

No: 500-06-000076-980

PROVINCE DE QUÉBEC  
DISTRICT DE MONTRÉAL

COUR SUPÉRIEURE  
(Chambre des actions collectives)

CONSEIL QUÉBECOIS SUR LE TABAC  
ET LA SANTÉ et JEAN-YVES  
BLAIS

Demandeurs

c.

JTI-MACDONALD CORP.  
IMPERIAL TOBACCO CANADA LIMITÉE  
ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC.

Défendeurs

-et-

FTI CONSULTING CANADA INC.  
ERNST & YOUNG INC.  
DELOITTE RESTRUCTURING INC.

Intervenants

-et-

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC  
RÉGIE DE L'ASSURANCE MALADIE DU  
QUÉBEC  
SERVICES PROACTIO INC.  
EPIQ CLASS ACTION SERVICES  
CANADA INC.  
THE LAW PRACTICE OF WAGNER &  
ASSOCIATES INC.

-et-

SANTÉ QUÉBEC

Mis-en-cause

Court File No. CV-19-615862-00CL  
Court File No. CV-19-616077-00CL  
Court File No. CV-19-616779-00CL

ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE  
COMMERCIAL LIST

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

AND IN THE MATTER OF THE PLANS OF  
COMPROMISE OR ARRANGEMENT  
OF:

JTI-MACDONALD CORP.

-and-

IMPERIAL TOBACCO CANADA  
LIMITED AND IMPERIAL TOBACCO  
COMPANY LIMITED

-and-

ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC.

## BOOK OF AUTHORITIES

**QCAPS' WRITTEN SUBMISSIONS ON THE APPLICATION FOR AN EXTENSION OF  
THE OFFICIAL CONFIRMATIONS ORDER  
(Returnable February 20, 2026)**

- TAB 1.** *Action-Autonomie, Collectif pour la défense des droits en santé mentale de Montréal c. Centre intégré de santé et de services sociaux de la Montérégie-Centre, [2024 QCCS 4049](#)*
- TAB 2.** *Ricard c. Hôpital de Hull, [2019 QCCS 2738](#)*
- TAB 3.** *Frenette v. Métropolitaine, (1992) [1 R.C.S. 647](#)*
- TAB 4.** Catherine Piché, *L'action collective : ses succès et ses défis* (Montréal : Éditions Thémis, 2019) (extract) (Schedule D)
- TAB 5.** 9354-9186 Quebec inc. v. Callidus Capital Corp., [2020 SCC 10](#) (extract)
- TAB 6.** *Canada v. Canada North Group Inc., [2021 SCC 30](#)* (extract)

À Montréal, le 12 février 2026

Montréal, February 12 2026

*Trudel Johnston & L'espérance*  
**TRUDEL JOHNSTON & LESPÉRANCE s.e.n.c**  
Procureurs des demandeurs

M<sup>e</sup> Philippe H. Trudel  
M<sup>e</sup> Bruce W. Johnston

750, Côte de la Place d'Armes,  
Bureau 90  
Montréal, Québec, H2Y 2X8  
Tél. : 514-871-8385  
Fax : 514-871-8800  
[philippe@tjl.quebec](mailto:philippe@tjl.quebec)  
[bruce@tjl.quebec](mailto:bruce@tjl.quebec)

*Fishman Flanz Meland Paquin*  
**FISHMAN FLANZ MELAND PAQUIN LLP**  
Attorneys for the Plaintiffs

M<sup>e</sup> Mark E. Meland  
M<sup>e</sup> Tina Silverstein

Place du Canada  
1010, rue de la Gauchetière Ouest,  
Bureau 1600  
Montréal, Québec, H3B 2N2  
Tél. : 514-932-4100  
Fax : 514-932-4170  
[mmeland@ffmp.ca](mailto:mmeland@ffmp.ca)  
[tsilverstein@ffmp.ca](mailto:tsilverstein@ffmp.ca)

Action-Autonomie, Collectif pour la défense des droits en santé mentale de Montréal c. Centre intégré de santé et de services sociaux de la Montérégie-Centre

2024 QCCS 4049

## COUR SUPÉRIEURE

(Chambre des actions collectives)

CANADA  
PROVINCE DE QUÉBEC  
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-06-001109-202

DATE : 4 novembre 2024

---

**SOUS LA PRÉSIDENCE DE L'HONORABLE MARTIN F. SHEEHAN, J.C.S.**

---

**« ACTION-AUTONOMIE » LE COLLECTIF POUR LA DÉFENSE DES DROITS EN SANTÉ MENTALE DE MONTRÉAL**

Demanderesse

et

D.E.

Personne désignée

C.

**CENTRE INTÉGRÉ DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DE LA MONTÉRÉGIE-CENTRE**

et

**CENTRE INTÉGRÉ DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DU BAS-SAINT-LAURENT**

et

**CENTRE INTÉGRÉ UNIVERSITAIRE DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DU SAGUENAY-LAC-SAINT-JEAN**

et

**CENTRE INTÉGRÉ UNIVERSITAIRE DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DE LA CAPITALE-NATIONALE**

et

**CENTRE INTÉGRÉ UNIVERSITAIRE DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DE LA MAURICIE-ET-DU-CENTRE DU QUÉBEC**

et

**CENTRE INTÉGRÉ UNIVERSITAIRE DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DE L'ESTRIE-CENTRE HOSPITALIER UNIVERSITAIRE DE SHERBROOKE**

et

**CENTRE INTÉGRÉ UNIVERSITAIRE DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DE L'EST-DE-L'ÎLE-DE-MONTRÉAL**

et

**CENTRE INTÉGRÉ UNIVERSITAIRE DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DE L'OUEST-DE-L'ÎLE-DE-MONTRÉAL**

et

**CENTRE INTÉGRÉ UNIVERSITAIRE DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DU CENTRE-OUEST-DE-L'ÎLE-DE-MONTRÉAL**

et

**CENTRE INTÉGRÉ UNIVERSITAIRE DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DU CENTRE-SUD-DE-L'ÎLE-DE-MONTRÉAL**

et

**CENTRE INTÉGRÉ UNIVERSITAIRE DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DU NORD-DE-L'ÎLE-DE-MONTRÉAL**

et

**CENTRE INTÉGRÉ DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DE L'OUTAOUAIS**

et

**CENTRE INTÉGRÉ DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DE L'ABITIBI-TÉMISCAMINGUE**

et

**CENTRE INTÉGRÉ DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DE LA CÔTE-NORD**

et

**CENTRE INTÉGRÉ DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DE LA GASPÉSIE**

et

**CENTRE INTÉGRÉ DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DES ÎLES**

et

**CENTRE INTÉGRÉ DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DE CHAUDIÈRE-APPALACHES**

et

**CENTRE INTÉGRÉ DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DE L'AVANTAGE**

et

**CENTRE INTÉGRÉ DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DE LANAUDIÈRE**

et

**CENTRE INTÉGRÉ DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DES LAURENTIDES**

et

**CENTRE INTÉGRÉ DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DE LA MONTÉRÉGIE-EST**

et

**CENTRE INTÉGRÉ DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DE LA MONTÉRÉGIE-OUEST**

et

**CENTRE HOSPITALIER UNIVERSITAIRE DE MONTRÉAL**

et

Défendeurs

et

**A**

et

## **LE FONDS D'AIDE AUX ACTIONS COLLECTIVES**

Mis en cause

---

### **JUGEMENT**

(Sur une demande d'approbation de transaction et des honoraires des avocats du groupe)

---

#### **APERCU**

[1] Le Tribunal est saisi de demandes pour :

- 1.1. Approuver l'Entente de règlement, quittance et transaction (l'« **Entente de règlement** »)<sup>1</sup> signée le 12 juin 2024, telle que modifiée;
- 1.2. Nommer un Administrateur et un Réviseur des réclamations<sup>2</sup>;
- 1.3. Approuver les honoraires des Avocats du Groupe;
- 1.4. Obtenir l'accès à des dossiers judiciaires et autoriser la communication de renseignements confidentiels aux fins de la mise en œuvre de l'Entente de règlement.

#### **CONTEXTE**

[2] En mars 2018, la Cour d'appel du Québec rend sa décision dans l'affaire *J.M. c. Hôpital Jean-Talon du Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux (CIUSSS) du Nord-de-l'Île-de-Montréal* (« **J.M.** »)<sup>3</sup>. La Cour rappelle que « [c]ontraindre une personne à demeurer là où elle ne veut pas [...], c'est porter atteinte à ses droits fondamentaux, à sa liberté et à l'intégrité de sa personne » et qu'une « telle intervention n'est possible que lorsque permise par la loi »<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Pièce R-1.1. Des modifications à l'Entente Initiale (pièce R-1) ont été convenues entre les Parties et transmises au Tribunal dans un courriel conjoint des parties du 4 octobre 2024 (pièce R-6). Ces modifications ont été incorporées dans l'Entente de règlement modifiée (pièce R-1.1). L'utilisation du terme « Entente de règlement » comprend les modifications convenues entre les Parties.

