any other person,

(2) Subject to subsection (3), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a bankrupt shall not be regarded as held in trust for Her Majesty for the purpose of paragraph (1)(a) unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(3) Subsection (2) does not apply in respect of subsections 227(4) and (5) of the *Income Tax Act*, subsections 23(3) and (4) of the *Canada Pension Plan* or subsections 57(2) and (3) of the *Unemployment Insurance Act*

34

It is to be observed that in addition to attaching Her Majesty's interest to the debtor's property upon the triggering of any of the events mentioned in s. 227(5), the deemed trust operates to the benefit of Her Majesty in a secondary manner. Namely, s. 227(5) permits Her Majesty's interest to attach to collateral which is subject to a fixed charge if the deductions giving rise to Her Majesty's claim arose before that charge attached to that collateral. This proposition flows from the decision of this Court in *Dauphin Plains*, *supra*. *Dauphin Plains* involved a determination as to priority in respect of the proceeds of a liquidation sale of a receiver-manager. In that case, the claims of Her Majesty (*inter alia*) arose by virtue of the non-remittance of payroll deductions in regard to payments under the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1970, c. C-5, and the *Unemployment Insurance Act*, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48. Those Acts provided Her Majesty with claims pursuant to deemed trusts whose language is substantially similar to the version of s. 227(4)

répartition établi par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3. L'article 67 de cette loi retire expressément de la masse des biens du failli les créances relatives à des retenues sur la paye non versées et conservées en fiducie (notamment) en vertu de l'art. 227 LIR:

67. (1) Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants:

a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne;

(2) Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, pour l'application de l'alinéa (1)a), être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(3) Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard des paragraphes 227(4) et (5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) et (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 57(2) et (3) de la *Loi sur l'assurance-chômage* . . .

Il faut remarquer qu'en plus de rattacher le droit de Sa Majesté aux biens du débiteur lorsque survient l'un des événements précisés au par. 227(5), la fiducie réputée profite encore à Sa Majesté d'une manière accessoire, en ce sens que le par. 227(5) permet de rattacher le droit de Sa Majesté à un bien donné en garantie qui est grevé d'un privilège fixe, si les déductions à l'origine de la demande de Sa Majesté ont été faites avant que le privilège ne soit rattaché au bien donné en garantie. Cette proposition découle de l'arrêt de notre Cour *Dauphin Plains*, précité, où il était question de déterminer l'ordre de priorité quant au produit d'une vente de liquidation d'un administrateur-séquestre. Dans cette affaire, les créances de Sa Majesté (notamment) résultaient du non-versement de retenues sur la paye liées à l'application du *Régime de pensions du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-5, et de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48. Ces lois rendaient Sa Majesté bénéficiaire de créances conformément à

and (5) at issue in this appeal. In finding that these claims took precedence over a floating charge which had crystallized after the deductions at issue were actually made, Pigeon J. stated at p. 1199:

It should first be observed that, for reasons similar to those on which the decision in the *Avco* case, *supra*, was based, the claim for Pension Plan and Unemployment Insurance deductions cannot affect the proceeds of realization of property subject to a fixed and specific charge. From the moment such charge was created, the assets subject thereto, were no longer the property of the debtor except subject to that charge. The claim for the deductions arose subsequently and thus cannot affect this charge in the absence of a statute specifically so providing. However, the floating charge did not crystallize prior to the issue of the writ and the appointment of the receiver. In the present case it makes no difference which of the two dates is selected, both are subsequent to the deductions. [Emphasis added.]

Thus, s. 227(5) alternatively permits Her Majesty's interest to attach retroactively to the disputed collateral if the competing security interest has attached after the deductions giving rise to Her Majesty's claim in fact occurred. Conceptually, the s. 227(5) deemed trust allows Her Majesty's claim to go back in time and attach its outstanding s. 227(4) interest to the collateral before that collateral became subject to a fixed charge. The same result occurs when a statutory lien attaches prior to the mortgaging of disputed collateral. In *Avco*, *supra*, this Court *per* Martland J. commented upon just such a scenario, at p. 706:

From that date, the lien attaches to the employer's property and, as provided in subs. (1), it will take priority over any other claim, including an assignment or mortgage. In other words, after the lien attaches, its priority is unaffected by a disposition of his property made by the employer. Where a mortgage has been made prior to the lien attaching, it is not affected. The lien will only attach to the employer's equity in that property. [Emphasis added.]

des fiducies réputées créées en vertu de dispositions dont le texte était fort semblable à celui des par. 227(4) et (5) dont il est question en l'espèce. En concluant que ces créances avaient priorité sur un privilège flottant qui s'était cristallisé après que les retenues en cause eurent été faites, le juge Pigeon a affirmé à la p. 1199:

Il faut d'abord faire remarquer que, pour des raisons analogues à celles qui motivent l'arrêt *Avco* précité, la réclamation des déductions au titre du Régime de pensions et de l'assurance-chômage ne peut affecter le produit de la réalisation de biens grevés d'un privilège fixe et spécifique. À partir de la création de cette charge, l'actif qui en est grevé n'est plus la propriété du débiteur qu'à charge de ce privilège. La réclamation des déductions est née plus tard et ne peut donc primer ce privilège en l'absence d'une loi le prescrivant spécifiquement. Cependant, le privilège général ne s'est pas cristallisé avant la délivrance du bref d'assignation et la nomination du séquestre. En l'espèce, que l'on choisisse l'une ou l'autre date n'a pas d'importance, les deux étant postérieures aux déductions. [Je souligne.]

Ainsi, le par. 227(5) permet subsidiairement de rattacher rétroactivement le droit de Sa Majesté au bien en litige donné en garantie, si la garantie concurrente s'est concrétisée après que les déductions à l'origine de la créance de Sa Majesté eurent été faites. Sur le plan conceptuel, la fiducie réputée, visée au par. 227(5), permet à la créance de Sa Majesté de s'appliquer rétroactivement et de rattacher le droit qu'elle possède en vertu du par. 227(4) au bien donné en garantie avant qu'il devienne grevé d'un privilège fixe. La même chose se produit lorsqu'un privilège légal s'applique avant la constitution d'une hypothèque sur un bien en litige donné en garantie. Dans l'arrêt *Avco*, précité, le juge Martland, s'exprimant au nom de notre Cour, fait le commentaire suivant au sujet d'un tel scénario (à la p. 706):

À compter de ce jour, le privilège s'applique aux biens de l'employeur et, comme le prévoit le par. (1), il prévaut sur toute autre créance, y compris une cession ou une hypothèque. En d'autres termes, lorsque le privilège s'applique, l'ordre de préférence n'est pas modifié par une disposition du bien par l'employeur. L'hypothèque consentie avant la création du privilège n'est pas touchée. Le privilège s'applique uniquement au droit de l'employeur dans ce bien. [Je souligne.]

See also *G.M. Homes Inc.*, *supra*, at p. 250.

Voir aussi *G.M. Homes Inc.*, précité, à la p. 250.

35 In this appeal, however, the deductions of tax from the employees' pay cheques occurred after the attachment of the bank's fixed charge to the inventory. As such, this second aspect of s. 227(5)'s operation is not at issue in this case.

En l'espèce, toutefois, les retenues fiscales sur la paye des employés ont été effectuées après que le privilège fixe de la banque eut grevé les biens figurant dans l'inventaire. C'est pourquoi ce second aspect de l'application du par. 227(5) n'est pas en cause ici.

36 I find support for the interpretation of s. 227(5) that I have taken in as much as it is consistent with the overall purpose of s. 227(4) and (5). In *Pembina on the Red Development*, *supra*, Lyon J.A. (dissenting) had occasion to comment upon the purpose of the predecessor section to the current s. 224(1.2) *ITA*, namely s. 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, which were added by S.C. 1987, c. 46, s. 66. I find that Lyon J.A.'s comments in this respect to be fully applicable to the articulation of the purpose of s. 227(5). At p. 51, Lyon J.A. stated:

J'appuie mon interprétation du par. 227(5) sur sa compatibilité avec l'objet global des par. 227(4) et (5). Dans *Pembina on the Red Development*, précité, le juge Lyon (dissident) s'est exprimé sur l'objet des dispositions qui ont précédé l'actuel par. 224(1.2) *LIR*, notamment les par. 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, qui ont été ajoutés par L.C. 1987, ch. 46, art. 66. Je considère que les commentaires du juge Lyon à cet égard s'appliquent parfaitement à la détermination de l'objet du par. 227(5). Le juge Lyon affirme, à la p. 51:

One must always remember that the withholding tax or source deduction to which s. 224 applies is at the heart of the collection procedures for personal income taxation in Canada. Indeed, if one makes a calculation from the statistics reported in "Taxation Statistics, 1987", a publication of Revenue Canada Taxation, Catalogue No. RV-1987, one finds that 87% of all personal income taxes paid in Canada are collected by source deductions. It can thus be seen that Parliament in passing s. 224(1.2) made it as all-encompassing as it is in order to ensure its continued viability. No other system is so crucial to the overall collection procedure adopted by the Crown. Parliament clearly meant to protect this system. Using the employer as a tax collector requires such extra protection in cases such as the one at bar where the employer converts the withheld tax money to its own purposes. Understandably, that conversion cannot be countenanced if the integrity of that system is to be preserved. Parliament, therefore, acting within its constitutional authority, has taken this extraordinary remedy to protect a major collection source.

[TRADUCTION] Il faut toujours se rappeler que les retenues fiscales ou à la source, auxquelles s'applique l'art. 224, sont au cœur des procédures de perception de l'impôt sur le revenu des particuliers au Canada. En réalité, si on fait un calcul à partir des statistiques fournies par Revenue Canada Impôt dans sa publication «Statistiques fiscales de 1987», n° de catalogue RV-1987, on découvre que 87 pour 100 de tout l'impôt sur le revenu des particuliers payé au Canada est perçu au moyen de retenues à la source. On peut donc constater qu'en adoptant le par. 224(1.2), le législateur a voulu qu'il englobe tout afin d'en garantir la viabilité. Aucun autre système n'est aussi crucial pour la procédure générale de perception adoptée par l'État. Le législateur a nettement voulu protéger ce système. Le recours à l'employeur comme percepteur d'impôt requiert cette protection supplémentaire dans les cas où, comme en l'espèce, l'employeur détourne les retenues fiscales à ses propres fins. Naturellement, ce détournement ne saurait être admis si l'on veut préserver l'intégrité du système. Par conséquent, le législateur a exercé son pouvoir constitutionnel pour adopter ce moyen extraordinaire dans le but de protéger une source de perception importante.

Similarly, Parliament has clearly sought to protect the collection of unremitted payroll deductions through the device of the statutory deemed trust. Accordingly, s. 227(5) must be interpreted in light of this purpose. To summarize, it operates in a

De même, le législateur a clairement cherché à protéger, au moyen de la fiducie légale réputée, le recouvrement des retenues sur la paye non versées. Il faut donc interpréter le par. 227(5) eu fonction de cet objet. En résumé, il s'applique de deux

twofold manner: upon the triggering of an event specified in s. 227(5), Her Majesty's beneficial interest (i) attaches to the tax debtor's property then in existence; or (ii) attaches to collateral subject either to a fixed charge, or a crystallized floating charge, if the actual deductions giving rise to Her Majesty's claim occurred before the fixed charge attached, or the floating charge crystallized, respectively.

One further point with respect to terminology is necessary before leaving the present discussion. The method of attachment of Her Majesty's beneficial interest pursuant to s. 227(5) has been referred to at times as a "mechanism for tracing": *Roynat, supra*, at p. 647. This was indeed how it was presented by counsel for Her Majesty in his submissions before this Court. During the hearing of this case, it was questioned whether this was not an awkward usage of the word "tracing". After considering the matter, it is my view that it is not accurate to describe the mechanism of s. 227(5) as a means of "tracing"; indeed, it would seem that this subsection is antithetical to tracing in the traditional sense, to the extent that it requires no link at all between the subject matter of the trust and the fund or asset which the subject matter is being traced into: D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada, supra*, at pp. 1037-53. For this reason, I find Professor Wood's description of the operation of s. 227(5), namely, a "relaxation of the equitable tracing rules", to be most accurate: Roderick J. Wood, "The Floating Charge in Canada" (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191, at p. 221; see also *Omega, supra*, at p. 43; and *Re Deslauriers Construction Products Ltd., supra*, at p. 603.

In conclusion, s. 227(5) is a provision designed to minimize the adverse effect upon Her Majesty from the misappropriation of trust funds held by tax debtors on account of their employees' tax payable. The provision contemplates an intermingling of Her Majesty's property with that of a tax debt-

manières: lorsque survient l'un des événements précisés au par. 227(5), le droit que Sa Majesté possède à titre bénéficiaire (i) s'applique aux biens que le débiteur fiscal possède alors, ou (ii) s'applique aux biens donnés en garantie qui sont grevés soit d'un privilège fixe, soit d'un privilège flottant cristallisé, si les retenues à l'origine de la créance de Sa Majesté ont été effectuées avant que le privilège fixe vienne grever le bien en cause ou que le privilège flottant se cristallise, respectivement.

Il faut régler une autre question de terminologie avant de clore cette partie de l'analyse. La façon dont le droit que Sa Majesté possède à titre bénéficiaire greève un bien conformément au par. 227(5) a parfois été qualifiée de [TRADUCTION] «moyen de retracer l'origine d'un bien»: *Roynat, précité*, à la p. 647. C'est en fait la façon dont cette question a été présentée à la Cour par l'avocat de Sa Majesté. Lors de l'audition de la présente affaire, on s'est demandé si ce n'était pas là une façon maladroite d'utiliser le mot «retracer». Après avoir examiné cette question, je suis d'avis qu'il n'est pas exact de qualifier le mécanisme du par. 227(5) de moyen de «retracer l'origine d'un bien»; en fait, il semblerait que le sens de ce paragraphe est à l'opposé du sens traditionnel du mot «retracer», dans la mesure où il ne nécessite aucun lien entre l'objet de la fiducie et le fonds ou l'actif auquel on rattache cet objet: D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada, op. cit.*, aux pp. 1037 à 1053. Pour cette raison, je considère que la façon dont le professeur Wood décrit l'application du par. 227(5), à savoir un [TRADUCTION] «assouplissement des règles d'*equity* quant à l'origine d'un bien», est des plus exactes: Roderick J. Wood, «The Floating Charge in Canada» (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191, à la p. 221; voir aussi *Omega, précité*, à la p. 43, et *Re Deslauriers Construction Products Ltd., précité*, à la p. 603.

En conclusion, le par. 227(5) est une disposition conçue pour réduire au minimum l'incidence préjudiciable sur Sa Majesté du détournement de fonds que des débiteurs fiscaux détiennent en fiducie, au titre de l'impôt de leurs employés. Cette disposition envisage la confusion des biens de Sa

or's, such that the subject matter of the trust cannot be (or indeed never was) identifiable. To address this conceptual problem, s. 227(5) allows Her Majesty to attach its interest to any property which lawfully belongs to the debtor at the time of liquidation, assignment, receivership or bankruptcy; this property is then deemed to exist "separate" and apart from the tax debtor's estate. The *ITA* thus permits Her Majesty to transfer title in the property from the tax debtor to Herself in order to satisfy the tax debtor's outstanding unremitted payroll obligations.

³⁹ I would hasten to add to this, however, that this provision does not permit Her Majesty to attach Her beneficial interest to property which, at the time of liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, in law belongs to a party other than the tax debtor. Section 227(4) and (5) are manifestly directed towards the property of the tax debtor, and it would be contrary to well-established authority to stretch the interpretation of s. 227(5) to permit the expropriation of the property of third parties who are not specifically mentioned in the statute. As Marland J. stated in *Avco, supra*, at p. 706:

The property to which a s. 5A lien attaches is not defined nor identified. In the absence of a specific statutory provision to that effect, in my view it should not be construed in a manner which could deprive third parties of their pre-existing property rights.

Similarly, in *Pembina on the Red Development, supra*, Scott C.J. stated the presumption against expropriation of property, at p. 38:

In *Cross, Statutory Interpretation* (London: Butterworths, 1987), the author writes at p. 180:

There is a general presumption that Parliament does not intend to take away private property rights unless the contrary is clearly indicated. Lord Atkinson stated that there is a canon of interpretation "that an intention to take away the property of a subject without giving to him a legal right to compensation for the loss of it is not to be imputed to the legislature unless that intention is expressed in unequivocal terms." After all, the protection of property is generally

Majesté avec ceux du débiteur fiscal, qui fait en sorte que l'objet de la fiducie n'est pas identifiable (ou, en réalité, ne l'a jamais été). Pour résoudre ce problème conceptuel, le par. 227(5) permet à Sa Majesté de faire valoir son droit sur tout bien qui appartient légalement au débiteur au moment de la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite; ce bien est alors réputé être «séparé» et ne pas faire partie du patrimoine du débiteur fiscal. La *LIR* permet ainsi à Sa Majesté de se transférer à elle-même le droit de propriété sur le bien du débiteur fiscal afin de remplir les obligations de verser les retenues sur la paye, dont ne s'est pas acquitté le débiteur fiscal.

Cependant, je m'empresse d'ajouter que cette disposition ne permet pas à Sa Majesté de faire valoir son droit à titre bénéficiaire sur un bien qui, au moment de la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, appartient à quelqu'un d'autre que le débiteur fiscal. Les paragraphes 227(4) et (5) visent manifestement les biens du débiteur fiscal, et il serait contraire à une jurisprudence bien établie de forcer le sens du par. 227(5) de manière à permettre l'expropriation des biens de tiers non mentionnés expressément dans la Loi. Comme le juge Marland l'affirme dans *Avco, précité*, à la p. 706:

Les biens auxquels s'applique le privilège de l'art. 5A ne sont pas définis ou désignés. En l'absence d'une disposition statutaire en ce sens, l'art. 5A ne doit pas être interprété de façon à dépouiller les tiers de leurs droits antérieurs sur ces biens.

De même, dans *Pembina on the Red Development, précité*, à la p. 38, le juge en chef Scott énonce la présomption contre l'expropriation de biens:

[TRADUCTION] Dans *Cross, Statutory Interpretation* (London: Butterworths, 1987), l'auteur écrit à la p. 180:

Il existe une présomption générale que le législateur n'a pas l'intention de retirer le droit à la propriété privée à moins d'une indication contraire manifeste. Lord Atkinson a affirmé qu'il existe un principe d'interprétation qui veut «qu'une intention d'enlever le bien d'un sujet sans lui accorder le droit à une compensation pour sa perte ne doit pas être imputée au législateur à moins que cette intention n'ait été exprimée clairement». Après tout, la protection des biens

regarded as one of the fundamental values of a liberal society. [Emphasis added.]

d'une personne est généralement considérée comme l'une des valeurs fondamentales d'une société libérale. [Je souligne.]

Later in that same case, Twaddle J.A., in separate concurring reasons, articulated this same principle as follows, at p. 46, "[i]t is a long-established principle of law that, in the absence of clear language to the contrary, a tax on one person cannot be collected out of property belonging to another".

Plus loin, dans le même arrêt, le juge Twaddle énonce ainsi ce même principe, dans des motifs concordants distincts (à la p. 46): [TRADUCTION] «[i] est établi depuis longtemps en droit que, en l'absence de termes clairs exprimant le contraire, l'impôt dû par une personne ne peut pas être perçu sur les biens d'une autre personne».

Thus, while s. 227(5) can be seen as a provision enacted to solve the conceptual dilemma precipitated by an intermingling of unremitted payroll deductions with a tax debtor's general assets, it is a legal vehicle not without its own conceptual limitations. Namely, while the s. 227(5) deemed trust permits Her Majesty to attach Her beneficial interest to property of the tax debtor upon liquidation (assignment, receivership or bankruptcy), it does not permit the expropriation of property which may belong to a third party creditor at the time the subsection becomes engaged.

Ainsi, bien que le par. 227(5) puisse être considéré comme une disposition adoptée pour résoudre le dilemme conceptuel engendré par la confusion des retenues sur la paye non versées avec l'ensemble de l'actif du débiteur fiscal, c'est un mécanisme juridique qui n'est pas sans avoir ses propres limites conceptuelles. Autrement dit, bien que la fiducie réputée du par. 227(5) permette à Sa Majesté de faire valoir le droit qu'elle possède à titre bénéficiaire sur les biens du débiteur fiscal lors de la liquidation (cession, mise sous séquestre ou faillite), elle ne permet pas l'expropriation de biens qui peuvent appartenir à un tiers créancier au moment où le paragraphe entre en application.

40

However, as will be discussed in further detail, *infra*, it is my opinion that the licence theory may, in certain cases, create an exception to this general principle. In particular, where a secured creditor consents to the disposition of his collateral in order to pay wage deductions, that consent, coupled with the statutory trust provisions here at issue, may act to divest that creditor of its proprietary interest in that collateral at the time of liquidation, assignment, receivership or bankruptcy. Indeed, it is my view that this exception is engaged in the present case such that the s. 227(5) claim of Her Majesty must prevail.

Cependant, comme nous le verrons plus en détail ci-dessous, je suis d'avis que la thèse de la permission peut, dans certains cas, créer une exception à ce principe général. Plus particulièrement, lorsqu'un créancier garanti consent à la vente du bien qu'il a donné en garantie, pour payer des retenues sur la paye, ce consentement, conjugué aux dispositions relatives à la fiducie légale ici en cause, peut, au moment de la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, avoir pour effet de dépouiller ce créancier de son droit de propriété sur le bien donné en garantie. En fait, j'estime que cette exception joue en l'espèce de sorte que la créance de Sa Majesté, fondée sur le par. 227(5), doit l'emporter.

41

(C) *The Nature of the Bank's Security Interests*

(C) *La nature des garanties de la banque*

I begin from the observation that Parliament, in enacting s. 227(4) and (5), has chosen to secure Her Majesty's claims to unremitted payroll deductions through employing the concept of a deemed trust. Therefore, the proper analysis to follow in

Je pars de la constatation qu'en adoptant les par. 227(4) et (5) le législateur a choisi de garantir, au moyen du concept de la fiducie réputée, les créances de Sa Majesté relatives aux retenues sur la paye non versées. Par conséquent, pour détermi-

42

determining whether Her Majesty is entitled to priority pursuant to these subsections must utilize principles of property law. For this reason, it becomes relevant and indeed essential to scrutinize the nature of the interests which compete with Her Majesty's trust in order to determine whether and to what extent such interests have title in the disputed fund. As I mentioned previously, Her Majesty's trust can attach to the disputed collateral only to the extent that that collateral is not in law the property of a party other than the tax debtor at the time the deemed trust is engaged. More specifically, subject to the application of the licence theory, if it is found that legal title in the collateral is in the bank, and not Sparrow, Her Majesty's deemed trust could only attach to Sparrow's equity of redemption: see *Avco*, *supra*, at p. 706.

ner si Sa Majesté a droit à la priorité de rang en vertu de ces paragraphes, il faut recourir aux principes du droit des biens. Pour ce motif, il devient pertinent, voire essentiel, d'examiner en profondeur la nature des droits qui sont en concurrence avec la fiducie de Sa Majesté, afin de déterminer dans quelle mesure, le cas échéant, ces droits s'appliquent aux fonds en litige. Comme je l'ai déjà mentionné, la fiducie de Sa Majesté ne peut grever le bien en litige donné en garantie que dans la mesure où, en droit, il n'appartient pas à une autre partie que le débiteur fiscal au moment où la fiducie réputée entre en application. Plus précisément, sous réserve de l'application de la thèse de la permission, si l'on conclut que c'est la banque, et non Sparrow, qui est légalement propriétaire du bien donné en garantie, la fiducie réputée de Sa Majesté ne pourra grever que le droit de rachat que possède Sparrow: voir *Avco*, précité, à la p. 706.

43

This "statutory trust" approach can be distinguished from other legislative methods which are used to secure an interest to unremitted payroll deductions, namely, through employing an explicit "Crown priority" provision. An example of such a provision can be found in s. 224(1.2) *ITA*, a subsection which was recently the subject of consideration of this Court in *Alberta (Treasury Branches)*, *supra*. That provision reads:

224. . . .

(1.2) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy Act*, any other enactment of Canada, any enactment of a province or any law, where the Minister has knowledge or suspects that a particular person is or will become, within 90 days, liable to make a payment

(a) to another person . . . who is liable to pay an amount assessed under subsection 227(10.1) or a similar provision, or

(b) to a secured creditor who has a right to receive the payment that, but for a security interest in favour of the secured creditor, would be payable to the tax debtor,

the Minister may, by registered letter or by a letter served personally, require the particular person to pay forthwith, where the moneys are immediately payable, and in any other case, as and when the moneys become payable, the moneys otherwise payable to the tax debtor or the secured creditor in whole or in part to the

Cette méthode de la «fiducie légale» peut être distinguée d'autres méthodes que le législateur utilise pour garantir un droit à des retenues sur la paye non versées, dont le recours à une disposition expresse de la «priorité de rang de Sa Majesté». Un exemple d'une telle disposition se trouve au par. 224(1.2) *LIR*, que notre Cour a récemment examiné dans *Alberta (Treasury Branches)*, précité. Cette disposition se lit ainsi:

224. . . .

(1.2) Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite*, tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial et toute règle de droit, s'il sait ou soupçonne qu'une personne donnée est ou deviendra, dans les 90 jours, débiteur d'une somme:

a) soit à [. . .] une personne redevable d'un montant cotisé en application du paragraphe 227(10.1) ou d'une disposition semblable;

b) soit à un créancier garanti, à savoir une personne qui, grâce à une garantie en sa faveur, a le droit de recevoir la somme autrement payable au débiteur fiscal,

le ministre peut, par lettre recommandée ou signifiée à personne, obliger la personne donnée à payer au receveur général tout ou partie de cette somme, sans délai si la somme est payable immédiatement, sinon dès qu'elle devient payable, au titre du montant de la cotisation en application du paragraphe 227(10.1) ou d'une disposi-

Receiver General on account of the tax debtor's liability under subsection 227(10.1) or a similar provision, and on receipt of that letter by the particular person, the amount of those moneys that is required by that letter to be paid to the Receiver General shall, notwithstanding any security interest in those moneys, become the property of Her Majesty and shall be paid to the Receiver General in priority to any such security interest. [Emphasis added.]

In contrast to the "deemed trust" approach, the application of this section to a priority competition can proceed without regard to the quality of the "security interest" which competes with Her Majesty's claim. Indeed, s. 224(1.2) simply transfers title in the collateral to Her Majesty regardless of whose interest may compete with it, so long as the requirements of s. 224(1.2) are met: see, e.g., *Alberta (Treasury Branches)*, *supra*. For a general discussion of these two distinct analytical methods of determining priority between non-consensual security interests (such as statutory trusts) and consensual security interests, see Wood and Wylie, "Non-Consensual Security Interests in Personal Property", *supra*, at pp. 1072-83.

In the present case, it therefore becomes necessary to characterize the bank's interest in Sparrow's inventory as either a floating, or a fixed and specific charge.

The basic distinction between fixed and floating charges was articulated by Lord Macnaghten in *Illingworth v. Houldsworth*, [1904] A.C. 355 (H.L.), at p. 358:

A specific charge, I think, is one that without more fastens on ascertained and definite property or property capable of being ascertained and defined; a floating charge, on the other hand, is ambulatory and shifting in its nature, hovering over and so to speak floating with the property which it is intended to affect until some event occurs or some act is done which causes it to settle and fasten on the subject of the charge within its reach and grasp.

tion semblable dont le débiteur fiscal est redevable. Sur réception de la lettre par la personne donnée, la somme qui y est indiquée comme devant être payée devient, malgré toute autre garantie au titre de cette somme, la propriété de Sa Majesté et doit être payée au receveur général par priorité sur toute autre garantie au titre de cette somme. [Je souligne.]

Contrairement à la méthode de la «fiducie réputée», l'application de ce paragraphe dans une situation de concurrence pour la priorité de rang peut avoir lieu sans égard à la qualité de la «garantie» qui est en concurrence avec la créance de Sa Majesté. En fait, le par. 224(1.2) transfère simplement à Sa Majesté le droit de propriété sur le bien donné en garantie sans égard aux droits de qui que ce soit qui peuvent être en concurrence avec ce droit de propriété, pourvu que l'on ait satisfait aux exigences du par. 224(1.2): voir, par exemple, *Alberta (Treasury Branches)*, précité. Pour une discussion générale de ces deux méthodes d'analyse distinctes qui servent à déterminer l'ordre de priorité entre des garanties non consensuelles (comme les fiducies légales) et des garanties consensuelles, voir Wood et Wylie, «Non-Consensual Security Interests in Personal Property», *loc. cit.*, aux pp. 1072 à 1083.

En l'espèce, il devient donc nécessaire de qualifier soit de privilège flottant, soit de privilège fixe et spécifique, le droit de la banque sur les biens figurant dans l'inventaire de Sparrow.

La distinction fondamentale entre un privilège fixe et un privilège flottant a été exposée par lord Macnaghten dans *Illingworth c. Houldsworth*, [1904] A.C. 355 (H.L.), à la p. 358:

[TRADUCTION] Je crois qu'un privilège spécifique grève, sans plus, certains biens déterminés ou qui peuvent être déterminés; un privilège flottant, par contre, d'une nature mobile et changeante, reste suspendu et flotte, pour ainsi dire, au-dessus des biens qu'il est destiné à grever, jusqu'à ce qu'un événement ou un acte le fasse fixer sur l'objet du privilège qui est à sa portée.

The "event ... or ... act" to which Lord Macnaghten refers to as causing the floating interest to "settle and fasten" is described in the modern authorities as "crystallization". Generally speaking, crystallization occurs upon the default of the debtor. Once the floating interest has been said to crystallize, that interest is transformed into a fixed and specific charge over the inventory. See Wood, "The Floating Charge in Canada", *supra*, at pp. 204-8.

46 The critical significance of the characterization of an interest as being fixed or floating, of course, is that it describes the extent to which a creditor can be said to have a proprietary interest in the collateral. In particular, during the period in which a charge over inventory is floating, the creditor possesses no legal title to that collateral. For this reason, if a statutory trust or lien attaches during this time, it will attach to the debtor's interest and take priority over a subsequently crystallized floating charge. However, if a security interest can be characterized as a fixed and specific charge, it will take priority over a subsequent statutory lien or charge; in such a case, all that the lien can attach to is the debtor's equity of redemption in the collateral: *Avco*, *supra*, at p. 706. This correlative relationship between fixed charges and legal ownership was articulated by this Court in *Dauphin Plains*, *supra*, at p. 1199, where Pigeon J. stated:

It should first be observed that, for reasons similar to those on which the decision in the *Avco* case, *supra*, was based, the claim for Pension Plan and Unemployment Insurance deductions cannot affect the proceeds of realization of property subject to a fixed and specific charge. From the moment such charge was created, the assets subject thereto, were no longer the property of the debtor except subject to that charge. [Emphasis added.]

See also *Avco*, *supra*.

47 There has been much debate as to whether it is appropriate to characterize a security interest over inventory which permits the debtor to sell that inventory in the ordinary course of business as a

L'«événement ou [...] acte» qui, selon lord Macnaghten, fait en sorte que le droit flottant «[sc] fix[e]» constitue selon la jurisprudence contemporaine de la «cristallisation». En général, la cristallisation survient dès que le débiteur est en défaut. Une fois que l'on a dit que le droit flottant s'est cristallisé, ce droit se transforme en un privilège fixe et spécifique sur les biens figurant dans l'inventaire. Voir Wood, «The Floating Charge in Canada», *loc. cit.*, aux pp. 204 à 208.

L'importance cruciale de qualifier un droit de fixe ou de flottant réside, évidemment, dans le fait que cette qualification décrit la mesure dans laquelle on peut dire qu'un créancier possède un droit de propriété sur le bien donné en garantie. Plus particulièrement, pendant la période où un privilège sur les biens figurant dans un inventaire est flottant, le créancier ne possède aucun droit de propriété sur ces biens donnés en garantie. C'est pour cette raison que, si une fiducie ou un privilège légal grève ces biens pendant cette période, cette fiducie ou ce privilège légal grèvera le droit du débiteur et aura priorité de rang sur le privilège flottant subséquemment cristallisé. Cependant, si une garantie est qualifiée de privilège fixe et spécifique, elle aura priorité de rang sur un privilège légal subséquent; dans ce cas, tout ce que le privilège peut grever, c'est le droit de rachat que le débiteur possède sur le bien donné en garantie: *Avco*, précité, à la p. 706. Cette corrélation entre privilèges fixes et propriété légale a été exposée par notre Cour dans l'arrêt *Dauphin Plains*, précité, à la p. 1199, où le juge Pigeon a affirmé:

Il faut d'abord faire remarquer que, pour des raisons analogues à celles qui motivent l'arrêt *Avco*, précité, la réclamation des déductions au titre du Régime de pensions et de l'assurance-chômage ne peut affecter le produit de la réalisation de biens grevés d'un privilège fixe et spécifique. À partir de la création de cette charge, l'actif qui en est grevé n'est plus la propriété du débiteur qu'à charge de ce privilège. [Je souligne.]

Voir aussi l'arrêt *Avco*, précité.

Il y a eu de longs débats quant à savoir s'il est exact de qualifier de privilège flottant une garantie sur les biens figurant dans un inventaire, qui permet au débiteur de vendre ces biens dans le cours

floating charge. The debate centres around the ability to characterize a security interest as fixed, in the presence of a licence given to the debtor to sell the collateral, where such an arrangement involves “no final and irrevocable appropriation of property to the creditor”: *FBDB, supra*, at p. 33. McLachlin J.A. (as she then was) in *FBDB, supra*, fully considered the conflicting authorities on this point and concluded at pp. 37-38 and 40:

In short, the answer to the question of whether the courts have recognized a fixed charge subject to a licence to sell in the ordinary course of business is no, with the exception of the line of cases confirming the right of a chattel mortgagor to sell mortgaged stock in the ordinary course of business.

. . .

If a charge conferred on the debtor the right to deal with the goods in the ordinary course of business then, regardless of what the parties chose to call it, it was regarded as floating, with the result that third party interests acquired prior to crystallization of the charge had priority over the chargeholder.

Adopting this “either-or” doctrine, McLachlin J.A. chose to characterize the security agreement in *FBDB*, which permitted the debtor to sell the secured collateral in the ordinary course of the debtor’s business, as a floating charge.

I note also that this Court very recently referred to the decision of McLachlin J.A. in *FBDB, supra*, with approval: *Alberta (Treasury Branches), supra*. While the issue in that case was different from that in *FBDB*, the comments of Cory J. can, I think, be taken as affirming the “either-or” doctrine as applied in *FBDB*.

The relevance of the “either-or” doctrine to the present case, of course, lies in the fact that Sparrow had been granted by the bank, both expressly and impliedly, a licence to sell the inventory over which the bank held a security interest. It therefore

normal des affaires. La question tourne autour de la capacité de qualifier de fixe une garantie lorsque le débiteur est autorisé à vendre le bien donné en garantie, sans que cela ne comporte [TRADUCTION] «aucun transfert irrévocable et définitif de la propriété au créancier»: *FBDB, précité*, à la p. 33. Dans cet arrêt, le juge McLachlin (maintenant juge de notre Cour), a examiné au complet les précédents contradictoires sur cette question et a conclu, aux pp. 37, 38 et 40:

[TRADUCTION] En bref, la réponse à la question de savoir si les tribunaux ont reconnu l’existence d’un privilège fixe assujéti à la permission de vendre dans le cours normal des affaires est négative, à l’exception du courant de jurisprudence qui confirme le droit du débiteur d’une hypothèque mobilière de vendre, dans le cours normal des affaires, les stocks hypothéqués.

. . .

Si un privilège accordait au débiteur le droit d’aliéner les biens dans le cours normal des affaires, alors, indépendamment de la façon dont les parties avaient convenu de l’appeler, ce privilège était considéré comme flottant, de sorte que les droits acquis par un tiers avant la cristallisation du privilège avaient priorité sur le détenteur du privilège.

Adoptant cette règle du «soit l’un, soit l’autre», le juge McLachlin a choisi, dans *FBDB*, de qualifier de privilège flottant la convention de garantie qui permettait au débiteur de vendre, dans le cours normal de ses affaires, les biens donnés en garantie.

Je constate aussi que notre Cour a mentionné tout dernièrement, en les approuvant, les motifs du juge McLachlin dans l’arrêt *FBDB, précité*: *Alberta (Treasury Branches), précité*. Bien que, dans ce dernier arrêt, la question en litige ait été différente de celle soulevée dans *FBDB*, les commentaires du juge Cory peuvent, à mon sens, être interprétés comme confirmant la règle du «soit l’un, soit l’autre» appliquée dans *FBDB*.

48

La pertinence de la règle du «soit l’un, soit l’autre» en l’espèce, tient évidemment au fait que Sparrow avait reçu de la banque, tant expressément qu’implicitement, la permission de vendre les biens figurant dans son inventaire, sur lesquels la

49

could be argued that such a licence renders the interest of the bank in the nature of a floating charge, an interest which must yield to a statutory trust which attaches prior to the charge's crystallization.

50 I do not find it necessary to comment on *FBDB* to the extent that that decision suggests that in the present case the interests of the bank should be characterized as a floating charge. It should be noted that the decision of McLachlin J.A. in the *FBDB* case predated the enactment of personal property security legislation in British Columbia, and so does not speak to the state of the law in a *PPSA* jurisdiction. Nor did that case deal with any other statutory enactment, such as the *Bank Act*, which could affect the characterization of the security agreement there at issue. For these reasons, I consider the comments of McLachlin J.A. in *FBDB* to be directed to the common law position with regard to the characterization of fixed and floating charges. Whatever those common law principles may be, they cannot be taken to alter the effect that legislation may have on the characterization of security interests. As it is my view that the Alberta *PPSA* and the *Bank Act* are determinative of the characterization of the bank's GSA and BAS, respectively, I do not need to address the common law view articulated in *FBDB*.