<sup>2</sup> Les termes débutant avec une majuscule réfèrent aux définitions comprises dans l'Entente de règlement.

<sup>3</sup> *J.M. c. Hôpital Jean-Talon du Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux (CIUSSS) du Nord-de-l'Île-de-Montréal*, 2018 QCCA 378.

<sup>4</sup> *Id.*, par. 28, citant *F.D. c. Centre universitaire de santé McGill, (Hôpital Royal-Victoria)*, 2015 QCCA 1139, par. 1.

[3] Or, les dispositions légales pertinentes<sup>5</sup> permettent à un ou une médecin, malgré l'absence de consentement, sans autorisation du tribunal et sans qu'un examen psychiatrique ait été effectué, de mettre une personne sous garde préventive pendant au plus 72 heures, si ce médecin est d'avis que l'état mental de cette personne présente un danger grave et immédiat pour elle-même ou pour autrui. À l'expiration de cette période, la personne doit, sauf exception, être libérée :

[54] Au terme de la période de 72 heures, la personne en question (à moins qu'elle ne consente à son hospitalisation) doit être libérée, sauf si, avant l'échéance, l'établissement qui la retient a obtenu du tribunal « que la garde soit prolongée afin de lui faire subir une évaluation psychiatrique / *unless a court has ordered an extension of the confinement for psychiatric assessment* », ce qui renvoie normalement au recours prévu par l'art. 27, 1<sup>er</sup> al. C.c.Q. (qui peut lui-même être suivi d'un recours régi par l'art. 30 C.c.Q.). Exceptionnellement, la garde préventive peut être prolongée, courtement et sans autorisation judiciaire, lorsque les conditions suivantes sont réunies : 1<sup>o</sup> la période de 72 heures se termine un samedi ou un jour férié, 2<sup>o</sup> aucun juge ne peut agir et 3<sup>o</sup> le fait de cesser la garde présente un danger (qui doit toujours être grave et immédiat). Le cas échéant, la garde peut alors se poursuivre jusqu'à l'expiration du jour ouvrable suivant, ce qui permet à l'établissement d'obtenir l'ordonnance nécessaire. Là encore, la garde préventive peut ainsi être suivie d'une garde provisoire (art. 27, 1er al. C.c.Q.), puis d'une garde régulière (art. 30 C.c.Q.).

[4] Constatant l'application non uniforme de la loi, le 14 décembre 2020, la Requérante Action-autonomie, le collectif pour la défense des droits en santé mentale de Montréal (« **Action-autonomie** ») et la Personne désignée<sup>6</sup> déposent une Demande introductory d'instance en autorisation d'exercer une action collective et pour obtenir le statut de représentant (telle que modifiée, la « **Demande d'autorisation** ») contre les Défendeurs et Le procureur général du Québec, mis-en-cause.

[5] Le 27 octobre 2021, le soussigné est désigné pour assurer la gestion particulière de l'instance.

[6] Le 24 avril 2023, les Parties participent à une Conférence de règlement à l'amiable et par la suite, elles poursuivent leurs discussions pour régler le litige.

[7] Le 2 mai 2023, les Parties conviennent d'une entente de principe sur le règlement de l'action collective (l'« **Entente de principe** »).

[8] Le 4 mai 2023, conformément à l'Entente de principe, les avocats de la Demandante et de la Personne désignée modifient la Demande d'autorisation.

[9] Le 12 juin 2024, les Parties signent l'Entente de règlement.

<sup>5</sup> Art. 11, 26, 27 et 30 *Code civil du Québec* (« **C.c.Q.** »); art. 7 de la *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, RLRQ, c. P-38.001.

<sup>6</sup> Lors du dépôt initial de la Demande d'autorisation, il y avait trois personnes désignées, mais après modification, seule D.E. demeure.

[10] Le 27 juin 2024, le soussigné autorise (le « **Jugement d'autorisation** »)<sup>7</sup>, pour fins de règlement seulement, et ce, de consentement entre les Parties, l'exercice d'une action collective au bénéfice des membres du groupe suivant :

Toutes les personnes qui ont été mises sous garde préventive ou qui ont été gardées contre leur gré sans autorisation judiciaire dans un établissement hospitalier du Québec depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015 et qui sont demeurées détenues pour une période supérieure à 72 heures (collectivement le « **Groupe** » et individuellement les « **Membres** » ou les « **Membres du Groupe** »)

[11] Le 17 juillet 2024, les Avocats du Groupe déposent une Demande en approbation de l'Entente de règlement et des honoraires des avocats du demandeur et représentant du groupe (la « **Demande d'approbation** »).

[12] Le Tribunal approuve l'envoi d'un Avis Combiné pour informer les Membres de l'autorisation de l'action collective ainsi que de la tenue d'une audience sur la Demande d'approbation les 22 octobre 2024 (le « **Jugement sur les avis** »)<sup>8</sup>.

## **ANALYSE**

### **1. L'Entente de règlement proposée est-elle juste, équitable et dans l'intérêt fondamental des Membres du Groupe?**

#### **1.1 Droit applicable**

[13] L'article 590 du *Code de procédure civile* (« **C.p.c.** ») prévoit qu'en matière d'action collective, toute transaction est conditionnelle à l'approbation du tribunal. Cette approbation n'est accordée qu'après l'envoi d'avis aux membres qui les informent de la nature de l'action collective, des dispositions générales de la transaction proposée et des options qui leur sont offertes quant au règlement<sup>9</sup>.

[14] Le rôle du tribunal appelé à approuver une transaction est de s'assurer qu'elle est juste, équitable et qu'elle s'inscrit dans l'intérêt fondamental des membres du groupe<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> « *Action Autonomie* » collectif pour la défense des droits en santé mentale de Montréal c. Centre intégré de santé et de services sociaux de la Montérégie-Centre, 2024 QCCS 2414.

<sup>8</sup> « *Action Autonomie* » collectif pour la défense des droits en santé mentale de Montréal c. Centre intégré de santé et de services sociaux de la Montérégie-Centre, 2024 QCCS 2701.

<sup>9</sup> Catherine PICHÉ, *Le règlement à l'amiable de l'action collective*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 191 et 192.

<sup>10</sup> *Option Consommateurs* c. *Banque Amex du Canada*, 2018 QCCA 305, par. 8 et 84; *Allen* c. *Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de la Capitale-Nationale*, 2018 QCCS 5313, par. 55; *Jacques* c. *189346 Canada inc. (Pétroles Therrien inc.)*, 2017 QCCS 4020, par. 8 (demande d'approbation d'une seconde entente de règlement et des honoraires des avocats accueillie, 2020 QCCS 3192); *Bouchard* c. *Abitibi-Consolidated inc.*, J.E. 2004-1503 (C.S.), par. 16; Luc CHAMBERLAND et al., *Le grand collectif: Code de procédure civile: commentaires et annotations*, 8<sup>e</sup> éd., volume 2, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2023.

[15] Le tribunal doit encourager le règlement hors cour des litiges puisqu'une telle solution est généralement dans l'intérêt fondamental des parties et de la justice<sup>11</sup>.

[16] Il n'appartient pas au tribunal de réécrire, en tout ou en partie, la transaction conclue par les parties, même s'il peut suggérer aux parties de la modifier pour corriger certaines lacunes afin d'en assurer l'approbation<sup>12</sup>.

### 1.1.1 Les critères généraux

[17] Lorsqu'on lui demande d'approuver une transaction, le tribunal doit généralement soupeser les critères suivants<sup>13</sup> :

17.1. Les avantages que la transaction confère à chacun des membres : Ce facteur est crucial. L'objectif principal de l'analyse étant de vérifier si la transaction est dans l'intérêt fondamental des membres du groupe, l'avantage conféré à ces membres est une composante incontournable de cet intérêt. Certes, pour le groupe, cet avantage n'est pas toujours monétaire<sup>14</sup>. Un changement de pratique de la part du défendeur<sup>15</sup>, la mise en place de mesures réparatrices ou protectrices<sup>16</sup>, une lettre d'excuse<sup>17</sup> ou un paiement cy-près à des œuvres caritatives<sup>18</sup> peuvent, dans certains cas, constituer des avantages importants. Néanmoins, toute transaction qui confère aux membres un avantage pécuniaire limité doit être analysée avec beaucoup plus de circonspection<sup>19</sup>. En effet, « [I]es tribunaux doivent être vigilants pour éviter que l'action collective ne devienne qu'une source

<sup>11</sup> Art. 9 C.p.c.; *Sable Offshore Energy inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, par. 11; *Comité d'environnement de Ville-Émard (CEVE) c. Stodola*, 2016 QCCS 1834, par. 19; *JCQ Droit civil - Procédure civile II*, 2<sup>e</sup> éd., fascicule 23, JCPC-23.2, par. 12 et 13; Bruce JOHNSTON et Yves LAUZON, *Traité pratique de l'action collective*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2021, p. 284.

<sup>12</sup> *Option Consommateurs c. Infineon Technologie, a.g.*, 2014 QCCS 4949, par. 48; *Bouchard c. Abitibi Consolidated inc.*, préc., note 10, par. 17; L. CHAMBERLAND et al., préc., note 10; B. JOHNSTON et Y. LAUZON, préc., note 11, p. 285.

<sup>13</sup> *A.B. c. Clercs de Saint-Viateur du Canada*, 2023 QCCA 527, par. 34; *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, préc., note 10, par. 25; *Jacques c. 189346 Canada inc. (Pétroles Therrien inc.)*, préc., note 10, par. 9; *Pellemans c. Lacroix*, 2011 QCCS 1345, par. 20; *M.G. c. Association Selwyn House*, 2008 QCCS 3695; *Pelletier c. Baxter Healthcare Corp.*, J.E. 98-1200 (C.S.); *Dabbs v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, [1998] O.J. No. 1598 (Q.L.) (Gen.Div.), par. 15.

<sup>14</sup> Myriam BRIXI et Éric PRÉFONTAINE, « Solutions créatives au service du règlement d'une action collective — Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis (2022) », dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Colloque national sur l'action collective (2022)*, volume 520, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2022, p. 47.

<sup>15</sup> *Option Consommateurs c. Meubles Léon Itée*, 2022 QCCS 193, par. 42 à 44 (jugement de clôture, 2024 QCCS 1151).

<sup>16</sup> *Boulay c. Fédération des Caisses Desjardins du Québec*, 2022 QCCS 2301, par. 36; *Association des jeunes victimes de l'église c. Harvey*, 2022 QCCS 1956, par. 35 à 38 (jugement de clôture, 2023 QCCS 4754); *Vitoratos c. Takata Corporation*, 2021 QCCS 231, par. 47.

<sup>17</sup> *A.B. c. Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal*, 2023 QCCS 2529, par. 164; *Sévigny c. Ville de Montréal*, 2023 QCCS 515, par. 28 (jugement de clôture, 2024 QCCS 2085).

<sup>18</sup> *Bramante c. Restaurants McDonald du Canada limitée*, 2021 QCCS 955, par. 27.

<sup>19</sup> *Option Consommateurs c. Meubles Léon Itée*, préc., note 15, par. 53.

d'enrichissement pour les avocats en demande et une source de financement pour des organisations sans but lucratif »<sup>20</sup>.

- 17.2. Le processus de réclamation et les frais d'administration : Si l'avantage théorique ou potentiel d'un membre est important, le tribunal doit vérifier que celui-ci sera réalisable pour le plus grand nombre de membres possible. Le mode de recouvrement (individuel ou collectif) est un facteur<sup>21</sup>, mais peu importe le mode de recouvrement, on doit tenir compte du nombre anticipé de membres qui présenteront une demande dans le cadre de la transaction et le comparer au nombre de membres prévu dans la demande ou le jugement d'autorisation. On doit aussi évaluer le nombre de membres, qui, aux termes de l'exercice, recevront effectivement une compensation. La cour doit considérer l'étendue des frais d'administration susceptibles d'amputer cette compensation. Des délais de réclamations trop serrés, une procédure qui nécessite de remplir des formulaires trop longs ou de fournir des preuves difficiles à retracer militent contre l'approbation. Un processus de réclamation simple, rapide et efficace, qui minimise les frais d'administration et qui prévoit un droit d'appel ou de révision en cas de refus, favorise l'approbation de l'entente<sup>22</sup>.
- 17.3. Les risques reliés à la poursuite du litige : Ce critère permet de comparer les avantages pour le groupe de régler le litige selon les termes proposés avec ceux que le groupe pourrait obtenir en poursuivant le recours. Le tribunal doit donc soupeser les bénéfices de l'entente pour les membres et les comparer aux inconvénients liés à l'abandon de la poursuite<sup>23</sup>. Il doit, en outre, vérifier les objectifs initiaux de la procédure introductory d'instance<sup>24</sup>. Les probabilités de succès du recours font partie de cet exercice de même que l'évaluation des coûts et du temps requis pour mener le procès à terme. Dès lors, il faut « tenir compte de la difficulté du fardeau de la preuve qui incombe au représentant, de la solidité de sa cause d'action et de la valeur des moyens de défense de la partie défenderesse »<sup>25</sup>. Par ailleurs, il faut se rappeler qu'au stade de l'approbation, le tribunal « n'a généralement qu'une connaissance limitée des circonstances et des enjeux du litige »<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2017 QCCS 200, par. 110 (appels rejetés, 2018 QCCA 305), cité avec approbation par la cour d'appel dans *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, préc., note 10, par. 35.

<sup>21</sup> *Dufour c. Compagnie d'aviation Cubana*, 2021 QCCS 5226, par. 45 à 47 (jugement de clôture, 2022 QCCS 1038).

<sup>22</sup> *Lamontagne c. Compagnie d'aviation Cubana*, 2023 QCCS 4822, par. 37 à 41 (jugement de clôture, 2024 QCCS 2078); *Dufour c. Compagnie d'aviation Cubana*, préc., note 21, par. 30; *Beauchamp c. Procureure générale du Québec*, 2019 QCCS 2421, par. 33 et 40; *Kennedy c. Colacem Canada inc.*, 2019 QCCS 183, par. 62.

<sup>23</sup> *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, préc., note 10, par. 84; *Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JT-I-MacDonald Corp.*, 2011 QCCS 4981, par. 49.

<sup>24</sup> *Arrouart c. Anacolor inc.*, 2019 QCCS 4795, par. 20.

<sup>25</sup> B. JOHNSTON et Y. LAUZON, préc., note 11, p. 286.

<sup>26</sup> *Pellemans c. Lacroix*, préc., note 13, par. 21.

De plus, une entente négociée afin d'éviter les risques et les coûts d'un procès comporte nécessairement des concessions mutuelles. Puisque les discussions de règlement sont protégées par un privilège, les motifs qui ont mené à ces compromis ne sont pas toujours apparents<sup>27</sup>.

- 17.4. La portée de la quittance : Un jugement sur une action collective lie tous les membres qui ne se sont pas exclus, qu'ils présentent ou non une réclamation. La quittance proposée doit faire l'objet d'une attention particulière afin d'éviter qu'elle dégage les défendeurs de toute responsabilité pour des comportements qui ne relèvent pas des revendications formulées dans la plainte ou pour lesquels les demandeurs n'obtiennent aucune compensation<sup>28</sup>.
- 17.5. L'opinion des membres : Puisque la transaction doit respecter l'intérêt fondamental des membres du groupe, l'opinion des membres doit être considérée. Le pourcentage de membres qui se sont opposés à la transaction ou qui se sont retirés du recours peut servir d'indice pour déterminer si la transaction est dans leur intérêt. Les motifs soulevés par les membres qui s'opposent à l'approbation doivent aussi être scrutés attentivement.
- 17.6. L'intégrité du processus judiciaire et l'absence de collusion : Le tribunal doit toujours veiller à ce que « soit maintenue l'intégrité du processus judiciaire »<sup>29</sup>. Ainsi, le tribunal doit s'assurer qu'il y a absence de collusion et que la transaction a été conclue de bonne foi. Une transaction longuement négociée et à distance par des avocats d'expérience favorise l'approbation. Il en va de même d'une déclaration des avocats voulant que les honoraires des avocats du groupe ont été négociés postérieurement à la conclusion de l'accord<sup>30</sup>. Au contraire, une clause qui prévoit que la transaction forme un tout et donc que l'approbation de la transaction est tributaire de l'approbation des honoraires peut donner l'impression aux membres que les avocats ont négocié un règlement moins élevé en échange des honoraires convenus. Néanmoins, même s'il doit demeurer vigilant, en l'absence d'une violation de l'ordre public<sup>31</sup>, le tribunal doit généralement approuver une transaction si celle-ci satisfait aux critères et répond à l'intérêt fondamental des membres<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, préc., note 10, par. 84; *Halfon c. Moose International inc.*, 2017 QCCS 4300, par. 23; *Option Consommateurs c. Infineon Technologies, a.g.*, 2013 QCCS 1191, par. 39 et 40.

<sup>28</sup> *Leung c. Uber Canada inc.*, 2022 QCCS 1076, par. 57; *Walter c. Ligue de hockey junior majeur du Québec inc.*, 2020 QCCS 3724, par. 41 à 47.

<sup>29</sup> C. PICHÉ, préc., note 9, p. 164.

<sup>30</sup> *Holcman c. Restaurant Brands International*, 2023 QCCS 1671, par. 22.