51 I turn now to consider each of the bank's security interests.

(i) The General Security Agreement (GSA)

52 Counsel for the appellant, Her Majesty, argued in his factum that the bank's GSA is to be considered in the nature of a floating charge. In support of this proposition, counsel advances the decision of the Ontario Court of Appeal in *Re Urman* (1983), 44 O.R. (2d) 248. In that case, involving a general assignment of book debts perfected under the Ontario *Personal Property Security Act*, the security interest was characterized as a floating charge.

banque détenait une garantie. On pourrait donc soutenir que cette permission fait en sorte que le droit de la banque tient d'un privilège flottant, lequel droit doit céder le pas à une fiducie légale qui grevait les biens avant la cristallisation du privilège.

Je ne juge pas nécessaire de commenter l'arrêt *FBDB* dans la mesure où il laisse entendre qu'en l'espèce les droits de la banque devraient être qualifiés de privilège flottant. Il y a lieu de souligner que les motifs du juge McLachlin, dans *FBDB*, ont précédé l'adoption de la loi sur les sûretés mobilières en Colombie-Britannique et qu'ils ne témoignent donc pas de l'état du droit dans un ressort régi par une telle loi. Dans cet arrêt, il n'était pas question non plus d'une autre loi, comme la *Loi sur les banques*, qui pouvait affecter la qualification de la convention de garantie en cause. Pour ces motifs, je considère que les commentaires du juge McLachlin, dans *FBDB*, se rapportaient à l'état de la common law concernant la qualification des privilèges fixes et des privilèges flottant. Quels que puissent être ces principes de common law, on ne peut pas considérer qu'ils modifient l'effet que ces lois peuvent avoir sur la qualification des garanties. Étant donné que je suis d'avis que la *PPSA* de l'Alberta et la *Loi sur les banques* sont déterminantes pour ce qui est de qualifier, respectivement, la CGG et la GLB de la banque, je n'ai pas à examiner le point de vue de common law exprimé dans *FBDB*.

Je passe maintenant à l'examen de chacune des garanties de la banque.

(i) La convention de garantie générale (CGG)

L'avocat de l'appelante, Sa Majesté, allègue dans son mémoire que la CGG de la banque doit être considérée comme tenant d'un privilège flottant. À l'appui de cet argument, il invoque l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Re Urman* (1983), 44 O.R. (2d) 248. Dans cette affaire, où il était question d'une cession générale de créances comptables fondée sur la *Personal Property Security Act* de l'Ontario, la garantie a été qualifiée de privilège flottant.

For the reasons which follow, I cannot accept this submission. In my view, the general security agreement in this case, which was subject to the Alberta personal property security legislation, must be characterized as a fixed and specific charge subject to a licence to sell the inventory.

It is of course true that the *PPSA* does not govern the priority competition between a statutory trust and a security interest. Subsection 4(a) explicitly removes statutory trusts such as the one created by s. 227 *ITA* from the province of the Alberta *PPSA*:

4 Except as otherwise provided in this Act, this Act does not apply to the following:

- (a) a lien, charge or other interest given by an Act or rule of law in force in Alberta;

However, this does not mean that the *PPSA* does not affect the characterization of a charge executed in a jurisdiction which is subject to such an Act. To the contrary, the effect of personal property security legislation has been said to have "fundamentally changed the characterization of security interests": Wood and Wylie, "Non-Consensual Security Interests in Personal Property", *supra*, at p. 1082. In particular, while pre-*PPSA*, a security agreement purporting to create a floating charge could be said to remain unattached to the collateral until crystallization, s. 12(1) of the Alberta *PPSA* manifestly alters this situation. That subsection reads:

12(1) A security interest, including a security interest in the nature of a floating charge, attaches when

- (a) value is given,
- (b) the debtor has rights in the collateral, and
- (c) except for the purpose of enforcing rights between the parties to the security agreement, the security interest becomes enforceable within the meaning of section 10,

Pour les motifs qui suivent, je ne puis être d'accord. À mon avis, la convention de garantie générale conclue en l'espèce, qui était régie par la loi sur les sûretés mobilières de l'Alberta, doit être qualifiée de privilège fixe et spécifique assujéti à une permission de vendre les biens figurant dans l'inventaire.

Il est vrai, bien sûr, que la *PPSA* ne s'applique pas pour déterminer l'ordre de priorité entre une fiducie légale et une garantie. L'alinéa 4a) soustrait explicitement à l'application de la *PPSA* de l'Alberta les fiducies légales comme celle créée par l'art. 227 *LIR*:

[TRADUCTION]

4 Sauf disposition contraire de la présente loi, la présente loi ne s'applique pas à:

- a) un privilège ou autre droit conféré par une loi ou une règle de droit en vigueur en Alberta;

Cependant, cela ne veut pas dire que la *PPSA* n'influe pas sur la qualification d'un privilège consenti dans un ressort assujéti à une telle loi. Au contraire, on a affirmé que la *PPSA* avait eu pour effet de [TRADUCTION] «changer fondamentalement la qualification des garanties»: Wood et Wylie, «Non-Consensual Security Interests in Personal Property», *loc. cit.*, à la p. 1082. Plus particulièrement, alors qu'avant l'adoption de la *PPSA* on pouvait dire qu'une convention de garantie ayant pour effet de créer un privilège flottant ne s'appliquait pas aux biens donnés en garantie tant qu'il n'y avait pas eu cristallisation, le par. 12(1) de la *PPSA* de l'Alberta modifie manifestement cette situation. Ce paragraphe se lit ainsi:

[TRADUCTION]

12(1) Une garantie, y compris celle qui tient d'un privilège flottant, grève un bien lorsque:

- a) une contrepartie est fournie,
- b) le débiteur a des droits sur le bien donné en garantie,
- c) sauf aux fins de l'exécution des droits entre les parties à la convention de garantie, la garantie devient réalisable au sens de l'article 10,

unless the parties specifically agree in writing to postpone the time for attachment, in which case the security interest attaches at the time specified in the agreement.

The relevant portion of s. 10 for our purposes states:

10(1) Subject to subsection (2), a security interest is enforceable against a third party only where

- (a) the collateral is in the possession of the secured party, or
- (b) the debtor has signed a security agreement that contains

(ii) a statement that a security interest is taken in all of the debtor's present and after-acquired personal property

Generally speaking, therefore, absent an express intention to the contrary, a security interest in all present and after-acquired personal property will attach when that agreement is executed by the parties. Once attachment has occurred, in my view, the GSA then becomes in law a fixed and specific charge over the collateral.

55 I find support in this conclusion as to the effect of personal property security legislation upon security interests from the fact that the academic literature is unanimous on this point. For example, Professor Jacob S. Ziegel in his article "Symposium: Recent and Prospective Developments in the Personal Property Security Law Area" (1985), 10 *Can. Bus. L.J.* 131, commented as follows, at p. 152:

It is of the first importance to determine whether a security interest under the PPSA retains any of the common law characteristics of a floating charge and if so which. My own view is that once a security interest has attached under the PPSA it has no "floating" attributes even though the security agreement, expressly or impliedly, gives the debtor considerable powers to dispose of the collateral in the course of his business. In brief, the PPSA only recognizes specific or fixed security interests although admittedly the collateral itself may often change its character because of the express or

Toutefois, si les parties conviennent expressément par écrit que la garantie ne grèvera le bien que plus tard, la garantie ne le grèvera qu'au moment convenu.

Aux fins du présent pourvoi, les parties pertinentes de l'art. 10 sont les suivantes:

[TRADUCTION]

10(1) Sous réserve du paragraphe (2), une garantie n'est opposable à une tierce partie que

- a) si le bien donné en garantie est en la possession du créancier garanti, ou
- b) si le débiteur a signé une convention de garantie qui contient

(ii) une stipulation qu'une garantie est accordée sur tous les biens meubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il acquerra après la date de la convention

De façon générale, par conséquent, en l'absence d'intention contraire explicite, une garantie accordée sur tous les biens meubles actuels et sur ceux acquis après la date de la convention grèvera ces biens dès la conclusion de la convention par les parties. À mon avis, dès que la garantie grève un bien, la CGG devient alors, en droit, un privilège fixe et spécifique sur le bien donné en garantie.

La conclusion que je tire quant à l'effet des lois en matière de sûretés mobilières sur les garanties s'appuie sur le fait que la doctrine est unanime sur ce point. Par exemple, le professeur Jacob S. Ziegel, dans son article intitulé «Symposium: Recent and Prospective Developments in the Personal Property Security Law Area» (1985), 10 *Can. Bus. L.J.* 131, fait le commentaire suivant, à la p. 152:

[TRADUCTION] Il est très important de déterminer si une garantie accordée en vertu de la PPSA conserve l'une ou l'autre des caractéristiques que la common law attribue au privilège flottant et, dans l'affirmative, lesquelles. Je suis d'avis que, une fois qu'une garantie grève un bien en vertu de la PPSA, elle ne peut être qualifiée de «flottante», même si la convention de garantie accorde, expressément ou implicitement, au débiteur de vastes pouvoirs d'aliéner, dans le cours de ses affaires, le bien donné en garantie. Bref, la PPSA reconnaît seulement l'existence de garanties fixes ou spécifiques, bien que,

implied powers of disposition given the debtor. [Emphasis added.]

This opinion is echoed by Professor Wood in his recent article "Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*", *supra*, at p. 433:

Under pre-PPSA law, a plausible argument could be made that a security interest in the form of a fixed charge combined with a licence to deal is, in effect nothing more than a floating charge. However, this argument [is] untenable in the cases involving PPSA security interests

Similarly, Professor Ronald C. C. Cuming, in "Commercial Law — Floating Charges and Fixed Charges of After-Acquired Property: *The Queen in the Right of British Columbia v. Federal Business Development Bank*" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 506, at pp. 510-11, opined:

In effect, [PPS] legislation treats all charges, including floating securities, as fixed charges. The legislatures that have enacted Personal Property Security Acts have implicitly declared that, as a matter of public policy, there is nothing objectionable to having a fixed charge on stock-in-trade of a debtor coupled with a licence to deal with the collateral in the ordinary course of business. [Emphasis added.]

At p. 519, the learned author concludes "there can be no such thing as a floating charge under a Personal Property Security Act".

Applying this principle to the case at bar, the GSA held by the respondent bank must certainly be characterized as a fixed and specific charge. It attached at the time the agreement was executed, February 25, 1992. More specifically, however, because of the permission granted by the bank which allowed Sparrow to sell the encumbered inventory, the GSA is in the nature of a fixed charge with a licence to deal with the inventory.

de l'aveu général, les attributs du bien donné en garantie puissent souvent changer en raison des pouvoirs d'aliénation exprès ou implicites conférés au débiteur. [Je souligne.]

Le professeur Wood reprend cette opinion dans son article récent «Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*», *loc. cit.*, à la p. 433:

[TRADUCTION] Avant l'adoption de la PPSA, il était plausible d'avancer qu'une garantie sous forme de privilège fixe assorti d'une permission d'aliéner n'était, en fait, rien de plus qu'un privilège flottant. Cependant, cet argument ne tient plus dans les cas où il est question d'une garantie accordée en vertu de la PPSA

De même, le professeur Ronald C. C. Cuming, dans «Commercial Law — Floating Charges and Fixed Charges of After-Acquired Property: *The Queen in the Right of British Columbia v. Federal Business Development Bank*» (1988), 67 *R. du B. can.* 506, aux pp. 510 et 511, opine:

[TRADUCTION] En fait, les lois [sur les sûretés mobilières] considèrent tous les privilèges, y compris les garanties flottantes, comme des privilèges fixes. Les législatures qui ont adopté des lois sur les sûretés mobilières ont implicitement déclaré que, pour des motifs d'ordre public, il n'y a rien de répréhensible à ce qu'un privilège fixe greve les stocks d'un débiteur et que ce privilège soit assorti d'une permission d'aliéner, dans le cours normal des affaires, les biens donnés en garantie. [Je souligne.]

À la page 519, l'auteur conclut qu'[TRADUCTION] «il ne saurait y avoir de privilège flottant sous le régime d'une loi sur les sûretés mobilières».

Si on applique ce principe à la présente affaire, la CGG de la banque intimée doit certainement être qualifiée de privilège fixe et spécifique. Elle a grevé les biens en cause dès la conclusion de la convention, le 25 février 1992. Plus précisément, toutefois, en raison de la permission de vendre les biens d'inventaire grevés, que la banque a accordée à Sparrow, la CGG tient d'un privilège fixe assorti d'une permission d'aliéner les biens figurant dans l'inventaire.

(ii) Bank Act Security (BAS)

57 The appellant has further submitted that the respondent bank's BAS is in the nature of a floating charge over the inventory. Several lower court decisions have been relied upon in support of this proposition: *Abraham, supra* (under appeal); *Armstrong, supra*; and *North Sky Trading Inc. (Bankrupt), Re* (1994), 158 A.R. 117 (Q.B.) (under appeal).

58 The earliest authority to comment upon the nature of BAS is the decision of this Court in *Royal Bank of Canada v. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia*, [1936] S.C.R. 560. That case involved a priority competition between security under s. 88 of the *Bank Act*, R.S.C. 1927, c. 12, the predecessor of s. 427, and a lien created by s. 79(2) of *The Workmen's Compensation Act*, R.S.N.S. 1923, c. 129. In his concurring judgment, Davis J. observed the effect of s. 88 security as follows, at p. 567:

... the security [docs] not operate to transfer absolutely the ownership in the goods but ... the transaction [is] essentially a mortgage transaction and subject to the general law of mortgages except where the statute has otherwise expressly provided ... Section 88 set up by the *Bank Act* enables manufacturers, who desire to obtain large loans from their bankers in order to carry on their industrial activities, to give to the bank a special and convenient form of security for the bank's protection in the large banking transactions necessary in the carrying on of industry throughout the country. Until the moneys are repaid, the bank is the legal owner of the goods but sale before default is prohibited and provision is made for the manufacturer regaining title upon repayment. To say that Parliament did not use language to expressly provide that the bank shall have a first lien on the goods is beside the mark. The bank acquires ownership in the goods by the statute. [Emphasis added.]

59 More recently, this Court had occasion to consider the attributes of *Bank Act* security in *Hall, supra*. In that case, La Forest J. underlined this Court's previous ruling in *Workmen's Compensation Board of Nova Scotia, supra*, that BAS gives

(ii) La garantie de la Loi sur les banques (GLB)

L'appelante a fait valoir, en outre, que la GLB de la banque intimée tient d'un privilège flottant sur les biens figurant dans l'inventaire. Elle invoque, à l'appui de cet argument, plusieurs décisions de tribunaux d'instance inférieure: *Abraham, précitée* (en appel), *Armstrong, précitée*, et *North Sky Trading Inc. (Bankrupt), Re* (1994), 158 A.R. 117 (B.R.) (en appel).

L'arrêt *Royal Bank of Canada c. Workmen's Compensation Board of Nova Scotia*, [1936] R.C.S. 560 est le plus ancien précédent à commenter la nature d'une GLB. Il y était question de la concurrence, quant à l'ordre de priorité, entre une garantie fondée sur l'art. 88 de la *Loi des banques*, S.R.C. 1927, ch. 12, qui a précédé l'art. 427, et un privilège créé par le par. 79(2) de *The Workmen's Compensation Act*, R.S.N.S. 1923, ch. 129. Dans ses motifs concordants, le juge Davis souligne ainsi l'effet de l'art. 88 (à la p. 567):

[TRADUCTION] ... la garantie n'[a] pas pour effet de transférer de façon absolue le droit de propriété sur les biens mais [...] l'opération est essentiellement une opération hypothécaire assujettie à la common law applicable de façon générale aux hypothèques, sauf disposition contraire expresse de la Loi [...] L'article 88 de la *Loi sur les banques* permet aux fabricants qui désirent obtenir des prêts importants de leurs banques en vue d'exercer leurs activités industrielles de donner à la banque une forme de sûreté particulière et commode pour protéger celle-ci à l'égard des opérations bancaires importantes nécessaires à l'activité industrielle partout au pays. Jusqu'à ce que les sommes soient remboursées, la banque est le propriétaire en droit des marchandises, mais ne peut les vendre que s'il y a défaut de paiement et sous réserve du droit du fabricant de reprendre son titre après remboursement. Affirmer que le Parlement n'a pas utilisé des termes exprès pour prévoir que la banque détient un privilège de premier rang sur les marchandises n'a rien à voir avec la question. La banque acquiert le titre de propriété des marchandises en vertu de la Loi. [Je souligne.]

Plus récemment, notre Cour a examiné les attributs d'une garantie de la *Loi sur les banques* dans l'arrêt *Hall, précité*. Dans cet arrêt, le juge La Forest a souligné l'arrêt *Workmen's Compensation Board of Nova Scotia, précité*, dans lequel notre

to the lender legal title in the collateral. At pp. 133-34, La Forest J. stated:

By section 178(2) [now s. 427(2)], a bank may take security in property owned by the borrower at the time of the loan transaction, and any property acquired during the pendency of the security agreement. The rights and powers of the bank with respect to the secured property are set out in s. 178(2)(c). By the terms of s. 178(2)(c), these rights and powers are stated to be "the same rights and powers as if the bank had acquired a warehouse receipt or bill of lading in which such property was described". These powers are defined, in turn, in s. 186 [now s. 435] of the Act where it is specified that any warehouse receipt or bill acquired by a bank as security for the payment of a debt, vests in the bank all the right and title to goods, wares and merchandise covered by the holder or owner thereof.

The nature of the rights and powers vested in the bank by the delivery of the document giving the security interest has been the object of some debate. Argument has centred on whether the security interest should be likened to a pledge or bailment, or whether it is more in the nature of a chattel mortgage. I find the most precise description of this interest to be that given by Professor Moull in his article "Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act" (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 242, at p. 251. Professor Moull, correctly in my view, stresses that the effect of the interest is to vest title to the property in question in the bank when the security interest is taken out. He states, at p. 251:

The result, then, is that a bank taking security under section 178 effectively acquires legal title to the borrower's interest in the present and after-acquired property assigned to it by the borrower. The bank's interest attaches to the assigned property when the security is given or the property is acquired by the borrower and remains attached until released by the bank, despite changes in the attributes or composition of the assigned property. The borrower retains an equitable right of redemption, of course, but the bank effectively acquires legal title to whatever rights the borrower holds in the assigned property from time to time. [Emphasis added.]