<sup>31</sup> *M.G. c. Association Selwyn House*, préc., note 13, par. 22.

<sup>32</sup> *Jacques c. 189346 Canada inc. (Pétroles Therrien inc.)*, préc., note 10, par. 11.

[18] L'absence de débat contradictoire complique le rôle du Tribunal<sup>33</sup>. Pour cette raison, la jurisprudence insiste sur l'obligation des parties de procéder à une divulgation franche et complète<sup>34</sup>.

## 1.1 Discussion

[19] En appliquant les critères susmentionnés, il faut conclure que les transactions soumises au Tribunal sont justes, raisonnables et dans l'intérêt des Membres.

### 1.1.1 Les avantages que la transaction confère à chacun des Membres

[20] L'Entente de règlement procure des avantages concrets, équitables et substantiels aux Membres du Groupe.

[21] Le montant du règlement est de 8 000 000 \$, divisé comme suit :

- 21.1. Une somme de 3 600 000 \$ au Fonds afférent à l'indemnisation des Membres, pour la liquidation des réclamations individuelles des Membres au sens de l'article 596 C.p.c.
- 21.2. Une somme de 4 400 000 \$ au Fonds afférent à la mesure réparatrice au sens de l'article 595 C.p.c. Cette somme sera administrée par le ministère de la Santé et des Services sociaux (« MSSS ») en vertu d'un processus de financement non récurrent versé aux organismes communautaires visés selon la répartition suivante :
  - a) 51 % de la somme pour des organismes pour la défense des droits des usagers en santé mentale en soutien à leur mission globale; et
  - b) 49 % de la somme pour des organismes d'intervention de proximité aux clientèles vulnérables et soutien aux services d'urgence, prévention et gestion de crise et prévention du suicide.

[22] La compensation maximale pour chaque réclamant approuvé est de 1 000 \$ par Journée additionnelle de garde préventive, ce qui est conforme à la jurisprudence pertinente<sup>35</sup>.

[23] Pour l'application de la mesure réparatrice, une lettre d'invitation<sup>36</sup> sera transmise à certains organismes identifiés pour les inviter à manifester leur intérêt à bénéficier de la mesure réparatrice.

<sup>33</sup> *Pellemans c. Lacroix*, préc., note 13, par. 21, cité avec approbation dans *Allen c. Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de la Capitale-Nationale*, préc., note 10, par. 33.

<sup>34</sup> *Abihsira c. Johnston*, 2019 QCCA 657, par. 38.

<sup>35</sup> *Bourassa-Lacombe c. Centre universitaire de santé de l'Estrie*, 2007 QCCS 620, par. 119.

<sup>36</sup> Annexe N de l'Entente de règlement.

[24] Un processus de reddition de comptes de ces organismes sur l'utilisation de la somme reçue et une reddition de compte du MSSS au terme de l'administration de la mesure réparatrice.

[25] Tant le Fonds afférent à l'indemnisation des Membres, pour la liquidation des réclamations individuelles et le Fonds afférent à la mesure réparatrice procurent des avantages aux Membres.

[26] À la lumière de ce qui précède, il appert que l'Entente de règlement offre une compensation financière directe aux Membres et qu'elle est juste et raisonnable.

[27] Ce critère, qui est le plus important, favorise l'approbation de la transaction.

#### 1.1.2 Le processus de réclamation et les frais d'administration

[28] Le processus de réclamation est simple, efficace et équitable.

[29] La Demanderesse entend jouer un rôle important pour retracer et communiquer avec les Membres potentiels du Groupe pour les informer de l'Entente de règlement.

[30] L'Entente de règlement prévoit la nomination d'un Administrateur des réclamations à être désigné par la cour aux fins du traitement et du paiement des réclamations.

[31] Un processus d'analyse des réclamations individuelles par l'Administrateur des réclamations est prévu afin de déterminer la durée de la Garde préventive admissible dont chaque réclamant individuel a fait l'objet.

[32] Conformément à l'article 42 de la *Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives*<sup>37</sup>, le Fonds d'aide aux actions collectives prélèvera le pourcentage fixé par le *Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide aux actions collectives*<sup>38</sup> sur le reliquat du Fonds afférent à l'indemnisation des Membres, suivant l'application de la clause 5.1(7) de l'Entente de règlement.

[33] Un processus de révision des réclamations est prévu au bénéfice des Membres dont la réclamation aura été refusée dans son entièreté par l'Administrateur des réclamations. L'absence de révision pour les réclamations partiellement approuvées s'explique par un souci de limiter les frais d'administration et les délais d'indemnisation.

[34] L'Entente de règlement, sujet aux modifications communiquées dans le courriel conjoint des parties du 4 octobre 2024<sup>39</sup>, prévoit que les indemnités seront versées au plus tard dix-neuf mois après la Date de prise d'effet de l'Entente de règlement.

---

<sup>37</sup> *Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives*, RLRQ, c. F-3.2.0.1.1.

<sup>38</sup> *Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide aux actions collectives*, RLRQ, c. F-3.2.0.1.1, r. 2.

<sup>39</sup> Pièce R-6. Les modifications ont été incorporées dans l'Entente de règlement modifiée produite comme pièce R-3.1.

[35] Si le plafond de 1 000 \$ par Journée additionnelle de garde préventive est atteint, et la somme restante au Fonds afférent à l'indemnisation des Membres ne peut ainsi être distribuée aux Membres, elle sera affectée au Fonds afférent aux frais d'administration à titre de deuxième distribution. Si ce montant n'est pas utilisé, en totalité ou en partie, dans le Fonds afférent aux frais d'administration, il constituera alors un reliquat qui sera versé au Fonds Accès Justice, conformément à l'article 596, alinéa 3 C.p.c.

[36] L'Entente de règlement, sujet aux modifications communiquées dans le courriel conjoint des parties du 4 octobre 2024<sup>40</sup>, prévoit que dans les huit mois suivants la distribution des indemnités, l'Administrateur des réclamations produira au dossier de la cour un rapport de clôture et une reddition de compte des sommes prélevées à même le Fonds afférent aux frais d'administration.

[37] Le financement versé à titre de mesure réparatrice aux organismes visés devra avoir été utilisé dans l'année ou les deux années financières complètes suivant l'année financière où elles auront été versées, selon le cas, et feront l'objet d'une reddition de compte<sup>41</sup>.

[38] L'Entente de règlement prévoit une somme maximale de 500 000 \$ au Fonds afférent aux frais d'administration afin de couvrir les frais de gestion, d'administration et de publication reliés à la mise en œuvre de l'Entente de règlement.

#### 1.1.3 Les risques reliés à la poursuite du litige

[39] Le Tribunal doit demeurer prudent en commentant ce critère puisque toute entente qui vise à éviter les risques et les coûts d'un procès comporte nécessairement des concessions mutuelles dont les raisons ne sont pas toujours apparentes.

[40] Il faut également se garder d'effectuer une analyse de la responsabilité potentielle que les Parties ont convenu d'éviter. L'Entente de règlement prévoit d'ailleurs que la transaction survient sans admission de responsabilité<sup>42</sup>.

[41] Néanmoins, on peut souligner que l'action comportait certains risques.

[42] D'une part, le Tribunal aurait pu conclure que certains aspects de la Demande d'autorisation (notamment le volet portant sur le non-consentement aux évaluations psychiatriques pendant la garde préventive) se prêtaient davantage à une action individuelle.

[43] D'autre part, les Défenderesses soulevaient un argument de prescription pour les réclamations liées à des faits antérieurs au 1<sup>er</sup> juillet 2017.

---

<sup>40</sup> Pièce R-6.

<sup>41</sup> Annexe R de l'Entente de règlement.

<sup>42</sup> Par. 10.1 de l'Entente de règlement.

[44] Finalement, certains défis s'annonçaient quant à la preuve requise pour obtenir gain de cause.

[45] La preuve des faits remontant à plusieurs années est toujours difficile. Le nombre d'établissements de santé et de services sociaux de la province visés de même que la poursuite contre le MSSS aurait sans doute requis un nombre élevé de témoins ayant subi des gardes en établissement dans différents établissements à différents moments.

[46] Certains enjeux pouvaient être anticipés à l'égard des dommages et de la causalité. En raison du caractère traumatisant et du tabou de leur expérience ainsi que des difficultés d'ordre personnel vécues par les Membres au quotidien, il aurait pu être compliqué d'obtenir un témoignage de leur part. Il aurait également pu être délicat de distinguer les dommages liés à l'hospitalisation permise de ceux liés au dépassement du délai de la garde préventive.

[47] Dans ce contexte, les Parties ont convenu de l'Entente de règlement fondée sur une définition de groupe limitée au 1<sup>er</sup> janvier 2015. Cette limitation permet à une portion importante des Membres dont la réclamation était autrement à risque d'être rejetée de formuler une réclamation.

[48] L'Entente de règlement évite la nécessité de présenter une preuve détaillée des dommages et de la causalité et évite aux Membres les inconvénients d'avoir à témoigner et d'être contre-interrogés.

[49] Procéder sur le fond aurait aussi impliqué des années de procédures contestées menant potentiellement à un procès au mérite d'une durée de plusieurs semaines. Bien que l'estimation des coûts et la durée probable de litige demeurent un exercice incertain, il y a lieu de noter que la demande d'autorisation a été déposée en 2020. Le dossier n'était pas prêt à être entendu sur le fond.

[50] En raison des enjeux, des appels demeurent possibles, occasionnant ainsi des délais supplémentaires.

[51] Si le dossier devait procéder sur le fond, les indemnités versées aux Membres du Groupe auraient pu attendre plusieurs années.

[52] La poursuite de ce dossier et son instruction au fond auraient nécessité une utilisation significative des ressources judiciaires et d'importants frais, tant en matière de frais de justice (expertises, etc.) qu'en matière d'honoraires d'avocats.

[53] Un règlement plus rapide favorise un meilleur taux de réclamation.

[54] Ce critère supporte l'approbation des transactions.

#### 1.1.4 La portée de la quittance

[55] En contrepartie des indemnités payées, les Membres donnent quittance aux Défendeurs pour les réclamations liées « aux faits et causes d'actions alléguées dans l'Instance »<sup>43</sup>.

#### 1.1.5 L'opinion des Membres

[56] L'Avis Combiné aux Membres a été transmis conformément au Jugement sur les avis.

[57] Aucun Membre ne s'est opposé à l'Entente de règlement.

[58] Lors de l'audience, plusieurs personnes ont témoigné pour soutenir l'approbation.

#### 1.1.6 L'intégrité du processus judiciaire et l'absence de collusion

[59] L'Entente de règlement ne met pas en cause l'ordre public.

[60] Les avocats des Parties cumulent une expérience importante en matière d'actions collectives et en droit de la santé.

[61] Ceux-ci sont bien placés pour évaluer les différents aspects du dossier et ont l'obligation déontologique d'agir dans l'intérêt fondamental de leurs clients.

[62] Le Tribunal n'a aucune indication que les avocats impliqués dans la présente action ont contrevenu à leur obligation d'agir de bonne foi et d'agir en conformité avec les normes déontologiques.

[63] L'ensemble des critères favorise l'approbation.

### **2. L'approbation de Proactio comme Administrateur des réclamations et du juge à la retraite David L. Cameron comme Réviseur des réclamations**

[64] Les Parties suggèrent de désigner Proactio, filière de Raymond Chabot Grant Thornton, comme Administrateur des réclamations.

[65] Les Parties suggèrent de nommer l'honorable David L. Cameron, juge de la Cour du Québec à la retraite, comme Réviseur des réclamations, en raison notamment de son expertise et de sa vaste expérience en matière de demandes de garde en établissement.

[66] Le Réviseur des réclamations sera rémunéré à un tarif de 500 \$ de l'heure;

[67] La nomination de Proactio et de l'honorable David Cameron est approuvée.

---

<sup>43</sup> Par. 11.2 de l'Entente de règlement.

**3. Les honoraires réclamés par les Avocats du Groupe sont-ils dans l'intérêt des Membres du Groupe, justes et raisonnables, justifiés par les circonstances et proportionnels aux services rendus?**

**3.1 Droit applicable**

**3.1.1 Principes généraux**

[68] L'article 593 C.p.c. impose au tribunal le devoir de veiller à ce que les honoraires des avocats du groupe soient dans l'intérêt des membres du groupe, justes et raisonnables, justifiés par les circonstances et proportionnels aux services rendus. Si le montant des honoraires n'est pas raisonnable, le tribunal « peut les fixer au montant qu'il indique »<sup>44</sup>.

[69] Ainsi, même si l'existence d'une entente entre le représentant et son avocat demeure pertinente à l'examen de la question et qu'elle « bénéficie d'une présomption de validité », cette entente ne lie pas le tribunal à qui revient le rôle de juger de la raisonnableté des honoraires des avocats du groupe<sup>45</sup>. En effet, s'il est vrai que la convention d'honoraires signée par le représentant lie en principe les membres du groupe<sup>46</sup>, ceux-ci n'y ont pas consenti et il appartient au tribunal d'exercer son rôle de surveillance et d'agir comme gardien des intérêts des membres absents<sup>47</sup>.

[70] Ainsi, le tribunal ne doit pas hésiter « à réviser ces honoraires en fonction de leur valeur réelle, à les arbitrer et à les réduire s'ils sont inutiles, exagérés, ou hors de proportion au regard de ce que le groupe retire du recours »<sup>48</sup>.

[71] Le tribunal doit trouver un juste équilibre qui permet aux avocats du groupe d'obtenir une somme suffisante pour les inciter à intenter la prochaine action, tout en gardant à l'esprit que les membres doivent être les premiers bénéficiaires des sommes versées par les défendeurs<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> Art. 593 C.p.c.; *A.B. c. Clercs de Saint-Viateur du Canada*, préc., note 13, par. 50; *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, préc., note 10, par. 60.

<sup>45</sup> Art. 593 C.p.c.; *A.B. c. Clercs de Saint-Viateur du Canada*, préc., note 13, par. 51; *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, préc., note 10, par. 61 et 66; art. 32 de la *Loi sur le fonds d'aide aux actions collectives*, préc., note 37.

<sup>46</sup> *A.B. c. Clercs de Saint-Viateur du Canada*, préc., note 13, par. 50; *Pellemans c. Lacroix*, préc., note 13, par. 48, cité avec approbation par la Cour d'appel dans *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, préc., note 10, par. 61.

<sup>47</sup> *Id.*, par. 67; *Option Consommateurs c. Infineon Technologies, a.g.*, préc., note 27, par. 65.

<sup>48</sup> *Apple Canada inc. c. St-Germain*, 2010 QCCA 1376, par. 36.

<sup>49</sup> *A.B. c. Clercs de Saint-Viateur du Canada*, préc., note 13, par. 51, citant Catherine PICHE, *L'action collective : ses succès et ses défis*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2019, p. 227.

[72] Dans l'évaluation du caractère juste et proportionnel des honoraires, la jurisprudence<sup>50</sup> confirme que le tribunal doit s'inspirer des critères énoncés à l'article 102 du *Code de déontologie des avocats*<sup>51</sup>, notamment :

- 72.1. Le résultat obtenu et l'importance du dossier;
- 72.2. La difficulté de l'affaire;
- 72.3. L'expérience des avocats de la demanderesse et la prestation de services exigeant une compétence particulière;
- 72.4. Le temps et l'effort consacrés au dossier.

[73] Ces facteurs ne sont pas exhaustifs et leur poids relatif peut varier en fonction des circonstances particulières de chaque dossier<sup>52</sup>.

[74] Par exemple, dans le cadre d'une action collective, le tribunal doit tenir compte du risque auquel est exposé l'avocat du groupe. Ce facteur peut même avoir préséance sur le temps que les avocats ont consacré à l'affaire<sup>53</sup>. Le risque doit être évalué au moment où l'avocat accepte le mandat de représentation plutôt qu'au moment de la demande d'approbation des honoraires<sup>54</sup>. Une fois qu'un règlement a été conclu, les tribunaux doivent se garder de décider, avec le bénéfice de la vision parfaite qu'offre le recul, qu'un règlement était facilement accessible.

[75] Les juges doivent résister à la tentation de toujours chercher à réduire les honoraires des avocats du groupe, car cela risquerait simplement d'encourager les avocats à demander plus, sachant que le montant convenu sera réduit par le tribunal<sup>55</sup>.

[76] En matière d'action collective, compte tenu du rôle du tribunal d'agir comme gardien de l'intérêt des membres du groupe, l'opinion de ces membres doit aussi être considérée. Le tribunal doit en outre entendre les représentations du FAAC<sup>56</sup>.

---

<sup>50</sup> *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, préc., note 10, par. 65.

<sup>51</sup> *Code de déontologie des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 3.1, art. 101 et 102.

<sup>52</sup> *A.B. c. Clercs de Saint-Viateur du Canada*, préc., note 13, par. 53.

<sup>53</sup> *Pellemans c. Lacroix*, préc., note 13, par. 48.

<sup>54</sup> *A.B. c. Clercs de Saint-Viateur du Canada*, préc., note 13, par. 54; *Skarstedt c. Corporation Nortel Networks*, 2011 QCCA 767, par. 16; *Pellemans c. Lacroix*, préc., note 13, par. 52.

<sup>55</sup> *A.B. c. Clercs de Saint-Viateur du Canada*, préc., note 13, par. 56.

<sup>56</sup> Art. 593 C.p.c.