It follows from the comments of this Court regarding the ownership rights in inventory conferred by the *Bank Act* that security taken under that Act must be considered to be in the nature of a fixed and specific charge. As stated above, the

Cour a décidé qu'une GLB confère au prêteur la propriété du bien donné en garantie. Aux pages 133 et 134, le juge La Forest affirme:

En vertu du par. 178(2) [maintenant le par. 427(2)], une banque peut obtenir une garantie portant sur des biens appartenant à l'emprunteur au moment de l'emprunt et sur tous les biens acquis pendant la durée du contrat de sûreté. Les droits de la banque à l'égard des biens visés par la sûreté sont énoncés à l'al. 178(2)c). Selon les termes de l'al. 178(2)c), ces droits sont «les mêmes droits que si la banque avait acquis un récépissé d'entrepôt ou un connaissement visant ces biens». Ces droits sont à leur tour définis à l'art. 186 [maintenant l'art. 435] de la Loi où il est dit que tout récépissé d'entrepôt ou connaissement acquis par une banque à titre de garantie du paiement d'une dette confère à la banque tous les droit et titre de propriété sur les effets, denrées ou marchandises que le détenteur ou propriétaire avait sur ceux-ci.

La nature des droits conférés à la banque par la remise du document accordant la sûreté a fait l'objet de certaines discussions. Les débats ont porté sur la question de savoir si la sûreté devrait être comparée à un gage ou à un dépôt en garantie, ou si elle tient davantage d'une hypothèque mobilière. J'estime que la description la plus précise de cette sûreté est celle que donne le professeur Moull dans son article intitulé «Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act» (1986), 65 *R. du B. can.* 242, à la p. 251. Le professeur Moull souligne, à juste titre à mon avis, que l'effet de la sûreté est de conférer à la banque le titre de propriété sur le bien en question lorsque la sûreté est réalisée. Il affirme, à la p. 251:

[TRADUCTION] Il en résulte donc que la banque qui prend une sûreté en vertu de l'art. 178 acquiert effectivement les droits que l'emprunteur avait dans les biens actuels et acquis après coup qu'il a cédés à la banque. Le droit de la banque grève les biens cédés dès que la sûreté est consentie ou dès que l'emprunteur acquiert les biens et ceux-ci demeurent grevés jusqu'à ce que la banque accorde mainlevée, malgré les changements apportés aux attributs ou aux éléments des biens cédés. L'emprunteur conserve évidemment un droit de rachat en *equity*, mais la banque devient effectivement titulaire de tous les droits que l'emprunteur avait sur les biens cédés. [Je souligne.]

Suivant les commentaires de notre Cour concernant les droits de propriété que la *Loi sur les banques* confère sur les biens figurant dans un inventaire, une garantie consentie en vertu de cette loi doit être considérée comme tenant d'un privi-

concept of the fixed charge is correlative to the notion of a creditor's having legal proprietary rights in the collateral. I add that this view has been adopted by academic literature in this area: R. J. Wood, "Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*", *supra*, at p. 433; and William D. Moull, "Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act" (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 242. I find this following passage, at p. 251, from the article written by Professor Moull which was cited with approval by this Court in *Hall*, *supra*, particularly persuasive:

Because of its scope and flexibility, some commentators have suggested that section 178 [now 427] security is in the nature of a floating charge. This can be misleading, however. Because the bank effectively acquires legal title, section 178 security is really in the nature of a fixed charge on the present and after-acquired property of the borrower assigned to the bank. One attribute that section 178 security may be said to share with a floating charge is its application to all property of a specified class held by the borrower from time to time. But while a floating charge may apply to all property of a specified kind held by the borrower from time to time, it does not affix itself specifically upon any particular item of property until it crystallizes upon default by the borrower. Conversely, a section 178 security is a fixed charge on each item of assigned property held from time to time whether or not the loan is in default. This gives a bank significantly greater rights than it would hold under a floating charge debenture on inventory.

61 For these reasons, I consider the security interest of the bank in the form of BAS to be in the nature of a fixed and specific charge with a licence to sell the inventory.

(iii) Summary — Fixed and Specific Charge Over Inventory

62 It would seem appropriate at this point, before leaving the present discussion, to comment briefly upon this novel and perhaps abstract notion of possessing a fixed charge over all of the present and

lège fixe et spécifique. Comme je l'ai déjà dit, le concept du privilège fixe correspond à la notion d'un créancier qui a les droits de propriété sur le bien donné en garantie. J'ajoute que ce point de vue a été adopté par des auteurs de doctrine en la matière: R. J. Wood, «Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*», *loc. cit.*, à la p. 433, et William D. Moull, «Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act» (1986), 65 *R. du B. can.* 242. Je juge particulièrement convaincant l'extrait suivant de la p. 251 de l'article du professeur Moull, que notre Cour a mentionné, en l'approuvant, dans *Hall*, précité:

[TRADUCTION] Certains commentateurs ont laissé entendre qu'en raison de sa portée et de sa souplesse la garantie prévue par l'art. 178 [maintenant l'art. 427] tient d'un privilège flottant. Cela peut toutefois être trompeur. Parce que la banque acquiert effectivement le droit de propriété, la garantie consentie en vertu de l'art. 178 tient vraiment d'un privilège fixe sur les biens actuels et acquis après coup que l'emprunteur a cédés à la banque. On peut affirmer qu'une garantie consentie en vertu de l'art. 178 partage un attribut avec un privilège flottant du fait qu'elle s'applique à l'ensemble des biens d'une catégorie donnée que l'emprunteur détient. Mais, alors qu'un privilège flottant peut s'appliquer à tous les biens d'une catégorie donnée que l'emprunteur détient, il ne grève pas spécifiquement l'un de ces biens tant qu'il ne s'est pas cristallisé à la suite du défaut de l'emprunteur. À l'inverse, la garantie consentie en vertu de l'art. 178 est un privilège fixe qui s'applique à chacun des biens cédés, peu importe que l'emprunteur soit en défaut ou non. Cela confère à la banque des droits beaucoup plus grands que s'il s'agissait d'une obligation à charge flottante s'appliquant aux biens de l'inventaire.

Pour ces motifs, je considère que la garantie que la banque détient sous forme de GLB tient d'un privilège fixe et spécifique assorti d'une permission de vendre les biens figurant dans l'inventaire.

(iii) Résumé — Privilège fixe et spécifique applicable aux biens figurant dans un inventaire

À ce stade, il semblerait approprié, avant de clore cette partie de l'analyse, de commenter brièvement cette notion nouvelle et peut-être abstraite de la possession d'un privilège fixe sur tous les

future inventory of a debtor. To begin with, I note that traditional definitions of the fixed charge, as for example the one I previously quoted above from *Illingworth, supra*, emphasize the ability to “settle and fasten” upon ascertainable and defined property as being an integral attribute to this particular form of charge. This type of attachment to tangible and ascertainable property, of course, is impossible to achieve in the case of an assignment of inventory, where that collateral is changing constantly. In short, the traditional concept of the fixed charge seems to be at odds with the notion of having a proprietary right over collateral such as after-acquired inventory which, by definition, is not yet in existence at the time the security agreement is executed.

In my view, however, a fixed charge over all present and future inventory represents a proprietary interest over a dynamic collective of present and future assets. To this extent, as stated above, this form of security interest challenges our traditional conception of a fixed charge; to the same extent, in my opinion, our conception of this form of charge must change to meet the modern realities of commercial law, and in particular the legislative provisions which have been brought to bear in this appeal.

In effect, the fixed and specific charge gives to the secured creditor the title (subject, of course, to the debtor’s equitable right of redemption) to the present inventory of the debtor, as well as the after-acquired inventory of the debtor. In this way, the secured creditor becomes the legal owner of inventory as it comes into possession of the debtor. I note that the Alberta *PPSA* contains a specific provision securing a creditor’s proprietary right to after-acquired property in this way:

13(1) Except as provided in subsection (2), where a security agreement provides for a security interest in after-acquired property, the security interest attaches in

biens actuels et futurs de l’inventaire d’un débiteur. Pour commencer, je souligne que les définitions traditionnelles du privilège fixe comme, par exemple, celle tirée de l’arrêt *Illingworth*, précité, que j’ai citée plus haut, insistent sur le fait que la capacité de «se fixer» sur des biens déterminables et définis est un attribut essentiel de cette forme particulière de privilège. Cette façon de grever des biens tangibles et déterminables est évidemment impossible dans le cas d’une cession de biens figurant dans un inventaire, où les biens donnés en garantie changent constamment. Bref, le concept traditionnel du privilège fixe semble incompatible avec l’idée de possession d’un droit de propriété sur des biens donnés en garantie tels que les biens d’inventaire acquis après coup qui, par définition, n’existent pas encore au moment où la convention de garantie est conclue.

Je suis cependant d’avis qu’un privilège fixe sur tous les biens présents et futurs d’un inventaire représente un droit de propriété sur un ensemble dynamique d’éléments d’actif présents et futurs. Dans cette mesure, comme je l’ai déjà dit, cette forme de garantie met en question notre conception traditionnelle d’un privilège fixe; de même, j’estime que notre conception de cette forme de privilège doit évoluer en fonction des réalités contemporaines du droit commercial et, en particulier, des dispositions législatives qui ont été invoquées en l’espèce.

En effet, le privilège fixe et spécifique confère au créancier garanti (sous réserve, évidemment, du droit de rachat que le débiteur possède en *equity*) le droit de propriété sur les biens actuels de l’inventaire du débiteur, de même que sur les biens de l’inventaire que ce dernier acquiert après coup. Le créancier garanti devient ainsi légalement propriétaire des biens de l’inventaire au fur et à mesure qu’ils entrent en la possession du débiteur. Je remarque que la *PPSA* de l’Alberta contient une disposition particulière qui garantit ainsi le droit de propriété du créancier sur les biens acquis après coup:

[TRADUCTION] 13(1) Sous réserve du paragraphe (2), lorsqu’une convention de garantie prévoit une garantie s’appliquant à des biens qui seront acquis ultérieure-

63

64

accordance with section 12, without the need for specific appropriation. [Emphasis added.]

Professors Cuming and Wood, in their published annotation of the Alberta *PPSA*, observe that by virtue of this subsection “the security interest in after-acquired property has equal status with a security interest in collateral in existence at the time the security agreement is executed”: Cuming and Wood, *Alberta Personal Property Security Act Handbook* (2nd ed. 1993), at p. 121 (emphasis added). Similarly, the BAS has the effect of presently attaching the secured creditor’s interest to the after-acquired inventory of the debtor. In *Hall, supra*, La Forest J. approved of Professor Moull’s description of the effect of the relevant provisions of the *Bank Act*, at p. 134, which is particularly apposite to the present discussion:

The result, then, is that a bank taking security under section 178 [now s. 427] effectively acquires legal title to the borrower’s interest in the present and after-acquired property assigned to it by the borrower. The bank’s interest attaches to the assigned property when the security is given or the property is acquired by the borrower and remains attached until released by the bank, despite changes in the attributes or composition of the assigned property. The borrower retains an equitable right of redemption, of course, but the bank effectively acquires legal title to whatever rights the borrower holds in the assigned property from time to time. [Emphasis added.]

65 It follows from these observations that where, as here, a secured creditor holds a fixed charge over a debtor’s inventory, that charge will have the effect of ensuring the creditor has legal title to any and all inventory subject to the charge at any given point in time. This, of course, is subject to the caveat (not operative in this case) that no outstanding statutory payroll deductions had in fact been made prior to the attachment of the fixed charge. Thus, in the present case, the inventory which was subject to the liquidation sale belonged in law to the respondent bank: both under its GSA and its BAS the bank held a fixed charge over Sparrow’s inventory. As such, all that Her Majesty’s beneficial interest could attach to, before its sale, was

ment, la garantie grève ces biens conformément à l’article 12, sans qu’une affectation précise soit nécessaire. [Je souligne.]

Dans le commentaire de la *PPSA* de l’Alberta qu’ils ont publié, les professeurs Cuming et Wood font observer qu’en vertu de ce paragraphe [TRADUCTION] «la garantie s’appliquant aux biens acquis après coup a le même statut qu’une garantie relative aux biens existant au moment de la conclusion de la convention»: Cuming et Wood, *Alberta Personal Property Security Act Handbook* (2^e éd. 1993), à la p. 121 (je souligne). De même, la GLB fait en sorte que la garantie du créancier grève immédiatement les biens d’inventaire acquis après coup par le débiteur. À la page 134 de l’arrêt *Hall*, précité, le juge La Forest approuve la description par le professeur Moull de l’effet des dispositions pertinentes de la *Loi sur les banques*, description qui est particulièrement appropriée dans la présente analyse:

[TRADUCTION] Il en résulte donc que la banque qui prend une sûreté en vertu de l’art. 178 [maintenant l’art. 427] acquiert effectivement les droits que l’emprunteur avait dans les biens actuels et acquis après coup qu’il a cédés à la banque. Le droit de la banque grève les biens cédés dès que la sûreté est consentie ou dès que l’emprunteur acquiert les biens et ceux-ci demeurent grevés jusqu’à ce que la banque accorde mainlevée, malgré les changements apportés aux attributs ou aux éléments des biens cédés. L’emprunteur conserve évidemment un droit de rachat en *equity*, mais la banque devient effectivement titulaire de tous les droits que l’emprunteur avait sur les biens cédés. [Je souligne.]

Il découle de ces observations que, lorsque, comme en l’espèce, un créancier garanti détient un privilège fixe sur les biens figurant dans l’inventaire d’un débiteur, ce privilège aura en tout temps pour effet d’assurer que le créancier possède un droit de propriété sur tous les biens d’inventaire assujettis au privilège. Il en est ainsi, bien sûr, à la condition (non applicable en l’espèce) qu’aucune retenue sur la paye n’ait été effectuée, sans être versée, avant l’application du privilège fixe. Par conséquent, les biens figurant dans l’inventaire qui ont fait l’objet d’une vente de liquidation, en l’espèce, appartenaient en droit à la banque intimée: la banque détenait, tant en vertu de sa CGG que de sa GLB, un privilège fixe sur les biens de l’inventaire

Sparrow's equity of redemption in the property; *Avco, supra*; *C.I.B.C. v. Klymchuk* (1990), 74 Alta. L.R. (2d) 232 (C.A.), at p. 240.

But this of course does not end the matter. While it is true that the bank held legal title in the inventory which is the subject of the dispute in this case, it is also true that at the time the deductions were made the bank had given its permission to Sparrow to sell this inventory in the course of its business. The GSA contained an express licence to this effect; and the BAS impliedly contained such a licence. In this way, the bank had consented, contractually, to the divestment of their interest in the collateral taken in inventory and the usage of the proceeds of that collateral for certain purposes. The critical issue which falls to be decided is, then, what is the scope of this contractual licence? In particular, if this bank's consent included the right to sell the inventory in order to pay wages, then that consent by necessity included the right to sell inventory to remit payroll deductions. In such a situation, for the following reasons, Her Majesty's interest would be able to attach to the proceeds of the inventory, and in this way take priority over the bank's interest.

As stated previously, at para. 41, it is my opinion that the licence theory may operate, in the context of the statutory scheme at issue in the present appeal, as an exception to the general rule that at the time of "liquidation, assignment, receivership or bankruptcy" Her Majesty's interest cannot attach to property which is at that time the property of a secured creditor. More specifically, where it can be said that at the time the deductions were made a secured creditor had consented to the use of its collateral in order to pay the statutory deductions which are the object of a deemed trust, it may also be said that that creditor has bound itself by the statutory requirements relating to those deductions. Here, therefore, if it can be said that at the time the wage deductions at issue were made the

de Sparrow. C'est pourquoi tout ce à quoi le droit que Sa Majesté possédait à titre bénéficiaire pouvait s'appliquer avant la vente était le droit de rachat que Sparrow détenait en *equity* sur les biens: *Avco*, précité; *C.I.B.C. c. Klymchuk* (1990), 74 Alta. L.R. (2d) 232 (C.A.), à la p. 240.

Toutefois, il va sans dire que cela ne règle pas la question. Bien qu'il soit vrai que la banque détenait le droit de propriété sur les biens de l'inventaire qui font l'objet du litige en l'espèce, il est également vrai qu'au moment où les retenues ont été faites la banque avait donné à Sparrow la permission de vendre ces biens dans le cours de ses affaires. Une permission à cet égard était accordée expressément dans la CGG et implicitement dans la GLB. De cette façon, la banque avait consenti, par contrat, à se dépouiller de son droit sur les biens de l'inventaire donnés en garantie et à ce que le produit de la vente de ces biens soit utilisé à certaines fins. La question cruciale est donc celle de la portée de cette permission contractuelle. En particulier, si ce consentement de la banque comprenait le droit de vendre les biens de l'inventaire pour payer les salaires, alors ce consentement comprenait nécessairement le droit de vendre ces mêmes biens pour verser les retenues sur la paye. Pour les motifs qui suivent, le droit de Sa Majesté pourrait alors s'appliquer au produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire et, ainsi, avoir priorité sur le droit de la banque.

Comme je l'ai déjà indiqué au par. 41, je suis d'avis que, dans le contexte du régime législatif en cause dans le présent pourvoi, la thèse de la permission peut constituer exception à la règle générale voulant qu'au moment de la «liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite», le droit de Sa Majesté ne puisse pas grever des biens qui sont la propriété d'un créancier garanti. Plus précisément, si l'on peut affirmer qu'au moment où les retenues ont été effectuées le créancier garanti avait consenti à ce que les biens qui lui ont été donnés en garantie servent à verser les retenues exigées par la loi qui font l'objet de la fiducie réputée, on peut également affirmer que le créancier s'est assujéti aux obligations légales relatives à ces retenues. Par conséquent, si on peut affirmer, en l'espèce, qu'au

bank had permitted the sale of inventory in order to pay wages, and thus wage deductions, it will be possible for s. 227(5) to attach to the bank's inventory existent at the time of receivership. With regard to this approach to the licence theory, see *FBDB, supra*, at pp. 40-41, *Roynat, supra*, at pp. 649-50, and *G.M. Homes Inc., supra*, at pp. 252-54.

68 In short, where the bank has consented to the reduction in the value of its security in order to pay statutory deductions at the time those deductions are made, they have to the same extent, by virtue of s. 227(5), consented to the reduction in their security at the time of receivership. The critical question which falls to be decided in this case, then, is what was the scope of the bank's consent to sell inventory at the time the deductions were made?

(D) *Whether on the Facts the Licence to Sell Included the Right to Use the Proceeds to Pay Wages?*

69 I underline at the outset that the critical factor in the "licence to sell" argument is the permission which must be found to have been granted with respect to the usage of the proceeds of the disputed collateral. Thus, while licences may often be mouthed in terms of a "right to sell in the ordinary course of business", it must not be forgotten that it is permission with respect to the usage of proceeds, and not necessarily the circumstances of sale, which is the proper focus of the inquiry.

70 When interpreting the contractual provisions which gave Sparrow the right to sell the encumbered inventory, it is necessary to look at the words of the contract, the nature of the transaction which the parties entered into, and all of the surrounding circumstances.

71 The express provisions of the GSA establishes that Sparrow was granted a licence to sell the

moment où les retenues sur la paye qui sont en cause ont été effectuées, la banque avait permis la vente des biens figurant dans l'inventaire pour payer les salaires et, ainsi, les retenues sur la paye, le par. 227(5) pourra s'appliquer aux biens qui figuraient dans l'inventaire de la banque au moment de la mise sous séquestre. En ce qui concerne cette façon d'aborder la thèse de la permission, voir *FBDB*, précité, aux pp. 40 et 41, *Roynat*, précité, aux pp. 649 et 650, et *G.M. Homes Inc.*, précité, aux pp. 252 à 254.