### 3.1.2 Les ententes à pourcentage

[77] Sauf exception, les ententes à pourcentage sont valides en droit québécois<sup>57</sup>. En matière d'action collective, elles sont non seulement valides, mais courantes et elles devraient être encouragées<sup>58</sup>.

[78] De telles ententes favorisent l'accès à la justice puisque les membres accepteraient rarement de payer les centaines de milliers de dollars d'honoraires, de débours et de frais d'expertises requis pour mener de telles actions à terme. L'atteinte des objectifs sociaux visés par la procédure de l'action collective (faciliter l'accès à la justice, modifier des comportements préjudiciables et économiser les ressources judiciaires) dépend en grande partie de la volonté des avocats d'entreprendre un procès en assumant le risque que les dépenses engagées en temps et en débours ne soient jamais récupérées. Sans mandat à pourcentage, bien des actions collectives ne verrait jamais le jour<sup>59</sup>.

[79] Même si les tribunaux approuvent régulièrement des ententes d'honoraires dont le pourcentage se situe entre 15 % et 33 %, l'analyse ne se limite pas à vérifier si la convention d'honoraires prévoit un pourcentage se situant à l'intérieur de cette fourchette. Le fait qu'un pourcentage se situe à l'intérieur ou à l'extérieur n'est donc pas décisif. En effet, ce n'est pas le pourcentage qui doit être raisonnable, mais les honoraires eux-mêmes<sup>60</sup>.

[80] Le caractère raisonnable des honoraires dépend de plusieurs facteurs autres que le pourcentage, notamment : la valeur globale du règlement, l'avantage réel du règlement pour les membres du groupe, le taux de réclamation, le fait qu'une partie du fonds de règlement ira au FAAC ou à des organisations caritatives plutôt qu'aux membres du groupe, si le recours collectif est une copie d'un autre recours déposé antérieurement dans une autre juridiction, si le recours collectif a entraîné un changement des pratiques du défendeur, le temps réel consacré à l'affaire, etc.

---

<sup>57</sup> *Montgrain c. Banque Nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, par. 53.

<sup>58</sup> *A.B. c. Clercs de Saint-Viateur du Canada*, préc., note 13, par. 57; *Majestic Asset Management c. Banque Toronto-Dominion*, 2024 QCCS 225, par. 109 à 112; *Pellemans c. Lacroix*, préc., note 13, par. 49; *Bouchard c. Abitibi Consolidated*, préc., note 10, par. 52.

<sup>59</sup> *Schneider (Succession de Schneider) c. Centre d'hébergement et de soins de longue durée Herron inc.*, 2021 QCCS 1808, par. 57 à 59; *Allen c. Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de la Capitale-Nationale*, préc., note 10, par. 135 et 136; Peter W. KRYWORUK et Jacob DAMSTRA, « Revisiting Class Counsel Fee Approvals: Towards Presumptive Validity of Contingency Fee Agreements », (2021) 17 *Rev. can. recours coll.* 109, p. 117 et s.

<sup>60</sup> *A.B. c. Clercs de Saint-Viateur du Canada*, préc., note 13, par. 58; *Majestic Asset Management c. Banque Toronto-Dominion*, préc., note 58, par. 100; *Rahmani c. Groupe Adonis inc.*, 2021 QCCS 2616, par. 60 et 61.

[81] À titre d'exemple, lorsque le montant du règlement ou du jugement est très élevé ou lorsque le règlement survient trop rapidement<sup>61</sup>, un pourcentage élevé pourrait mener à un résultat déraisonnable. À l'inverse, si le montant du règlement est faible, par exemple, lorsque le nombre de membres est moins important que prévu, un pourcentage plus élevé pourrait être justifié pour éviter de sous-indemniser les avocats du groupe<sup>62</sup>.

[82] Enfin, le montant sur lequel le pourcentage est appliqué mérite également d'être commenté. Étant donné que la validité des conventions d'honoraires à pourcentage est fondée sur l'alignement des intérêts de l'avocat et de son client, les honoraires versés à l'avocat du groupe devraient être proportionnels à la valeur de l'indemnité mise entre les mains des membres du groupe plutôt qu'à la somme payée par les défendeurs. Ainsi, lorsqu'une somme considérable ne bénéficie pas directement aux membres, notamment lorsque les frais d'administration du règlement sont importants ou qu'une partie du règlement prévoit un paiement à des œuvres de charité, il peut être avisé de réduire le pourcentage convenu<sup>63</sup> ou encore de l'appliquer seulement à la portion qui bénéficie véritablement aux membres<sup>64</sup>.

[83] Le même principe devrait s'appliquer lorsqu'un jugement ou règlement prévoit un recouvrement individuel ou collectif et que plusieurs membres font défaut de présenter une réclamation.

### 3.1.3 L'échéance de paiement des honoraires

[84] Les transactions prévoient souvent que le paiement des honoraires d'avocats se fait immédiatement alors que les membres doivent se soumettre à un processus de réclamation qui reporte le paiement de leur indemnité de plusieurs mois.

<sup>61</sup> Voir les commentaires du juge Samson dans *Allen c. Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de la Capitale-Nationale*, préc., note 10, par. 129 à 132.

<sup>62</sup> *Lamontagne c. Compagnie d'aviation Cubana*, préc., note 22, par. 74; *Dufour c. Compagnie d'aviation Cubana*, préc., note 21, par. 70; *Chetrit c. Société en commandite Touram*, 2020 QCCS 51, par. 37.

<sup>63</sup> *A.B. c. Clercs de Saint-Viateur du Canada*, préc., note 13, par. 7; *Sutts, Strosberg LLP v. Atlas Cold Storage Holdings Inc.*, [2009] OJ No 4271 (QL), par. 54 (confirmé par la Cour d'appel de l'Ontario, 2009 ONCA 690); *Breckon c. Cermaq Canada Ltd.*, 2024 CF 225 (C.F.), par. 131 et 132; *Guilbert c. Sony BMG Musique (Canada) inc.*, 2007 QCCS 432 (confirmé par la Cour d'appel du Québec, 2009 QCCA 231); Jasmina KALAJDZIC, « The "Illusion of Compensation": Cy Pres Distributions in Canadian Class Actions », (2013-2014) 92 R. du B. can. 173, p. 185, citant *In re Baby Prods. Antitrust Litig.*, 708 F.3d 163 (3d Cir, 2013), les deux cités avec approbation par le juge Morgan dans *Emond v. Google LLC*, 2021 ONSC 302, par. 42.

<sup>64</sup> *Bramante c. Restaurants McDonald du Canada limitée*, préc., note 18; Éric SIMARD et Stéphanie LAVALLÉE, « Actions collectives et protocoles d'indemnisation au Québec en matière de sévices sexuels et de préjudice corporel », dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Colloque national sur l'action collective: Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis* (2018), volume 441, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 406; Pierre-Claude LAFOND, *Libres propos sur la pratique de l'action collective*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020; U.S. Chamber Institute for Legal Reform, "Unstable Foundation: Our Broken Class Action System and How to Fix It", October 2017, p. 25, disponible en ligne à [https://instituteforlegalreform.com/wp-content/uploads/2020/10/UnstableFoundation\\_Web.pdf](https://instituteforlegalreform.com/wp-content/uploads/2020/10/UnstableFoundation_Web.pdf); Gérald R. TREMBLAY, Shaun FINN et Phelps TURNER, « Une bouffée d'air frais. Promouvoir une approche déontologique aux honoraires extrajudiciaires dans le contexte des recours collectifs », (2008) 87 R. du B. can. 649, par. 133.

[85] C'est le cas ici. L'entente prévoit un paiement immédiat aux avocats alors que les Membres doivent attendre la fin de la période de réclamation dans dix-neuf mois.

[86] Bien qu'il soit important, une fois l'entente intervenue, que les avocats du groupe n'aient plus à supporter le risque financier du recours, reporter une partie du paiement des honoraires permet de s'assurer que les avocats du groupe demeurent engagés jusqu'au jugement de clôture. En effet, l'action collective a pour principal objectif l'indemnisation de ses membres et une partie importante du travail des avocats du groupe survient dans la phase d'exécution du jugement ou du règlement. « Le travail des avocats en matière d'actions collectives doit s'entendre non seulement de l'obtention d'un résultat juridique satisfaisant pour les membres, mais également de leur participation active à l'exécution du jugement qui a pour objet d'indemniser ceux-ci. »<sup>65</sup>

[87] Un tel report fait donc appel « à la solidarité que doivent montrer les avocats des membres, quand les premiers réclament paiement de leurs honoraires alors que les seconds vont, pour des raisons légitimes, devoir patienter avant de toucher le produit de l'action collective »<sup>66</sup>.