Bref, dans le cas où la banque a consenti à la diminution de la valeur de sa garantie pour payer les retenues légales sur la paye au moment où elles seraient effectuées, elle a du même coup consenti, en vertu du par. 227(5), à la réduction de sa garantie au moment de la mise sous séquestre. Alors, la question cruciale à trancher en l'espèce est de savoir quelle était la portée du consentement de la banque à la vente des biens figurant dans l'inventaire au moment où les retenues ont été effectuées.

(D) *D'après les faits, la permission de vendre incluait-elle le droit d'utiliser le produit de la vente pour payer les salaires?*

Je souligne, au départ, que le facteur déterminant dans l'argument de la «permission de vendre» est la conclusion que cette permission a été accordée quant à l'utilisation du produit de la vente des biens en litige donnés en garantie. Ainsi, bien que les permissions soient souvent données sous la forme d'un «droit de vendre dans le cours normal des affaires», il ne faut pas oublier que c'est la permission quant à l'utilisation du produit, et non pas nécessairement les circonstances de la vente, qui doit être au centre de l'examen.

En interprétant les dispositions contractuelles qui accordent à Sparrow le droit de vendre les biens de l'inventaire donnés en garantie, il faut examiner les termes du contrat, la nature de l'opération conclue par les parties et toutes les circonstances de l'affaire.

D'après les dispositions expresses de la CGG, Sparrow a obtenu la permission de vendre les biens

encumbered inventory. In particular, the licence stated that:

... until default, Debtor may, in the ordinary course of Debtor's business, sell or lease inventory and, subject to Clause 7 hereof, use Money available to Debtor. [Emphasis added.]

Therefore, Sparrow was permitted to sell its inventory in the ordinary course of its business and "use" the proceeds generated therefrom. The critical question is what "us[age]" this licence to sell in the "ordinary course of . . . business" contemplated. In this connection, I find two of the express covenants in Sparrow's contractual arrangements to be salient. Paragraph 4(c) of the GSA required Sparrow:

(e) to pay all taxes, rates, levies, assessments and other charges of every nature which may be lawfully levied, assessed or imposed against or in respect of Debtor or Collateral as and when the same become due and payable; [Emphasis added.]

In addition, in the Credit Facilities Agreement, Sparrow covenanted to the bank as follows:

(3) it will promptly pay when due all business, income and other taxes properly levied on its operations and property and remit all statutory employee deductions when due; [Emphasis added.]

Looking at these express provisions of the contractual arrangements between Sparrow and the bank, I conclude that the payment of payroll deductions would be a usage to which the bank contemplated Sparrow would use the proceeds of inventory sold in the "ordinary course of . . . business". My conclusion in this respect is buttressed when the nature of the dealings between Sparrow and the bank, and all the surrounding circumstances, are observed.

The bank was Sparrow's primary lender; it held a security interest in most, if not all, of Sparrow's assets. In particular, the bank held various security interests in Sparrow's inventory. It was of course in the bank's best interest that Sparrow function as

de l'inventaire donnés en garantie. Plus particulièrement, il était précisé que:

[TRADUCTION] . . . à moins d'être en défaut, le débiteur [peut], dans le cours normal de ses affaires, vendre ou louer les biens figurant dans l'inventaire et, sous réserve de la clause 7 des présentes, utiliser les sommes d'argent dont il dispose. [Je souligne.]

Par conséquent, Sparrow avait la permission de vendre les biens de l'inventaire dans le cours normal de ses affaires et d'«utiliser» le produit de cette vente. La question cruciale est de savoir quelle «utilis[ation]» était envisagée par cette permission de vendre «dans le cours normal de[s] affaires». À ce propos, je considère que deux clauses explicites des arrangements contractuels de Sparrow ressortent. Aux termes de l'al. 4c) de la CGG, Sparrow est tenue:

e) de payer tous les impôts, tarifs, redevances, cotisations et autres sommes de toute nature qui peuvent être légalement perçues, cotisées ou imposées à l'égard du débiteur ou d'un bien donné en garantie, lorsque ces sommes sont dues et exigibles; [Je souligne.]

De plus, dans la convention de crédit, Sparrow a pris l'engagement suivant envers la banque:

(3) elle paiera promptement, lorsqu'ils seront dus, toutes les taxes d'affaires, impôts sur le revenu et autres taxes perçues à bon droit sur ses affaires et ses biens et versera toutes les retenues légales sur le salaire des employés, lorsqu'elles seront dues; [Je souligne.]

Compte tenu de ces dispositions explicites des arrangements contractuels entre Sparrow et la banque, je conclus que le versement des retenues sur la paye serait une utilisation que, suivant ce que la banque a envisagé, Sparrow ferait du produit de la vente des biens de l'inventaire, effectuée «dans le cours normal de[s] affaires». Ma conclusion à cet égard est étayée par la nature des opérations survenues entre Sparrow et la banque, et par toutes les circonstances de l'affaire.

La banque était le prêteur principal de Sparrow, elle détenait une garantie sur la plupart, sinon la totalité, des éléments d'actif de Sparrow. Plus particulièrement, la banque détenait diverses garanties sur les biens figurant dans l'inventaire de Sparrow.

a viable economic unit. To do so, Sparrow was required to sell its services as an electrical contractor and, necessarily, sell its inventory. From the sales of the inventory, Sparrow could generate revenues to, *inter alia*, pay its outstanding operating debts. If it failed to do so, Sparrow could be petitioned into bankruptcy, with the result that Sparrow could no longer generate the profits necessary to pay its loan obligations to the bank in the long term. One of Sparrow's ongoing obligations, its costs of doing business, was the paying of wages. In order to stay in business, and operate as a profitable business enterprise, Sparrow would have to pay its employees. This is a necessary requirement of continuing in business. It would be reasonable that the bank expect, taking into consideration all the circumstances of this arrangement, that revenue from the sale of inventory would be used to pay wages.

Il était évidemment dans l'intérêt de la banque que Sparrow fonctionne comme une entité économiquement rentable. À cette fin, Sparrow devait vendre ses services comme entrepreneur électricien et, nécessairement, vendre les biens de son inventaire. Ces ventes permettraient à Sparrow de tirer des revenus qui serviraient notamment à payer ses dettes de fonctionnement. Si elle ne le faisait pas, Sparrow pourrait faire l'objet d'une pétition en faillite, de sorte qu'elle ne pourrait plus à long terme générer les profits nécessaires au paiement de ses emprunts à la banque. L'une des obligations que Sparrow devait remplir, comme dépense d'affaires, était le paiement des salaires. Pour rester en affaires et fonctionner comme une entreprise rentable, Sparrow devrait payer ses employés. C'est là une condition nécessaire pour rester en affaires. Il serait raisonnable que la banque s'attende, compte tenu de toutes les circonstances de l'arrangement pris, que le produit de la vente des biens figurant dans l'inventaire soit utilisé pour payer les salaires.

74

From these observations, I consider the licence to sell inventory in the ordinary course of business in this case necessarily included a licence to sell inventory to pay wages, and remit wage deductions, in the course of its business. Where, as here, the secured party has security over the majority of the assets of the debtor, the security interest over the inventory must permit the debtor to sell the inventory and put it to the general use of its business, including towards the payment of wages. Indeed, the express terms of the licence intimates this, providing Sparrow could, "in the ordinary course of . . . business, . . . use Money available". The scope of the licence can thus be ascertained either from the express terms of the security agreement, or from the nature of the agreement and the conduct of the parties. To be clear, however, the scope of the licence in this case flows not merely from a right to sell inventory *per se*. Instead, it is the licence to sell inventory in the "ordinary course of [Sparrow's] business . . . and use [the proceeds]" which renders it of such a quality as to include a right to use the proceeds to pay wages. As Professor Wood has correctly observed in "Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Elec-*

Compte tenu de ces observations, je considère que la permission de vendre les biens de l'inventaire dans le cours normal des affaires comprenait nécessairement, en l'espèce, la permission de les vendre pour payer les salaires et verser les retenues sur la paye dans le cours des affaires de Sparrow. Lorsque, comme en l'espèce, le créancier garanti détient une garantie sur la majorité des éléments d'actif du débiteur, la garantie applicable aux biens de l'inventaire doit permettre au débiteur de vendre ces biens et d'utiliser le produit pour les fins générales de son entreprise, y compris pour payer les salaires. En fait, c'est ce qu'indiquent les termes mêmes de la permission qui prévoient que Sparrow pourrait, «dans le cours normal de[s] affaires [. . .] utiliser les sommes d'argent dont [elle] dispose[rait]». La portée de la permission peut donc être déterminée soit à partir des termes mêmes de la convention de garantie, soit à partir de la nature de la convention et de la conduite des parties. Plus précisément, la portée de la permission, en l'espèce, ne découle pas simplement d'un droit comme tel de vendre les biens figurant dans l'inventaire. Il s'agit plutôt d'une permission de vendre les biens de l'inventaire dans le «cours normal de[s] affaires [de Sparrow] [. . .] et [. . .]

tric Corp.”, *supra*, at p. 435, a licence to sell inventory may in certain circumstances be circumscribed so as to not include a right to use the proceeds to pay wages:

The fact that the secured party permits the debtor to sell the inventory does not in itself imply that the secured party permits the debtor to use these proceeds to pay employees. In some cases the secured party will not restrict the debtor’s ability to use the proceeds in the ordinary course of business, but this depends entirely on the security arrangement negotiated between the debtor and the secured party. Consider the following scenario:

SP finances the acquisition of inventory by an automobile dealer (D), and is granted a security interest in the inventory. The wholesale security agreement provides that D may sell the inventory in the ordinary course of business and that upon doing so D must immediately remit the wholesale purchase price of the automobile to SP.

In this scenario, SP clearly does not permit the debtor to use the proceeds of inventory to pay its employees. Indeed, it is common for SP to regularly monitor the debtor to ensure that the debtor is not “out of trust” by failing to remit the proceeds of sale.

In summary, the true test of whether the licence to sell inventory includes the right to pay wages must therefore be a matter of interpreting the contractual arrangement between the parties. The focus is not so much on the circumstances of the selling of inventory, but rather the permitted usage of the proceeds of inventory. As in Professor Wood’s example, where the licence has a limited scope, that licence may not include the right to use proceeds to pay wages. However, the expression of a limited use for proceeds of inventory cannot prevail if the arrangement between the parties is such as to allow, in practice, the debtor to use the inventory proceeds in the course of its business. In this respect, I agree with Professor Wood’s comments regarding the appropriate test for determining

[d’]utiliser [le produit]», qui fait en sorte qu’elle inclut le droit d’utiliser le produit pour payer les salaires. Comme le professeur Wood l’a fait observer à juste titre, dans «Revenu Canada’s Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*», *loc. cit.*, à la p. 435, la permission de vendre les biens d’un inventaire peut, dans certaines circonstances, être limitée de manière à ne pas inclure le droit d’utiliser le produit pour payer des salaires:

[TRADUCTION] Le fait que le créancier garanti permette au débiteur de vendre les biens de l’inventaire n’implique pas en soi que le créancier garanti permet au débiteur d’utiliser le produit de cette vente pour payer les employés. Dans certains cas, le créancier garanti ne limitera pas la capacité du débiteur d’utiliser le produit dans le cours normal des affaires, mais cela dépend entièrement du type de garantie négocié entre le débiteur et le créancier garanti. Examinons l’hypothèse suivante:

SP finance l’acquisition des biens d’un inventaire par un concessionnaire d’automobiles (D), et obtient une garantie sur ces biens. La convention de garantie de vente en gros prévoit que D peut vendre les biens de l’inventaire dans le cours normal des affaires et qu’après l’avoir fait D doit immédiatement verser à SP le prix d’achat en gros de l’automobile.

Dans cette hypothèse, il est clair que SP ne permet pas au débiteur d’utiliser le produit de la vente des biens de l’inventaire pour payer ses employés. En fait, SP a l’habitude de contrôler régulièrement les opérations du débiteur pour s’assurer que ce dernier ne «trahit pas sa confiance» en omettant de verser le produit de la vente.

En résumé, le véritable critère pour déterminer si la permission de vendre les biens figurant dans un inventaire inclut le droit de payer les salaires doit donc être une question d’interprétation de l’arrangement contractuel intervenu entre les parties. L’attention ne doit pas tant porter sur les circonstances de la vente des biens de l’inventaire que sur l’utilisation permise du produit de la vente de ces biens. Comme dans l’exemple donné par le professeur Wood, lorsque la permission a une portée limitée, il se peut qu’elle n’inclue pas le droit d’utiliser le produit de la vente pour payer les salaires. Toutefois, l’expression de restrictions quant à l’utilisation du produit de la vente des biens figurant dans l’inventaire ne saurait prévaloir si l’arrangement entre les parties est de nature à

whether a licence to sell inventory includes permission to pay wages with the proceeds (“Revenue Canada’s Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*”, *supra*, at pp. 435-36):

This is not to say that the analysis should hinge on the existence of a trust proceeds clause or other contractual provision requiring the debtor to remit proceeds. A contractual provision of this type should not govern if the real arrangement between the parties is such that the debtor has the freedom to use the proceeds of inventory in the ordinary course of business.

To make any sense at all, the licence theory must, at the very least, be restricted to cases where the secured party permits the debtor to pay employees either out of its collateral or out of the proceeds of its collateral. This permission cannot be derived merely from the existence of a licence to sell inventory. The test should be whether the debtor had the freedom to use these funds in the ordinary course of business as opposed to being under an obligation to remit them to the secured party. [Emphasis added.]

76

In the case at bar, the GSA contained an express licence permitting Sparrow to sell inventory in the course of its business and use the proceeds available; the BAS contained an implied licence to this effect. While it is true that the GSA contained a trust proceeds clause, I find that this cannot have the effect of limiting the scope of the licence where the real arrangement between the parties was, as expressly stated, that Sparrow could use the proceeds of inventory in the course of its business. The bank in this case was not a small inventory financier who required Sparrow to immediately remit proceeds of inventory to it. To the contrary, the bank was a large scale lender who permitted Sparrow to use inventory sales to maintain the viability of its enterprise. For these reasons, applying Professor Wood’s test, I find that under the licence to “sell . . . inventory” “in the

permettre, en pratique, au débiteur d’utiliser le produit de cette vente dans le cours de ses affaires. À cet égard, je suis d’accord avec les commentaires du professeur Wood au sujet du critère approprié pour déterminer si la permission de vendre les biens d’un inventaire inclut la permission d’utiliser le produit de cette vente pour payer des salaires («Revenue Canada’s Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*», *loc. cit.*, aux pp. 435 et 436):

[TRADUCTION] Cela ne veut pas dire que l’analyse devrait dépendre de l’existence d’une clause de produit en fiducie ou d’une autre disposition contractuelle exigeant que le débiteur verse ce produit. Une disposition contractuelle de ce type ne devrait pas s’appliquer si l’arrangement réel entre les parties est tel que le débiteur est libre d’utiliser le produit de la vente des biens de l’inventaire dans le cours normal des affaires.

Pour avoir du sens, la thèse de la permission doit, à tout le moins, se limiter aux cas où le créancier garanti permet au débiteur de payer les employés soit au moyen des biens donnés en garantie, soit au moyen du produit de la vente de ces biens. Cette permission ne peut pas simplement découler de l’existence d’une permission de vendre les biens de l’inventaire. Le critère devrait consister à déterminer si le débiteur était libre d’utiliser ces fonds dans le cours normal des affaires, au lieu d’être obligé de les verser au créancier garanti. [Je souligne.]

En l’espèce, la CGG accordait expressément à Sparrow la permission de vendre les biens de l’inventaire dans le cours de ses affaires et d’utiliser le produit dont elle disposerait; la GLB comportait implicitement la même permission. Bien qu’il soit vrai que la CGG comportait une clause de produit en fiducie, je considère que cela ne peut pas avoir pour effet de limiter la portée de la permission alors que l’arrangement réel intervenu entre les parties voulait, comme cela a été précisé, que Sparrow puisse utiliser le produit de la vente des biens de l’inventaire dans le cours de ses affaires. Dans cette affaire, la banque n’était pas un petit financier de biens d’inventaire, qui exigeait que Sparrow lui verse immédiatement le produit de la vente des biens de l’inventaire. Au contraire, la banque était un gros bailleur de fonds qui permettait à Sparrow d’utiliser le produit de la vente des biens

ordinary course of . . . business” and “use [the] [m]oneys available” the bank permitted Sparrow to sell inventory to pay wages and, necessarily, payroll deduction obligations.

For all these reasons, through the application of the licence theory, it is my conclusion that the appellant’s s. 227(5) deemed trust must take priority over the bank’s security interests in the disputed collateral. The trust fund representing the deducted amounts, while without identified subject matter from the date of its inception, is capable of identifying property subject to that trust *ex post facto*. To reiterate, the bank consented to the reduction in its security in inventory in order to pay wage deductions at the time those deductions were made, and s. 227(5) *ITA* has the effect of carrying forward that consent to the time of receivership. By consenting to the payment of wages out of the proceeds of inventory during the course of Sparrow’s business, the bank *ipso facto* consented to the statutory scheme under the *ITA* designed to cover unpaid wage deductions. In short, in the present case the licence to deal with inventory proceeds coupled with the statutory scheme in s. 227(4) and (5) *ITA* gives priority to Her Majesty’s claims for statutory wage deductions. This result is obtained both in regard to the bank’s GSA, and its BAS.

The respondent bank has submitted that this result is necessarily precluded with regard to their BAS by virtue of s. 428(1) of the *Bank Act*, which provides as follows:

428. (1) All the rights and powers of a bank in respect of the property mentioned in or covered by a warehouse receipt or bill of lading acquired and held by the bank, and the rights and powers of the bank in respect of the property covered by a security given to the bank under

de l’inventaire pour maintenir la viabilité de son entreprise. Pour ces motifs, appliquant le critère du professeur Wood, je conclus que, en vertu de la permission de «vendre [. . .] les biens figurant dans l’inventaire» «dans le cours normal de[s] affaires» et d’«utiliser les sommes d’argent dont [elle] dispose[rait]», la banque permettait à Sparrow de vendre les biens de l’inventaire pour payer des salaires et, nécessairement, pour verser des retenues sur la paye.

Pour tous ces motifs, en application de la thèse de la permission, je conclus que la fiducie réputée dont bénéficie l’appelante en vertu du par. 227(5) doit avoir priorité de rang sur les garanties que la banque détient sur les biens en litige donnés en garantie. Le fonds en fiducie constitué des retenues effectuées, bien que sans objet identifié au moment de sa constitution, est capable de viser après coup les biens faisant l’objet de cette fiducie. Encore une fois, la banque a consenti à la diminution de sa garantie sur les biens de l’inventaire pour payer les retenues sur la paye au moment où elles ont été effectuées, et le par. 227(5) *LIR* a pour effet de reporter ce consentement jusqu’au moment de la mise sous séquestre. En consentant à ce que Sparrow paie les salaires au moyen du produit de la vente des biens de l’inventaire dans le cours de ses affaires, la banque consentait par le fait même au régime légal de recouvrement des retenues sur la paye non versées, établi par la *LIR*. Bref, en l’espèce, la permission d’aliéner le produit de la vente des biens figurant dans l’inventaire, conjuguée au régime légal des par. 227(4) et (5) *LIR*, accorde priorité de rang aux demandes de Sa Majesté relatives aux retenues légales sur la paye. Cela vaut tant à l’égard de la CGG de la banque que de sa GLB.

La banque intimée a fait valoir que ce résultat est nécessairement écarté en ce qui concerne sa GLB, en raison du par. 428(1) de la *Loi sur les banques*, qui prévoit ceci:

428. (1) Tous les droits de la banque sur les biens mentionnés ou visés dans un récépissé d’entrepôt ou un connaissement qu’elle a acquis ou détient, ainsi que ses droits sur les biens affectés à une garantie reçue en vertu de l’article 427, et qui équivalent aux droits découlant

section 427 that are the same as if the bank had acquired a warehouse receipt or bill of lading in which that property was described, have, subject to subsection 427(4) and subsections (3) to (6) of this section, priority over all rights subsequently acquired in, on or in respect of that property, and also over the claim of any unpaid vendor. [Emphasis added.]

I cannot agree with this submission. It is true that s. 428(1) secures the respondent bank's proprietary right to the disputed collateral. However, for the reasons I have expressed, the fact remains that the bank has consented to the divestment of this interest. Such a waiver of priority, in my view, renders s. 428(1) of no assistance to the respondent bank.

79 I add as a final matter that in addition to providing certainty in disputes between consensual and non-consensual security interests, the licence theory has the virtue of achieving fairness in commercial law. Here, the respondent bank had permitted Sparrow to sell its inventory in the course of its business in order to, among other things, pay wages and wage deductions. To this extent, therefore, the bank permitted the reduction in the value of its security interest in Sparrow's inventory, during the ordinary course of Sparrow's business. Implicit in the bank's consent is the assumption that in so doing, Sparrow would generate profits from the conversion of inventory into revenues; this economic process, as I noted above, ensures that interest payments owing to the bank would be paid to them on a sustainable basis. In short, the bank benefitted in a general sense from Sparrow's carrying on its business operations, an endeavour which required Sparrow to pay wages and wage deductions. More specifically, however, when Sparrow stopped paying its wage deductions, as required, the bank could be said to benefit from the artificial increase in Sparrow's working capital, allowing an extension of the life of Sparrow's business.

80 Now, when Sparrow's business is no longer a viable enterprise, the bank says that it is entitled to the very payments which allowed Sparrow, in part

d'un récépissé d'entrepôt ou un connaissement visant ces biens priment, sous réserve du paragraphe 427(4) et des paragraphes (3) à (6) du présent article, tous les droits subséquentment acquis sur ces biens, ainsi que la créance de tout vendeur impayé. [Je souligne.]

Je ne puis souscrire à cet argument. Il est vrai que le par. 428(1) garantit le droit de propriété de la banque intimée sur les biens en litige donnés en garantie. Toutefois, pour les motifs que j'ai exposés, il reste que la banque a accepté d'être dépouillée de ce droit. À mon avis, une telle renonciation à la priorité de rang fait en sorte que le par. 428(1) n'est d'aucun secours à la banque intimée.

J'ajoute, comme dernier point, qu'en plus d'offrir un élément de certitude dans les litiges opposant des garanties consensuelles et des garanties non consensuelles, la thèse de la permission permet d'assurer l'équité en droit commercial. En l'espèce, la banque intimée avait permis à Sparrow de vendre les biens de son inventaire dans le cours de ses affaires afin, notamment, de payer les salaires et les retenus sur la paye. Dans cette mesure, la banque a donc permis que la valeur de la garantie qu'elle détenait sur les biens de l'inventaire de Sparrow soit réduite dans le cours normal des affaires de cette dernière. Ce consentement reposait sur l'expectative implicite de la banque que Sparrow réaliserait des profits en convertissant des biens de son inventaire en recettes; ce processus économique, comme je l'ai déjà noté, garantissait que les paiements d'intérêts dus à la banque seraient effectués de façon continue. Bref, la banque profitait, d'une manière générale, de la poursuite des affaires de Sparrow qui obligeaient cette dernière à payer des salaires et des retenues sur la paye. Plus précisément, toutefois, lorsque Sparrow a cessé d'effectuer les versements requis des retenues sur la paye, on pouvait affirmer que la banque a profité de l'augmentation artificielle du fonds de roulement de Sparrow qui a permis à cette dernière de rester en affaires plus longtemps.

Maintenant que Sparrow n'est plus une entreprise viable, la banque affirme qu'elle a droit aux sommes mêmes qui, du moins en partie, ont per-

at least, to stay in business longer than was legally economical. In essence, the bank is willing to accept the benefits of Sparrow's non-payment of statutory deductions, and can be said to have reasonably permitted the use of its collateral to pay these deductions at the time they should have lawfully been paid, but refuses to accept the burden of Sparrow's unlawful action at the time of its receivership. In my view, it should be the policy of the law that the respondent bank be held accountable for Sparrow's outstanding statutory obligations. The licence theory, as I have developed it, ensures that in appropriate circumstances this result will obtain. In this way, in my opinion the licence theory is grounded not only in legal principles, but also in sound policy.

Since writing the foregoing, I have had the benefit of reading the careful reasons of my colleague, Mr. Justice Iacobucci. With deference however, I do not share his views or his concerns.

I note that Iacobucci J., in his reasons, has taken me to have adopted the licence theory in extremely broad terms. Specifically, when summarizing the conceptual basis of my reasoning, he states at para. 91:

Consequently, says the [licence] theory, the bank's claim to the inventory must give way to any debts incurred in the ordinary course of business. [Emphasis added.]

Similarly, Iacobucci J. writes at para. 97:

The satisfaction of any legitimate debt or obligation, whenever incurred, is arguably "in the ordinary course of business". Certainly, the payment of creditors is a permissible "use" of the proceeds of a sale of inventory. Following my colleague's reasoning, this would mean that every subsequent claim should prevail over the respondent's general security agreement, because every rival claim might have been satisfied out of the proceeds

mis à Sparrow de rester en affaires plus longtemps qu'il n'était économiquement possible de le faire sur le plan légal. La banque est essentiellement disposée à accepter les bénéfices du non-versement par Sparrow des retenues légales sur la paye, et l'on peut dire qu'elle a raisonnablement permis que les biens qui lui avaient été donnés en garantie soient utilisés pour verser ces retenues au moment où elles devaient l'être légalement, mais qu'elle refuse d'assumer le fardeau de l'acte illégal accompli par Sparrow au moment de sa mise sous séquestre. À mon avis, ce devrait être une politique de la loi que la banque intimée soit tenue responsable des obligations légales auxquelles Sparrow a manqué. La thèse de la permission, comme je l'ai expliqué, garantit ce résultat dans les circonstances appropriées. J'estime ainsi que la thèse de la permission repose non seulement sur des principes juridiques, mais aussi sur une politique saine.

Depuis que j'ai rédigé ce qui précède, j'ai pris connaissance des motifs soigneusement étayés de mon collègue le juge Iacobucci. En toute déférence, cependant, je ne partage ni son opinion ni ses préoccupations.

Je remarque que le juge Iacobucci considère, dans ses motifs, que j'ai adopté la thèse de la permission de manière extrêmement générale. Plus précisément, lorsqu'il résume le fondement conceptuel de mon raisonnement, il affirme (au par. 91):

Donc, selon cette thèse [de la permission], les droits que la banque peut faire valoir sur les biens figurant dans l'inventaire doivent céder le pas aux dettes contractées dans le cours normal des affaires. [Je souligne.]

De même, le juge Iacobucci écrit (au par. 97):

On peut soutenir que c'est «dans le cours normal des affaires» que l'on s'acquitte d'une dette ou d'une obligation légitime, quel que soit le moment où elle a pris naissance. Le paiement des créanciers est sûrement une «utilis[ation]» permise du produit de la vente des biens figurant dans un inventaire. Selon le raisonnement de mon collègue, cela signifierait que toute créance ultérieure devrait avoir préséance sur la convention de garantie générale de l'intimée, parce qu'il se pourrait que chacune des créances concurrentes ait été acquittée

81

82

of a hypothetical sale of the inventory. [Emphasis added.]

83 With respect, as he acknowledges, my reasons do not go this far. It is not the consent to payment of wage deductions from the proceeds of inventory *simpliciter* which drives me to the conclusion that Her Majesty's interest must prevail. This is a necessary, but not sufficient, condition. In addition, however, what is significant to the outcome of this case is that the bank has consented to payment of wages including deductions, out of inventory which, at the time of the deductions, are by statute deemed to be taken out of the estate of the debtor (see ss. 153(3) and 227(4) *ITA*). Section 227(5) carries that consent forward to the time of liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, to realize Her Majesty's claim out of the bank's inventory.

84 Therefore, the unique nature of the statutory provisions applicable to wage deductions, and the bank's consent thereto, are integral to the success of the s. 227(5) claim in the case at bar. In this way, the licence theory, as I have employed it, is circumscribed.

85 It must be stressed that the issue relates to wages actually paid to employees — not a simple obligation to pay wages — a portion of which has been deducted from the amount remitted to the employee and must be remitted to Her Majesty. Pending such remittance, the amount deducted is deemed under s. 227(4) to be held in trust for Her Majesty. By virtue of these *ITA* provisions, and unlike ordinary debts and obligations, unpaid wage deductions are, in law, performed obligations. The consent by the bank to the payment of wages out of the proceeds of the sale of inventory must be taken to cover the wages paid according to law including that portion which has been deducted from the remittance to the employee, pursuant to the *ITA*, in order that it be remitted to Her Majesty. While the value of the bank's security in the inventory may be thereby reduced, this is by virtue of specific statutory requirements under well-defined

sur le produit d'une vente hypothétique des biens figurant dans l'inventaire. [Je souligne.]

En toute déférence, comme il le reconnaît, mes motifs ne vont pas aussi loin. Ce n'est pas le consentement même au paiement de retenues sur la paye sur le produit des biens figurant dans l'inventaire qui m'amène à conclure que c'est l'intérêt de Sa Majesté qui doit prévaloir. C'est une condition nécessaire, mais non suffisante. De plus, cependant, ce qui est important pour l'issue du présent pourvoi, c'est que la banque a consenti au paiement de salaires comportant des retenues, sur des biens figurant dans l'inventaire qui, au moment des retenues, sont réputés par la loi être retranchés du patrimoine du débiteur (voir les par. 153(3) et 227(4) *LIR*). Le paragraphe 227(5) reporte ce consentement au moment de la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, de manière à réaliser la créance de Sa Majesté sur les biens figurant dans l'inventaire de la banque.

Par conséquent, la nature exceptionnelle des dispositions législatives applicables aux retenues sur la paye, et le consentement de la banque aux retenues, contribuent au succès de la demande fondée sur le par. 227(5) en l'espèce. De cette façon, la thèse de la permission, à laquelle j'ai eu recours, est circonscrite.

Il faut souligner que la question concerne les salaires réellement payés à des employés — non pas une simple obligation de payer des salaires — dont une partie a été déduite du montant versé à l'employé et doit être remise à Sa Majesté. Avant cette remise, le montant déduit est réputé, en vertu du par. 227(4), être détenu en fiducie pour Sa Majesté. En vertu de ces dispositions de la *LIR*, et contrairement aux dettes et obligations ordinaires, les retenues sur la paye non versées sont, en droit, des obligations exécutées. Le consentement de la banque au paiement des salaires sur le produit de la vente de biens figurant dans l'inventaire doit être considéré comme visant les salaires payés conformément à la loi, y compris la partie qui, conformément à la *LIR*, a été déduite du montant versé à l'employé, en vue d'être remise à Sa Majesté. Bien que la valeur de la garantie de la banque sur les biens figurant dans l'inventaire

rules limited in their application to actual payment of wages. These requirements are well known and are encompassed by the bank's consent to the payment of wages in the ordinary course of business and do not open the door to uncertainty as to the value of security. Any risk to the bank's security is part of the very risk involved in consenting to the payment of wages. This does not open the door to any uncertainty as to the value of the bank's security arising from unperformed obligations incurred by the debtor in the ordinary course of business.

For these reasons, I cannot agree with the premise underlying Iacobucci J.'s reasons, namely, that the licence theory as I have employed it is inimical to the integrity of commercial law. It does not have the extensive application suggested by my colleague; it does not create uncertainty in commercial transactions. Instead, the licence theory operates narrowly, in conjunction with unique statutory provisions, so as to actualize legally performed obligations when they, in fact, exist.

VI — Conclusion

It is possible to summarize my conclusions in this case into the following five propositions:

1. Priorities between statutory trusts and consensual security interests are resolved by determining which interest has an attached interest in the disputed collateral at the time the statutory trust becomes operative.
2. The s. 227(5) *ITA* deemed trust attaches to any property of the debtor which exists upon liquidation, assignment, bankruptcy or receivership.
3. For example, if deductions are made prior to the attachment of a fixed charge over collateral, the s. 227(5) deemed trust will engage to retroactively attach Her Majesty's beneficial interest to that collateral. The fixed charge over that collateral will thereafter be subject to Her

puisse être ainsi réduite, cette possibilité découle d'exigences légales particulières qui reposent sur des règles bien définies dont l'application est limitée au paiement réel de salaires. Ces exigences sont bien connues et sont visées par le consentement de la banque au paiement de salaires dans le cours normal des affaires, et elles n'ouvrent pas la porte à l'incertitude quant à la valeur de la garantie. Tout risque auquel est exposée la garantie de la banque fait partie du risque même qu'entraîne le consentement au paiement de salaires. Cela n'ouvre la porte à aucune incertitude quant à la valeur de la garantie de la banque, qui résulterait de l'omission d'exécuter des obligations contractées par le débiteur dans le cours normal des affaires.

Pour ces motifs, je ne peux pas accepter la prémissesur laquelle reposent les motifs du juge Iacobucci, à savoir que la thèse de la permission, que j'ai utilisée, compromet l'intégrité du droit commercial. Elle n'a pas l'application étendue que décrit mon collègue; elle ne crée pas d'incertitude dans les opérations commerciales. Au contraire, la thèse de la permission s'applique de manière restreinte, de concert avec des dispositions législatives exceptionnelles, de façon à actualiser des obligations légalement exécutées lorsqu'elles existent réellement.

VI — Conclusion

Il est possible de résumer mes conclusions en l'espèce au moyen des cinq propositions suivantes:

1. On résout la question de la priorité de rang entre des fiducies légales et des garanties consensuelles en déterminant quel droit grève les biens en litige donnés en garantie, au moment où la fiducie légale devient opérante.
2. La fiducie réputée du par. 227(5) *LIR* grève tous les biens du débiteur qui existent au moment de la liquidation, cession, faillite ou mise sous séquestre.
3. Par exemple, si des retenues sont effectuées avant qu'un privilège fixe grève les biens donnés en garantie, la fiducie réputée du par. 227(5) fera en sorte que le droit que Sa Majesté possède à titre bénéficiaire grèvera rétroactivement ces biens. Le privilège fixe applicable à

Majesty's pre-existing claims for unremitted payroll deductions.

4. Otherwise, if a security interest is in the nature of a fixed and specific charge, that interest gives the holder legal title to the collateral, such that a subsequent competing statutory trust will not be able to attach its interest. In such a case, all the statutory trust can attach to is the equity of redemption in the collateral.
5. However, as an exception to propositions 2 and 4, where the holder of a fixed security interest permits the debtor to sell the collateral, this may provide an opportunity for the statutory trust to attach. Whether this actually occurs depends entirely on the facts of each case. The test is whether, at the time the deductions occurred, the debtor had the right to sell the collateral and use the proceeds to pay the obligation to which the statutory trust is related.

ces biens sera, par la suite, assujetti aux créances préexistantes de Sa Majesté relatives aux retenues sur la paye non versées.

4. Sous cette réserve, si une garantie tient d'un privilège fixe et spécifique, elle confère à son détenteur le droit de propriété sur les biens donnés en garantie, de sorte qu'une fiducie légale concurrente subséquente ne pourra pas s'y appliquer. Dans ce cas, tout ce que la fiducie légale peut grever est le droit de rachat que l'*equity* reconnaît relativement aux biens donnés en garantie.
5. Cependant, à titre d'exception aux deuxième et quatrième propositions, si le détenteur d'une garantie fixe permet au débiteur de vendre les biens donnés en garantie, cela peut donner ouverture à l'application de la fiducie légale. Cette éventualité dépend entièrement des faits de chaque affaire. Le critère applicable consiste à déterminer si, au moment où les retenues ont été effectuées, le débiteur avait le droit de vendre les biens donnés en garantie et d'utiliser le produit de cette vente pour exécuter l'obligation liée à la fiducie légale.

⁸⁸ I have found that, on the facts of this case, the licence invoked to sell inventory included the permission to use its proceeds to pay wages or wage deductions. The test in proposition 5 has therefore been made out. Accordingly, I would allow the appeal with costs.

The judgment of Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

J'ai conclu que, d'après les faits de la présente affaire, la permission, qui a été invoquée, de vendre les biens de l'inventaire incluait la permission d'utiliser le produit de la vente pour payer des salaires ou verser des retenues sur la paye. On a donc satisfait au critère de la cinquième proposition. Par conséquent, je serais d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens.

Version française du jugement des juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

⁸⁹ IACOBUCCI J. — I have read the lucid reasons of my colleague, Justice Gonthier, and although I agree with much of his reasoning, I cannot, with respect, accept the conclusion that he reaches. In particular, I do not accept that the deemed trust that arises in favour of the Crown by operation of s. 227(4) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.) (hereinafter "*ITA*"), takes priority over the security interests that the respondent has under the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, and the *Personal Property Security Act*, S.A. 1988, c. P-4.05 (here-

LE JUGE IACOBUCCI — J'ai pris connaissance des motifs limpides de mon collègue le juge Gonthier et, bien que je souscrive à la majeure partie de son raisonnement, je ne puis, en toute déférence, accepter la conclusion qu'il tire. En particulier, je n'accepte pas que la fiducie réputée, qui prend naissance en faveur de Sa Majesté en vertu du par. 227(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.) (ci-après «*LIR*»), a priorité de rang sur les garanties ou sûretés que l'intimée possède en vertu de la *Loi sur les*

inafter "PPSA"). Even conceding that the latter interests are subject to a licence to sell, the licence is not nearly so broad as to encompass the satisfaction of income tax obligations. As I will discuss below, a licence to sell inventory authorizes at most only the satisfaction of obligations that are immediately incidental to an actual sale of the inventory.