[88] Ainsi, la critique parfois évoquée à l'égard de la pratique consistant à finaliser les honoraires des avocats du groupe une fois que l'indemnisation globale est déterminée semble non fondée. Les ententes à pourcentage présupposent que les avocats sont payés en même temps que leurs clients et qu'ils ne sont pas payés si leur client ne reçoit rien. C'est précisément ce risque - que les clients ne reçoivent rien - qui justifie une prime élevée par rapport au temps consacré à l'affaire. Ainsi, la pratique du fractionnement du paiement des honoraires des avocats ne doit pas être considérée comme un report d'un paiement dû, mais plutôt comme une accélération justifiée du paiement à recevoir pour tenir compte du fait qu'un résultat favorable a été obtenu et que l'avocat du groupe ne devrait plus être contrait de financer le recours pour le mener à terme.

[89] Finalement, le report de l'évaluation finale des honoraires peut s'avérer nécessaire pour évaluer le caractère raisonnable des honoraires. Dans de nombreux cas, attendre le jugement de clôture pour payer une partie des honoraires des avocats de la classe permet au tribunal d'obtenir plus de certitude sur le montant réel qui bénéficie aux membres du groupe ou sur les efforts des avocats du groupe pour faire appliquer le règlement ou le jugement. Par exemple, lorsque le nombre de demandeurs qui déposent effectivement une réclamation est faible, cela peut indiquer que le règlement n'était pas intéressant pour les membres ou que les efforts pour faire connaître le règlement étaient

---

<sup>65</sup> *Brière c. Rogers Communications*, C.S. Montréal, 500-06-000557-112, 9 novembre 2017, j. Nollet, par. 45 et 48; *Abicidan c. Ikea Canada*, 2021 QCCS 3258, par. 23, 65 et 66 (jugement de clôture, 2022 QCCS 80); *Option Consommateurs c. Infineon Technologie a.g.*, préc., note 12, par. 133.

<sup>66</sup> *Abihsira c. Stubhub inc.*, 2020 QCCS 2593, par. 87 (demande en révision d'un jugement accueillie quant aux membres du sous-groupe international de Vivid Seats, 2022 QCCS 3404).

insuffisants. Il s'agit là de facteurs importants à prendre en considération pour évaluer le caractère raisonnable des honoraires des avocats de la classe<sup>67</sup>.

[90] En tenant compte du montant qui profite réellement aux membres, le tribunal encourage les avocats du groupe à s'opposer aux obstacles qui compliquent le dépôt de réclamations par les membres. Cela incite également les avocats à demeurer engagés tout au long du processus de réclamation afin de s'assurer que le règlement ou le jugement obtenu profite au plus grand nombre de membres<sup>68</sup>.

### 3.2 Discussion

[91] La convention pertinente (la « **Convention** »)<sup>69</sup> prévoit que les Avocats du Groupe auront droit à des honoraires de 30 % « de la somme perçue en relation avec le présent recours collectif ».

[92] Chose rare, l'Entente de règlement prévoit que les Honoraires juridiques des Avocats du Groupe devront être déterminés par la Cour et que les Parties pourront faire leurs représentations à ce sujet<sup>70</sup>. L'Entente de règlement ne prévoit aucune obligation pour les défenderesses de supporter la demande ou de s'abstenir de la contester.

[93] Ce choix des parties mérite d'être souligné. Il permet au Tribunal de minimiser les inconvénients du vide contradictoire qui s'applique souvent au stade de l'approbation des honoraires<sup>71</sup>.

[94] Ainsi, dans le cas présent, le Tribunal a pu bénéficier des positions respectives des Avocats du Groupe, des Défendeurs et du FAAC.

[95] Les Avocats du Groupe proposent que le Tribunal approuve des honoraires de 1 600 000 \$ plus taxes, soit 20 % du règlement de 8 000 000 \$. Les honoraires seraient répartis au *prorata* à même le Fonds afférent à l'indemnisation des Membres et le Fonds afférent aux mesures réparatrices, soit :

- 95.1. Un montant de 720 000 \$, taxes en sus, prélevé au Fonds afférent à l'indemnisation des Membres; et
- 95.2. Un montant de 880 000 \$, taxes en sus, prélevé au Fonds afférent à la mesure réparatrice.

<sup>67</sup> *Lavier v. MyTravel Canada Holidays Inc.*, 2013 ONCA 92, par. 49 et 57; *Hotte c. Servier Canada inc.*, 2006 QCCS 4007, par. 77, 83 et 91; Warren K. WINKLER, Paul M. PERELL, Jasmina KALAJDZIC et al., *The Law of Class Actions in Canada*, Toronto, Canada Law Book, 2014, p. 407.

<sup>68</sup> *Ainslie v. Afexa Life Sciences Inc.*, 2010 ONSC 4294, par. 54; *Boulanger v. Johnson & Johnson Corp.*, 2010 ONSC 2359, par. 15; W. K. WINKLER, P. M. PERELL, J. KALAJDZIC et al., préc., note 67, p. 407.

<sup>69</sup> Pièce R-4.

<sup>70</sup> Par. 12.1 de l'Entente de règlement.

<sup>71</sup> *Trudelle c. Ticketmaster Canada*, 2024 QCCS 3853, par. 34 à 36; *E.L. c. Procureur général du Québec*, 2024 QCCS 1386, par. 51.

[96] Cette réduction volontaire de 10 % comparativement à ce qui est prévu dans la Convention permet aux Membres du Groupe et aux entités susceptibles de profiter de la mesure réparatrice d'économiser 800 000 \$ plus taxes.

[97] Les Avocats du Groupe renoncent également à prélever des honoraires sur le Fonds afférent aux frais d'administration.

[98] Les Défendeurs proposent plutôt que les honoraires des Avocats du Groupe soient déterminés en fonction du nombre de Réclamations approuvées et selon un pourcentage maximal de 15 % des montants versés aux Fonds afférents à l'indemnisation des Membres et à la mesure réparatrice. À cette fin, ils proposent que le Tribunal verse une première tranche d'honoraires de 400 000 \$ et qu'un second paiement ait lieu, lequel sera déterminé en fonction du nombre de Réclamations approuvées jusqu'à concurrence d'un montant maximal d'honoraires de 1 200 000 \$.

[99] De son côté, puisqu'il est possible que le Fonds afférent à l'indemnisation des Membres soit insuffisant, le FAAC propose qu'une partie des honoraires réclamés à même le Fonds afférent à l'indemnisation des Membres fasse l'objet d'une réserve payable dans l'éventualité d'un solde après distribution aux Membres.

[100] Chacune des propositions a du mérite.

[101] Après l'analyse des facteurs pertinents, le Tribunal estime approprié d'approuver une première tranche d'honoraires de 1 200 000 \$ plus taxes et de reporter l'approbation d'une tranche supplémentaire lorsqu'il sera plus facile d'estimer le nombre de Réclamations approuvées.

### 3.2.1 Le résultat obtenu et l'importance du dossier

[102] La présente action collective est la première au Québec portant sur des enjeux liés à la garde en établissement. Le dossier revêt une importance certaine.

[103] Comme mentionné plus haut, l'Entente de règlement constitue un bon résultat pour les Membres du Groupe.

[104] Le processus d'adjudication des réclamations est simple et efficace.

### 3.2.2 Le risque assumé et la difficulté de l'affaire

[105] Le risque assumé par les Avocats du Groupe était significatif.

[106] Lorsque la demande d'autorisation a été produite, plusieurs facteurs, déjà notés plus haut dans le cadre de l'analyse de l'approbation de l'Entente de règlement, rendaient son issue incertaine.

[107] Les Défendeurs affirment que le risque était « pratiquement inexistant » puisque la Cour d'appel dans *J.M.* avait statué sur la faute et la responsabilité des établissements eu égard aux situations visées par la présente action<sup>72</sup>.

[108] Ce moyen ne peut être retenu.

[109] D'une part, les Défendeurs contestaient l'autorisation de l'action collective. Ils ont d'ailleurs produit un plan d'argumentation détaillée en vue de l'audience d'autorisation qui devait avoir lieu les 2 et 3 mai 2023.

[110] D'autre part, l'Entente de règlement survient sans admission aucune, de sorte que les Défendeurs sont mal avisés de prétendre que la faute était claire.

[111] Les Avocats du Groupe ont assumé ce risque seuls puisqu'aucune aide n'a été obtenue du FAAC.

[112] Un pourcentage des honoraires de 20% tient compte de ce risque.

### 3.2.3 L'expérience des avocats de la demanderesse et la prestation de services exigeant une compétence particulière

[113] Les Avocats du Groupe ont une expérience considérable en droit de la santé, dans les dossiers impliquant l'intégrité de la personne et en action collective.

[114] La représentation de justiciables dans le contexte des demandes en matière d'intégrité de la personne présente des défis uniques : déficit financier, ressources et rapport de force inégal entre les Parties, délais exceptionnellement courts entre le dépôt des demandes par les établissements et les audiences au fond, difficultés d'accès aux dossiers médicaux et à des experts, difficultés inhérentes à l'état mental de certains usagers représentés, forte adversité et forte charge émotive dans les procédures, difficultés logistiques et financières pour porter les dossiers en appel, etc.