Because my only disagreement with my colleague is in his application of the licence-to-sell approach to this case, I do not propose to discuss the facts or background that he has so ably described or to dwell on any other part of his reasons. I need not say anything more about the character of the respondent's security interests than that they are fixed and specific.

My colleague disposes of this appeal on the basis of the so-called "licence theory". Briefly, the licence theory holds that a bank's security interest in a debtor's inventory, though it be fixed and specific, is subject nevertheless to a licence in the debtor to deal with that inventory in the ordinary course of business. Consequently, says the theory, the bank's claim to the inventory must give way to any debts incurred in the ordinary course of business. The leading articulation of the licence theory appears in McLachlin J.A.'s (as she then was) reasons in *R. in Right of B.C. v. F.B.D.B.*, [1988] 1 W.W.R. 1 (B.C.C.A.) (hereinafter "FBDB"), at p. 40.

The theoretical basis of the licence theory seems to be that a creditor who has granted a licence to sell inventory has thereby consented to the subjection of his security interest to other obligations that may arise "in the ordinary course of business". My colleague says this in his reasons, at para. 68:

In short, where the bank has consented to the reduction in the value of its security in order to pay statutory

banques, L.C. 1991, ch. 46, et de la *Personal Property Security Act*, S.A. 1988, ch. P-4.05 (ci-après «PPSA»). Même en admettant que ces dernières garanties sont assujetties à une permission de vendre, cette permission est loin d'avoir une portée assez large pour englober l'exécution d'obligations fiscales. Comme nous le verrons plus loin, la permission de vendre des biens figurant dans un inventaire permet tout au plus d'exécuter les obligations directement rattachées à la vente réelle de ces biens.

Vu que mon désaccord avec mon collègue ne concerne que l'utilisation qu'il fait, en l'espèce, de la méthode de la permission de vendre, je ne compte pas analyser les faits ou l'historique de l'affaire qu'il a si bien exposés, ni m'attarder à toute autre partie de ses motifs. Je n'ai pas à ajouter quoi que ce soit au sujet de la nature des garanties de l'intimée, si ce n'est qu'elles sont fixes et spécifiques.

Mon collègue statue sur le présent pourvoi en se fondant sur ce qu'on est convenu d'appeler la «thèse de la permission». En bref, cette thèse veut que, bien que la garantie qu'une banque possède sur les biens figurant dans l'inventaire d'un débiteur soit fixe et spécifique, elle soit néanmoins assujettie à la permission qu'a le débiteur d'aliéner ces biens dans le cours normal de ses affaires. Donc, selon cette thèse, les droits que la banque peut faire valoir sur les biens figurant dans l'inventaire doivent céder le pas aux dettes contractées dans le cours normal des affaires. La principale formulation de la thèse de la permission se trouve dans les motifs du juge McLachlin dans *R. in Right of B.C. c. F.B.D.B.*, [1988] 1 W.W.R. 1 (C.A.C.-B.) (ci-après «FBDB»), à la p. 40.

Le fondement théorique de cette thèse semble être qu'un créancier qui a accordé la permission de vendre les biens figurant dans un inventaire a, de ce fait, consenti à ce que sa garantie soit assujettie à d'autres obligations pouvant prendre naissance «dans le cours normal des affaires». Mon collègue écrit, au par. 68 de ses motifs:

Bref, dans le cas où la banque a consenti à la diminution de la valeur de sa garantie pour payer les retenues

90

91

92

deductions at the time those deductions are made, they have to the same extent, by virtue of s. 227(5) [ITA], consented to the reduction in their security at the time of receivership.

This is sensible, because it is only if the licence is understood as a kind of tacit lessening of the creditor's security interest that the appellant's cause is advanced. Certainly the actual operation of the licence is not relevant, because in this case the inventory in question was never actually sold pursuant to the licence. Rather, the receiver sold it by court order. If the licence is to have anything to do with the disposition of this appeal, it must be by virtue of the evidence it affords of the respondent's intention to take less than an entire security interest in the inventory.

légales sur la paye au moment où elles seraient effectuées, elle a du même coup consenti, en vertu du par. 227(5) [LIR], à la réduction de sa garantie au moment de la mise sous séquestre.

Cela est sensé car seule la perception de la permission comme une sorte de réduction tacite de la garantie du créancier servira la cause de l'appellante. Certes, la question de la mise à exécution de la permission n'est pas pertinente étant donné qu'en l'espèce les biens figurant dans l'inventaire n'ont jamais été vendus conformément à la permission donnée. C'est plutôt le séquestre qui les a vendus conformément à une ordonnance judiciaire. Si la permission doit jouer un rôle dans la décision à rendre au sujet du présent pourvoi, ce doit être en raison de la preuve qu'elle fournit de l'intention de l'intimée d'accepter moins qu'une garantie intégrale sur les biens de l'inventaire.

93

In my view, the licence affords no such evidence. My colleague seems to think that the potential sale of the inventory amounts to an actual limitation of the security interest. For my part, I do not see what the one thing has to do with the other. There is a great difference between saying, on the one hand, that if a debtor sells inventory and applies the proceeds to a debt to a third party, then the third party takes the proceeds free of any security interest and saying, on the other hand, that because a third party could take the proceeds free of any security interest, no security interest exists in the proceeds as against that third party. A licence to sell inventory in the ordinary course of business is a condition of the former kind. The consequent (defeasance of the security interest) follows only if the antecedent (sale of the inventory and application of proceeds to an obligation to a third party) is satisfied. In other words, the security interest in the inventory disappears only if the debtor actually sells the inventory and applies the proceeds to a debt to a third party.

À mon sens, la permission ne prouve rien de tel. Mon collègue semble croire que la vente potentielle des biens figurant dans l'inventaire équivaut à une restriction réelle de la garantie. Pour ma part, je ne vois aucun lien entre les deux. Il existe une différence considérable entre affirmer, d'une part, que si un débiteur vend des biens de son inventaire et en utilise le produit pour rembourser une dette envers un tiers, ce tiers accepte alors ce produit libre de toute garantie, et affirmer, d'autre part, que puisque un tiers pourrait accepter le produit de la vente libre de toute garantie, le produit n'est grevé d'aucune garantie opposable à ce tiers. La permission de vendre les biens figurant dans un inventaire dans le cours normal des affaires est une condition du premier genre. La conséquence (l'extinction de la garantie) ne s'ensuit que si la condition préalable (la vente des biens figurant dans l'inventaire et l'utilisation du produit en découlant pour exécuter une obligation envers un tiers) est remplie. Autrement dit, la garantie sur les biens figurant dans l'inventaire ne disparaît que si le débiteur vend réellement ces biens et utilise le produit de la vente pour rembourser une dette envers un tiers.

That this is so is suggested by s. 28(1) *PPSA*, which provides:

28(1) Subject to this Act, where collateral is dealt with or otherwise gives rise to proceeds, the security interest

(a) continues in the collateral, unless the secured party expressly or impliedly authorized the dealing, and

(b) extends to the proceeds,

but where the secured party enforces a security interest against both the collateral and the proceeds, the amount secured by the security interest in the collateral and the proceeds is limited to the market value of the collateral at the date of the dealing.

In accordance with this provision, the result of a sale of inventory is to give the purchaser an unencumbered interest in the inventory and the licensor a continuing security interest in the proceeds of the sale. It is only if the debtor subsequently uses the proceeds to satisfy an obligation to a third party that the proceeds will be removed from the scope of the licensor's security interest in them. Accordingly, what a security agreement with a licence to sell creates is a defeasible interest; but the event of defeasance is the actual sale of the inventory and the actual application of the proceeds against an obligation to a third party.

I recognize that the operation of s. 28(1) *PPSA* is not necessarily inconsistent with the broad interpretation of the licence to sell that my colleague advances. However, it seems to me that this is an appropriate case for the invocation of the maxim *expressio unius est exclusio alterius*. The statute prescribes certain consequences for the security interest that follow a dealing with inventory. In particular, the statute contemplates defeasance of the interest if the debtor actually sells the inventory and applies the proceeds to an obligation to a third party. Significantly, the statute does not contemplate a defeasance on the happening of any other event. In my view, the statute occupies the field and crowds out other possible interpretations

C'est ce que laisse entendre le par. 28(1) *PPSA*, qui se lit ainsi:

[TRADUCTION]

28(1) Sous réserve des dispositions de la présente loi, la garantie sur des biens qui sont aliénés ou qui donnent par ailleurs lieu à un produit:

a) continue de grever les biens, sauf si le créancier garanti a expressément ou implicitement autorisé l'aliénation;

b) grève aussi le produit.

Cependant, lorsque le créancier garanti réalise une garantie sur les biens grevés et sur le produit, le montant visé par la garantie sur les biens et le produit se limite à la valeur marchande des biens grevés à la date de l'aliénation.

Conformément à cette disposition, la vente des biens figurant dans un inventaire a pour effet de conférer à l'acquéreur un droit libre de toute charge sur ces biens, et à la partie qui a donné la permission de vendre, une garantie permanente sur le produit de la vente. Ce n'est que si le débiteur utilise ensuite le produit pour s'acquitter d'une obligation envers un tiers que ce produit sera soustrait à la garantie que la partie qui a donné la permission de vendre possède sur celui-ci. Par conséquent, la convention de garantie assortie d'une permission de vendre crée un droit défectible, mais l'événement qui provoque l'extinction du droit est la vente réelle des biens figurant dans l'inventaire, suivie de l'utilisation réelle du produit en découlant pour exécuter une obligation envers un tiers.

Je reconnais que l'application du par. 28(1) *PPSA* n'est pas nécessairement incompatible avec l'interprétation large de la permission de vendre, que propose mon collègue. Il me semble toutefois qu'il convient, en l'espèce, d'invoquer la maxime *expressio unius est exclusio alterius*. La Loi prévoit que l'aliénation de biens figurant dans un inventaire a certaines conséquences sur la garantie. Elle prévoit, notamment, l'extinction de la garantie si le débiteur vend réellement ces biens et utilise le produit de la vente pour exécuter une obligation envers un tiers. Fait révélateur, la Loi ne prévoit pas d'autres événements susceptibles d'entraîner l'extinction. À mon avis, la Loi est exhaustive et exclut toute autre interprétation de la permission

of the licence, including the one that Gonthier J. favours.

96 Because in this case there was no actual sale of the inventory in question, let alone any disposition of the proceeds, the licence can have had no effect on the respondent's security interest. What the debtor might have done with the licence does not matter.

97 If it were otherwise, the licence to sell inventory would entirely eviscerate the respondent's general security agreement. The satisfaction of any legitimate debt or obligation, whenever incurred, is arguably "in the ordinary course of business". Certainly the payment of creditors is a permissible "use" of the proceeds of a sale of inventory. Following my colleague's reasoning, this would mean that every subsequent claim should prevail over the respondent's general security agreement, because every rival claim might have been satisfied out of the proceeds of a hypothetical sale of the inventory. Moreover, the priority rules of the *PPSA*, whose general policy is to assign priority to the earliest registered security interest, would be turned on their head. Presuming that every charge against inventory is subject to a licence to sell — a presumption that accords with the interest of creditors in ensuring the debtor's continued vitality — the last security interest would take priority over all earlier ones, because only the last interest would not be subject to some charge arising in the ordinary course of business. In answer to this objection, it might be said that as between two *PPSA* securities, the rules in the Act should be applied to determine priority. However, such an answer would not be consistent with the licence theory, which supposes that the original security interest in the inventory ends where obligations incurred in the ordinary course of business begin. The subsequent interest would prevail because the earlier interest would disappear before it.

de vendre, y compris celle que préconise le juge Gonthier.

Vu qu'il n'y a eu, en l'espèce, aucune vente des biens figurant dans l'inventaire en question, et encore moins utilisation du produit, la permission n'a pu avoir aucun effet sur la garantie de l'intimée. Il n'importe pas de savoir ce que le débiteur aurait pu faire de la permission.

S'il en était autrement, la permission de vendre les biens d'un inventaire ferait perdre tout son sens à la convention de garantie générale de l'intimée. On peut soutenir que c'est «dans le cours normal des affaires» que l'on s'acquitte d'une dette ou d'une obligation légitime, quel que soit le moment où elle a pris naissance. Le paiement des créanciers est sûrement une «utilisation» permise du produit de la vente des biens figurant dans un inventaire. Selon le raisonnement de mon collègue, cela signifierait que toute créance ultérieure devrait avoir préséance sur la convention de garantie générale de l'intimée, parce qu'il se pourrait que chacune des créances concurrentes ait été acquittée sur le produit d'une vente hypothétique des biens figurant dans l'inventaire. De plus, il y aurait renversement des règles en matière de priorité établies par la *PPSA*, qui a pour politique générale d'accorder la priorité à la première garantie enregistrée. À supposer que tout privilège grevant les biens figurant dans un inventaire soit assujéti à une permission de vendre — une hypothèse compatible avec le droit des créanciers de veiller au maintien de la vitalité de leurs débiteurs —, la dernière garantie aurait priorité sur toutes les garanties antérieures parce que seule la dernière ne serait pas assujéti à un privilège qui prend naissance dans le cours normal des affaires. On pourrait répondre à cette objection que les règles de la *PPSA* devraient s'appliquer pour déterminer laquelle de deux garanties consenties en vertu de cette loi a priorité de rang. Toutefois, cette réponse ne serait pas compatible avec la thèse de la permission, qui suppose que la garantie initiale sur les biens figurant dans un inventaire prend fin là où commencent des obligations contractées dans le cours normal des affaires. La garantie subséquente l'emporterait parce que la précédente s'effacerait devant elle.

It is open to my colleague to distinguish the fact situation in this appeal from the hypothetical priority contests I have mentioned on the ground that the Crown's interest in the inventory is unlike other charges against inventory in that it depends on the fictional device of deeming. What makes this case different, it might be said, is that the *ITA* deems to have been done what could have been done. On this understanding, it does not matter that the inventory was not actually sold and the proceeds were not actually remitted to the Receiver General, because s. 227(4) and (5) *ITA* deem these things to have been done. But in my view, this answer cannot succeed because the inventory was not an unencumbered asset at the moment the taxes came due. It was subject to the respondent's security interest and therefore was legally the respondent's and not attachable by the deemed trust. As Gonthier J. himself says (at para. 39):

... [s. 227(4)] does not permit Her Majesty to attach Her beneficial interest to property which, at the time of liquidation, assignment, receivership or bankruptcy, in law belongs to a party other than the tax debtor.

The deeming is thus not a mechanism for undoing an existing security interest, but rather a device for going back in time and seeking out an asset that was not, at the moment the income taxes came due, subject to any competing security interest. In short, the deemed trust provision cannot be effective unless it is first determined that there is some unencumbered asset out of which the trust may be deemed. The deeming follows the answering of the chattel security question; it does not determine the answer.

Indeed, Gonthier J. does seize on the peculiar nature of the deemed trust as a possible ground for distinguishing the Crown's interest from rival interests. However, his argument differs from the one I have outlined to the extent that it emphasizes

Il est loisible à mon collègue de distinguer la situation de fait en l'espèce d'avec les luttes hypothétiques pour obtenir la priorité de rang, que j'ai mentionnées, parce que le droit que Sa Majesté possède sur les biens figurant dans l'inventaire diffère des autres privilèges dont ils sont grevés du fait qu'il repose sur l'instrument fictif de la présomption. Ce qui distingue la présente affaire, pourrait-on affirmer, est le fait que la *LIR* présume que ce qui aurait pu être accompli a été accompli. Suivant cette interprétation, il importe peu, que les biens figurant dans l'inventaire n'aient pas été réellement vendus et que le produit n'ait pas été réellement versé au receveur général, parce que les par. 227(4) et (5) *LIR* présument que ces actes ont été accomplis. Mais à mon avis, cette réponse ne saurait être retenue parce que les biens figurant dans l'inventaire n'étaient pas un actif libre de toute charge au moment où l'impôt est devenu exigible. Ils étaient assujettis à la garantie de l'intimée et appartenaient donc légalement à cette dernière et ne pouvaient être visés par la fiducie réputée. Comme le juge Gonthier le dit lui-même (au par. 39):

... [le paragraphe 227(4)] ne permet pas à Sa Majesté de faire valoir son droit à titre bénéficiaire sur un bien qui, au moment de la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, appartient à quelqu'un d'autre que le débiteur fiscal.

La présomption n'est donc pas un moyen de supprimer une garantie existante. Elle permet plutôt de retourner en arrière pour chercher un élément d'actif qui, au moment où l'impôt est devenu exigible, n'était pas assujéti à une garantie opposée. Bref, la disposition en matière de fiducie réputée ne peut s'appliquer que s'il est préalablement déterminé qu'il existe des éléments d'actifs libres de toute charge qui peuvent faire l'objet d'une fiducie réputée. La présomption suit la réponse à la question de la garantie mobilière; elle ne détermine pas cette réponse.

En fait, le juge Gonthier considère que la nature particulière de la fiducie réputée peut justifier l'établissement d'une distinction entre le droit de Sa Majesté et les droits opposés. Toutefois, son argument diffère de celui que j'ai exposé dans la

the deemed performance of the obligation to the Crown. It appears to be my colleague's position that the licence to sell represents a reduction in the value of the security interest only with respect to performed obligations but not with respect to unperformed ones. In his view, this represents a sufficient check on the licence theory. I agree that, if the distinction between performed and unperformed obligations were maintainable, then the likelihood of the licence consuming the security interest would be greatly reduced. However, in my view, the distinction cannot be maintained. As Gonthier J. says more than once in his reasons, the licence theory rests on the consent of the parties. But the parties to this case consented to the sale of inventory "in the ordinary course of Debtor's business". The language is unqualified. No distinction is drawn between performed and unperformed obligations. The only performance that is contemplated in the licence is the actual sale of the inventory and the application of the proceeds to a debt. And, as I have already argued, the deeming mechanism does not furnish the needed actual sale. Accordingly, I conclude that if the words of the licence are to be given their due as an *indicium* of the parties' intent, then there can be no distinction between performed and unperformed obligations.

mesure où il met l'accent sur l'exécution réputée de l'obligation qui existe envers Sa Majesté. Mon collègue semble considérer que la permission de vendre ne contribue à réduire la valeur de la garantie qu'à l'égard des obligations exécutées et non à l'égard des obligations inexécutées. À son avis, cela représente un obstacle suffisant à la thèse de la permission. Je conviens que, si la distinction entre les obligations exécutées et les obligations inexécutées pouvait être maintenue, la probabilité que la permission anéantisse la garantie serait alors considérablement réduite. J'estime cependant que cette distinction ne saurait être maintenue. Comme le juge Gonthier l'affirme à plus d'une reprise dans ses motifs, la thèse de la permission repose sur le consentement des parties. Toutefois, les parties en l'espèce ont consenti à ce que les biens figurant dans l'inventaire soient vendus [TRADUCTION] «dans le cours normal de[s] affaires [du débiteur]». Les termes utilisés sont formels. Aucune distinction n'est établie entre les obligations exécutées et les obligations inexécutées. La seule exécution prévue par la permission est la vente réelle des biens figurant dans l'inventaire et l'utilisation du produit de cette vente pour rembourser une dette. Comme je l'ai déjà affirmé, le mécanisme de la présomption ne satisfait pas à l'exigence de vente réelle. Je conclus donc que si l'on veut rendre justice au libellé de la permission en tant qu'indice de l'intention des parties, il ne saurait y avoir de distinction entre les obligations exécutées et les obligations inexécutées.

101 My colleague places great emphasis on the fact that the debtor covenanted, in the general security agreement, "to pay all taxes, rates, levies, assessments and other charges of every nature which may be lawfully levied, assessed or imposed against or in respect of Debtor or Collateral as and when the same become due and payable". But this covenant is not part of the licence. And in any event, it is merely a covenant to obey the law. It adds nothing to s. 153(1) *ITA*. Furthermore, it does not prescribe the outcome of a priority contest. What is more, the covenant to pay taxes is only one of several in the agreement. Another covenant provides that the debtor shall "carry on and conduct the business of Debtor in a proper and effi-

Mon collègue attache beaucoup d'importance au fait que le débiteur s'est engagé, dans la convention de garantie générale, à [TRADUCTION] «payer tous les impôts, tarifs, redevances, cotisations et autres sommes de toute nature qui peuvent être légalement perçues, cotisées ou imposées à l'égard du débiteur ou d'un bien donné en garantie, lorsque ces sommes sont dues et exigibles». Toutefois, cet engagement qui, du reste, n'est qu'un engagement à respecter la loi, ne fait pas partie de la permission donnée. Il n'ajoute rien au par. 153(1) *LIR*. Il ne prescrit pas non plus l'issue d'une lutte pour obtenir la priorité de rang. Qui plus est, l'engagement à payer des impôts n'est qu'un seul parmi plusieurs engagements contenus dans la con-

cient manner". Presumably the debtor might incur subsequent debts in the course of carrying on and conducting its business. Gonthier J. advances no principle that might permit the settlement of priority disputes as between the Crown and subsequent lenders. In the event of a dispute, both would have the benefit of the licence to sell inventory and of express covenants, so that some other criterion would have to be found to determine which takes priority. Here, as before, the prospect of a reversal of the ordinary priority rules is immediate and troubling.

My colleague also relies on comments made in *FBDB*. In that case, the British Columbia Court of Appeal said, after having disposed of the appeal on another ground, that a licence to sell inventory carries with it a requirement that the licensee should satisfy obligations incurred in "dealing with the stock in the ordinary course of business": *FBDB*, *supra*, at p. 40. Because the obligation to set aside provincial sales taxes is a "legal incident" of the sale of inventory, a lien for unpaid sales taxes comes within the scope of the licence and so is excepted from any security interest that is subject to it: *idem*.

As I understand the comments in *FBDB*, a licence to sell inventory permits the satisfaction of obligations out of the proceeds only to the extent of the "legal incidents" of the sale. In itself, this greatly limits the scope of the theory. Because the payment of wages, except perhaps to the sales agent, is not a "legal incident" of the sale of inventory, deduction of income taxes from wages does not come within the scope of the licence. This

vention. Un autre engagement veut que le débiteur [TRADUCTION] «exploite [son] entreprise [...] d'une manière appropriée et efficiente». Le débiteur pourrait vraisemblablement contracter des dettes subséquentes en exploitant son entreprise. Le juge Gonthier n'énonce aucun principe qui pourrait permettre de régler les luttes que Sa Majesté et des prêteurs subséquents se feraient pour obtenir la priorité de rang. En cas de conflit, chacun d'eux bénéficierait de la permission de vendre les biens figurant dans l'inventaire ainsi que d'engagements explicites, de sorte qu'il faudrait trouver un autre critère pour déterminer qui a priorité. Ici, comme auparavant, la perspective d'un renversement des règles ordinaires en matière de priorité est immédiate et inquiétante.

Mon collègue s'appuie également sur des commentaires formulés dans l'arrêt *FBDB*. Dans cette affaire, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a affirmé, après s'être fondée sur un autre motif pour statuer sur l'appel, qu'une permission de vendre les biens figurant dans un inventaire est assortie de l'exigence que le bénéficiaire de l'autorisation s'acquitte des obligations contractées en [TRADUCTION] «aliénant les stocks dans le cours normal des affaires»: *FBDB*, précité, à la p. 40. Parce que l'obligation de mettre de côté le montant de la taxe de vente provinciale constitue une «particularité juridique» de la vente de biens figurant dans un inventaire, un privilège pour taxe de vente impayée est visé par la permission et, partant, exempté de toute garantie qui y est assujettie: *idem*.

Si je comprends bien les commentaires formulés dans *FBDB*, la permission de vendre les biens figurant dans un inventaire autorise l'exécution d'obligations sur le produit de cette vente dans la mesure seulement où celles-ci constituent des «particularités juridiques» de la vente. La portée de la thèse de la permission de vendre s'en trouve donc considérablement limitée. Étant donné que le versement d'un salaire n'est pas une «particularité juridique» de la vente de biens figurant dans un inventaire, sauf peut-être pour les agents de vente, la retenue d'impôt sur le revenu effectuée sur un salaire n'est pas visée par la permission. Ce facteur

alone would appear sufficient to distinguish *FBDB* from the instant appeal.

104

However, I think that on closer examination it turns out that *FBDB* does not even depend on a licence theory, or at least does not depend on a licence theory of the kind advanced by my colleague. I say this because his reasons posit a charge that arises against the value of the inventory as a result of the operation of the licence. But the sales taxes that were at issue in *FBDB* were not against the value of the inventory. Rather, they were superadded to the underlying value, which is to say that they were calculated on the basis of the sale price of the inventory. Thus, the sales taxes that attend a sale of inventory represent something over and above the value of the inventory. Because a bank's charge is against the inventory, it does not extend so far as the sales taxes generated by a sale of inventory. But income taxes are not like sales taxes in that they are not as directly related to sales of inventory as sales taxes are. To the extent that income taxes have anything to do with the proceeds of a sale of inventory, they are payable out of the monies received for the value of the inventory. A bank's charge against the inventory is therefore adequate to defeat subsequent claims for the payment of income taxes. For this reason, McLachlin J.'s reasoning in *FBDB* is not contrary to what I am advancing herein.

paraîtrait, à lui seul, suffisant pour distinguer l'affaire *FBDB* d'avec le présent pourvoi.

Je crois cependant qu'un examen plus approfondi de l'arrêt *FBDB* permet de constater qu'il ne repose même pas sur une thèse de la permission, ou du moins pas sur une thèse de la permission comme celle avancée par mon collègue. J'affirme cela parce qu'il envisage, dans ses motifs, un privilège grevant la valeur des biens qui figurent dans l'inventaire par suite de la mise à exécution de la permission. Mais la taxe de vente qui était en cause dans *FBDB* ne grevait pas la valeur des biens figurant dans l'inventaire. Elle était plutôt surajoutée à la valeur sous-jacente, en ce sens qu'elle était calculée à partir du prix de vente de ces biens. Ainsi, la taxe de vente applicable à la vente des biens figurant dans un inventaire est quelque chose qui s'ajoute à la valeur de ces biens. Parce que le privilège d'une banque grève les biens figurant dans un inventaire, il n'a pas une portée aussi large que la taxe de vente générée par la vente de ces biens. Toutefois, l'impôt sur le revenu diffère de la taxe de vente du fait qu'il n'est pas lié aussi directement à la vente des biens figurant dans un inventaire que l'est la taxe de vente. Dans la mesure où il existe un lien entre l'impôt sur le revenu et le produit de la vente des biens figurant dans un inventaire, l'impôt est payable sur les sommes équivalant à la valeur de ces biens qui ont été vendus. Le privilège d'une banque sur les biens figurant dans un inventaire est donc suffisant pour faire échouer les réclamations subséquentes au titre de l'impôt sur le revenu. C'est pourquoi le raisonnement du juge McLachlin dans *FBDB* n'est pas contraire à ce que j'avance ici.

105

I should also mention that in 1988, when the *FBDB* case was decided, British Columbia's *Personal Property Security Act*, S.B.C. 1989, c. 36, was not in force. As a consequence, the British Columbia Court of Appeal did not have to contend with the legislative considerations that we face in this appeal. In particular, there was at the time no equivalent in British Columbia law to s. 28(1) of Alberta's *PPSA*. The Court of Appeal therefore had greater latitude than we have to interpret a licence to sell as a tacit consent to a reduction of

Je tiens également à mentionner que, lorsque l'arrêt *FBDB* a été rendu en 1988, la *Personal Property Security Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1989, ch. 36, n'était pas en vigueur. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'est donc pas aux prises avec les facteurs législatifs auxquels nous devons faire face en l'espèce. En particulier, les lois de la Colombie-Britannique ne comportaient, à l'époque, aucune disposition équivalente au par. 28(1) de la *PPSA* de l'Alberta. La Cour d'appel jouissait donc d'une plus grande

the security interest in the inventory. It seems to me that as a result of the enactment of the *PPSA*, something more than an unadorned licence to sell is needed to justify the conclusion that a creditor intended to abridge considerably its security interest in inventory.

And so I conclude that the licence to sell inventory is not an exception to the respondent's fixed and specific charge against the debtor's inventory. To hold otherwise would be to eviscerate the respondent's security interest. This is not to say, however, that Parliament could not legislate otherwise. Parliament has shown that it knows how to assert priority over rival security interests. See *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*; *Toronto-Dominion Bank v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963, at p. 975. All that is needed to overtake a fixed and specific charge is clear language to that effect.

Though I consider the above legal arguments sufficient to dispose of this appeal, I observe that policy considerations also tell in favour of the conclusion I have reached.

In this respect, the first thing to notice is that the security agreement that the debtor and the respondent had in this case is an example of a very common and important financing device. To a considerable extent, commerce in our country depends on the vitality of such agreements. As several leading academics have observed, the amounts at stake run into the billions of dollars each year. And though not every creditor seeks security, the incentives to do so are powerful. See Jacob S. Ziegel, Benjamin Geva and R. C. C. Cuming, *Commercial and Consumer Transactions* (Rev. 2nd ed. 1990), at pp. 957-60. Accordingly, tinkering with security interests is a dangerous business. The risks of judicial innovation in this neighbourhood of the law are considerable.

lattitude que nous pour interpréter la permission de vendre comme un consentement tacite à la réduction de la garantie sur les biens figurant dans l'inventaire. Il me semble que, par suite de l'adoption de la *PPSA*, il faut plus qu'une simple permission de vendre pour justifier la conclusion qu'un créancier a voulu réduire considérablement la garantie qu'il possède sur les biens figurant dans un inventaire.

C'est ainsi que je conclus que la permission de vendre les biens figurant dans l'inventaire du débiteur n'est pas une exception au privilège fixe et spécifique que l'intimée détient sur ces biens. Conclure le contraire ferait perdre tout son sens à la garantie de l'intimée. Cela ne veut pas dire, toutefois, que le législateur fédéral ne pourrait pas légiférer autrement. Celui-ci a montré qu'il sait comment revendiquer la priorité de rang sur des garanties opposées. Voir *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*; *Banque Toronto-Dominion c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963, à la p. 975. Tout ce qui est nécessaire pour devancer un privilège fixe et spécifique est un langage clair en ce sens.

Bien que je considère que les arguments juridiques susmentionnés sont suffisants pour trancher le présent pourvoi, je constate que des considérations de principe militent également en faveur de la conclusion à laquelle je suis parvenu.

À cet égard, la première chose à noter est que la convention de garantie liant le débiteur et l'intimée en l'espèce est un exemple de mécanisme de financement très courant et important. Le commerce, dans notre pays, dépend en grande partie de la vitalité de ces conventions. Comme plusieurs auteurs importants l'ont fait remarquer, les sommes en jeu s'élèvent à des milliards de dollars chaque année, et même si les créanciers ne demandent pas tous des garanties, des facteurs puissants les incitent à le faire. Voir Jacob S. Ziegel, Benjamin Geva et R. C. C. Cuming, *Commercial and Consumer Transactions* (2^e éd. rév. 1990), aux pp. 957 à 960. Il est donc dangereux de remanier des garanties. L'innovation judiciaire dans ce domaine du droit comporte des risques considérables.

106

107

108

109 Chief among these is the risk that attends legal uncertainty. If the legal rule is not clear, then inventory financiers will have to provide against the risk that their security interest might be defeated by some rival claim. The danger is particularly acute where as here, the language is as broad as "in the ordinary course of business". In this regard, I agree with what Professor Roderick J. Wood said in his article ("Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*" (1995), 10 *B.F.L.R.* 429, at p. 429) that my colleague cites:

... there is little controversy with the proposition that a priority rule should be capable of producing reasonably predictable results. An unclear priority rule imposes a number of social costs. It means that creditors must plan their affairs against less certain outcomes. Uncertain rules generate more litigation than clear rules. Over time an uncertain rule is sometimes transformed into a clear rule through the process of judicial interpretation. However, this is a piecemeal approach which often occurs at a glacial pace.

110 Indeed, the consequences of my colleague's approach might be more dire than even Professor Wood supposes. For, as I have observed, almost any subsequent financial arrangement might be in the ordinary course of business. Accordingly, the possibility is real that my colleague's proposed rule would effectively obliterate the *PPSA* charge against inventory. As insurance against this outcome, the costs of financing would presumably increase. I agree that if Parliament mandated this outcome, the courts must perforce accept it. However, judges should not rush to embrace such a weighty consequence unless the statutory language requiring them to do so is unequivocal.

111 Moreover, and for reasons I have already given, there is every likelihood that a broad interpretation of the licence theory would do violence to the *PPSA*. The Act clearly contemplates that inventory

Parmi ceux-ci, le plus important est le risque qui découle de l'incertitude juridique. Si la règle de droit n'est pas claire, les financiers de biens figurant dans un inventaire devront se prémunir contre le risque qu'une réclamation opposée fasse obstacle à leur garantie. Le danger est d'autant plus grave lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, on utilise une expression aussi générale que «dans le cours normal des affaires». À cet égard, je souscris aux propos que le professeur Roderick J. Wood tient dans son article intitulé «Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*» (1995), 10 *B.F.L.R.* 429, à la p. 429, que mentionne mon collègue:

[TRADUCTION] ... la proposition selon laquelle une règle en matière de priorité doit être susceptible de produire des résultats raisonnablement prévisibles est peu controversée. Une règle obscure en matière de priorité engendre un certain nombre de coûts sociaux. Elle force les créanciers à planifier leurs affaires en fonction de résultats moins sûrs. Les règles obscures génèrent plus de litiges que les règles claires. Une règle obscure finit par devenir une règle claire grâce au processus d'interprétation judiciaire. Cependant, il s'agit là d'un processus fragmentaire qui est souvent très lent.

En fait, les conséquences de la méthode adoptée par mon collègue pourraient être encore plus terribles que ne le suppose le professeur Wood, du fait que, comme je l'ai signalé, presque tous les arrangements financiers subséquents pourraient être pris dans le cours normal des affaires. Il se peut donc réellement que la règle proposée par mon collègue réduise à néant le privilège constitué, en vertu de la *PPSA* sur les biens figurant dans un inventaire. Il faudrait probablement augmenter les coûts du financement pour se prémunir contre ce résultat. Je conviens que si le législateur prescrivait un tel résultat, les tribunaux devraient forcément l'accepter. Cependant, les juges ne devraient pas s'empresser de souscrire à une conséquence aussi grave à moins que le législateur ne les oblige clairement à le faire.

De plus, pour les raisons que j'ai déjà exposées, il est fort probable qu'une interprétation large de la thèse de la permission contreviendrait à la *PPSA*. La Loi prévoit clairement que le financement des

financing will be an important commercial device. But allowing the mere potential operation of a licence to sell to defeat a security interest in inventory would deprive the interest of all efficacy. It would not be any sort of security against subsequent obligations.

Finally, I wish to emphasize that it is open to Parliament to step in and assign absolute priority to the deemed trust. A clear illustration of how this might be done is afforded by s. 224(1.2) *ITA*, which vests certain moneys in the Crown “notwithstanding any security interest in those moneys” and provides that they “shall be paid to the Receiver General in priority to any such security interest”. All that is needed to effect the desired result is clear language of that kind. In the absence of such clear language, judicial innovation is undesirable, both because the issue is policy charged and because a legislative mandate is apt to be clearer than a rule whose precise bounds will become fixed only as a result of expensive and lengthy litigation.

It remains to make a few remarks by way of conclusion. Because I believe that the respondent’s general security agreement gave it a fixed and specific charge against the debtor’s inventory, and because I conclude that the licence to sell that inventory does not derogate from the respondent’s security interest, I conclude that this appeal should be dismissed. I do not need to decide whether the *Bank Act* security would have priority over the deemed trust as well; though given that the licence to sell inventory under the *Bank Act* security is only implied, I do not see how the Crown could have a greater claim under the *Bank Act* than it has under the *PPSA*.

Therefore I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs, LA FOREST, GONTHIER and CORY JJ. dissenting.

biens figurant dans un inventaire est un outil commercial important. Toutefois, permettre que la simple mise à exécution potentielle d’une permission de vendre fasse obstacle à une garantie sur les biens figurant dans un inventaire dépouillerait cette garantie de toute efficacité. Ce ne serait plus une garantie contre des obligations subséquentes.

112
Finalement, je tiens à souligner qu’il est loisible au législateur d’intervenir et d’accorder la priorité absolue à la fiducie réputée. Le paragraphe 224(1.2) *LIR* illustre clairement comment cela pourrait se faire. Cette disposition attribuée à Sa Majesté certaines sommes «malgré toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s]», et prévoit qu’elles «doi[vent] être payée[s] au receveur général par priorité sur toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s]». Pour obtenir le résultat souhaité, il suffit d’utiliser des termes aussi clairs. En l’absence de pareils termes, l’innovation judiciaire n’est pas souhaitable parce qu’il s’agit d’une question qui regorge de considérations de principe et parce qu’une prescription du législateur est plus susceptible d’être claire qu’une règle dont les limites précises ne seront établies que par suite d’une longue et coûteuse série de poursuites.

113
Il reste à formuler quelques remarques en guise de conclusion. Parce que je crois que la convention de garantie générale de l’intimée lui a conféré un privilège fixe et spécifique sur les biens figurant dans l’inventaire du débiteur, et parce que je conclus que la permission de vendre ces biens ne diminue pas la garantie de l’intimée, je suis d’avis qu’il y a lieu de rejeter le présent pourvoi. Je n’ai pas à décider si la garantie de la *Loi sur les banques* aurait aussi priorité sur la fiducie réputée, même si, compte tenu du fait que la permission de vendre des biens figurant dans l’inventaire, sous le régime de cette dernière garantie, n’est qu’implicite, je ne vois pas comment Sa Majesté pourrait détenir un droit plus important en vertu de la *Loi sur les banques* qu’en vertu de la *PPSA*.

114
Par conséquent, je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LA FOREST, GONTHIER et CORY sont dissidents.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Milner, Fenerty, Edmonton.

Procureur de l'appelante: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Milner, Fenerty, Edmonton.