[115] Ce facteur favorise l'approbation.

### 3.2.4 Le temps et l'effort consacrés à l'affaire

[116] Selon les enseignements de la Cour d'appel dans *A.B.*, ce facteur revêt une importance secondaire. En effet, celle-ci observe que « [l]a valeur des services rendus n'équivaut pas au temps consacré au dossier »<sup>73</sup>.

[117] Il ne devrait être analysé que si les honoraires demandés apparaissent à première vue déraisonnables.

---

<sup>72</sup> *J.M. c. Hôpital Jean-Talon du Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux (CIUSSS) du Nord-de-l'Île-de-Montréal*, préc., note 3, par. 91.

<sup>73</sup> *A.B. c. Clercs de Saint-Viateur du Canada*, préc., note 13, par. 63.

[118] Or, ce n'est pas le cas ici.

[119] Ainsi, dans le cas présent, une contre-vérification utilisant le facteur multiplicateur n'est pas requise.

[120] À tout événement, l'analyse par voie de facteur multiplicateur peut être artificiellement faussée par l'inscription d'heures exagérées, la multiplication d'avocats attitrés à la même tâche ou un taux horaire artificiellement élevé.

[121] Les Avocats du Groupe estiment la valeur du temps consacré à cette action collective à 191 383 \$ (soit 707,9 heures à un taux moyen de 270,35 \$). Le nombre d'heures est raisonnable. Il n'inclut pas tous les efforts consacrés au dossier *J.M.*, le temps de collecte, d'organisation et de communication de l'information requis avant d'intenter la présente action collective ainsi que le temps qui sera nécessaire pour assister les Membres jusqu'au jugement de clôture.

[122] Le Tribunal n'a pas constaté qu'on multipliait le nombre de professionnels qui assistait aux audiences.

[123] Quant au taux horaire, en 2011, le juge *Prévost* jugeait conservateur un taux de 400 \$.<sup>74</sup> Le taux appliqué ici est de 270 \$.

[124] Finalement, les Défendeurs affirment que le dossier a été réglé rapidement sans qu'une audition ait eu lieu sur l'autorisation. Ce facteur, aux yeux du Tribunal, ne justifie pas une réduction des honoraires. Au contraire, comme le souligne avec justesse le juge *Immer*, « le règlement rapide d'un dossier sera au bénéfice des membres, mais amplifiera nécessairement le facteur multiplicatif »<sup>75</sup>.

[125] Or, les règlements doivent être encouragés. Cela est tout aussi vrai, sinon plus, pour ceux qui surviennent avant que les tribunaux aient eu à consacrer du temps significatif à l'affaire. Lorsque le règlement est bon, au bénéfice des parties et qu'il survient après des négociations de bonne foi, il n'y a pas lieu de pénaliser les avocats en amputant sur leurs honoraires. Faire autrement, risquerait d'encourager des pratiques qui seraient contraires aux intérêts des Membres et de la justice.

### 3.2.5 L'absence de collusion

[126] L'absence de collusion doit aussi être considérée lorsque vient le temps d'approuver les honoraires des Avocats du Groupe.

[127] Or, ici, l'Entente de règlement prévoit spécifiquement que les honoraires et débours seront déterminés par la Cour et que les Parties pourront faire leurs représentations respectives.

---

<sup>74</sup> *Pellemans c. Lacroix*, préc., note 13, par. 78.

<sup>75</sup> *F. c. Frères du Sacré-Coeur*, 2021 QCCS 3621, par. 169.

[128] Une telle disposition est de nature à rassurer le Tribunal.

[129] Par ailleurs, l'approbation des honoraires demandés ici soulève des questions sur le montant auquel le pourcentage doit être appliqué.

[130] Les Avocats du Groupe ont convenu, et c'est une bonne chose, que le pourcentage ne devrait pas s'appliquer aux déboursés et aux frais d'administration.

[131] Deux questions demeurent cependant :

131.1. L'application du pourcentage au Fonds afférent à la mesure réparatrice; et

131.2. L'application des honoraires au montant total du Fond afférent aux indemnités des Membres.

### 3.2.6 L'application du pourcentage au Fonds afférent à la mesure réparatrice

[132] Dans *Trudelle*<sup>76</sup>, le soussigné exprime certaines réserves à l'application intégrale du pourcentage prévu à une convention d'honoraires à un paiement qui bénéficie à des œuvres de charité. En effet, une telle pratique encourage les avocats du groupe à privilégier des mesures réparatrices faciles, mais qui ne bénéficient pas toujours directement aux membres au détriment d'une compensation directe qui peut s'avérer parfois plus complexe. Ce résultat paraît problématique puisqu'en contrepartie du règlement, tous les membres, qu'ils reçoivent compensation ou non, renoncent à leurs droits.

[133] Néanmoins, dans le cas présent, le Tribunal considère que l'application du pourcentage au Fonds afférent à la mesure réparatrice est appropriée.

[134] Le lien entre le préjudice subi par les Membres et les mesures réparatrices est étroit, de sorte que celles-ci profitent directement aux Membres.

[135] Les Membres concernées par l'action collective souffrent des conséquences de problèmes liés à la santé mentale. Ces conséquences sont importantes.

[136] La maladie mentale touche un nombre important de Québécois. Tôt ou tard, chacun d'entre nous sera affecté ou entrera en contact avec quelqu'un qui souffre d'enjeux de santé mentale.

[137] Le coût social de ces conséquences est lourd. Pour les personnes affectées, la maladie entraîne des pertes d'autonomie et une réduction importante de la qualité de vie.

---

<sup>76</sup> *Trudelle c. Ticketmaster Canada*, préc., note 71, par. 73 et suivants.

[138] Les personnes atteintes de maladie mentale courrent des risques plus élevés de développer une maladie physique à long terme. Elles sont plus susceptibles de développer un problème de dépendance ou d'être victimes de suicide. Elles font aussi souvent l'objet de stigmatisation sociale qui amplifie leur souffrance. Leur état de vulnérabilité fait en sorte qu'il est souvent difficile pour eux de faire valoir leurs droits.

[139] Pourtant, les ressources disponibles pour aider ces personnes vulnérables demeurent limitées et insuffisantes.

[140] En offrant un soutien aux personnes souffrant d'enjeux liés à la santé mentale, les mesures réparatrices s'attaquent directement au préjudice subi par les Membres. Elles visent des organismes communautaires qui œuvrent pour la défense des droits des usagers en santé mentale ainsi que les organismes d'intervention de proximité aux clientèles vulnérables et soutien aux services d'urgence, prévention et gestion de crise<sup>77</sup>.

[141] Les mesures réparatrices s'ajoutent aux sommes disponibles en lien avec le Programme de soutien aux organismes communautaires (PSOC).

[142] Dans les circonstances, les mesures réparatrices font partie intégrante de la réparation.

[143] D'ailleurs, même si les Défendeurs demandent de réduire le pourcentage utilisé pour calculer les honoraires des avocats, ils ne contestent pas que le pourcentage doive s'appliquer au Fond afférent à la mesure réparatrice. Le FAAC ne s'est pas opposé non plus à ce que le pourcentage s'applique sur cette portion du règlement.

[144] Finalement, s'il est vrai qu'il faut parfois tenir compte du fait qu'un règlement comprend un paiement à des œuvres caritatives pour réduire le montant des honoraires, ici, les Avocats du Groupe ont déjà accepté de réduire leurs honoraires de 30 % à 20 %. Diminuer significativement à la fois le pourcentage et le montant auquel il s'applique constituerait une réduction redondante.

[145] Dans les circonstances, le Tribunal ne réduira pas davantage les honoraires pour tenir compte du fait qu'une partie du règlement est payé à titre de mesure réparatrice à des œuvres de charité.

### 3.2.7 L'application des honoraires au montant total du Fond afférent aux indemnités des Membres

[146] L'application des honoraires au montant total du Fond afférent aux indemnités des Membres est plus problématique.

[147] En effet, comme le soulignent les Défendeurs et le FAAC, le montant qui sera finalement distribué aux Membres demeure présentement inconnu.

---

<sup>77</sup> Par. 5.5 de l'Entente de règlement.

[148] Il peut varier significativement selon le nombre de Réclamations approuvées et le nombre de Journées additionnelles de garde préventive retenue.

[149] Or, le montant qui bénéficie directement aux Membres est un facteur crucial du résultat obtenu. Comme le souligne avec sagesse le juge Granosik :

[21] Quant au point principal en litige, soit la notion de « résultat obtenu », le demandeur souhaite faire totalement abstraction du résultat concret de la transaction dans la perspective du justiciable. Il plaide que cette notion se limite au jugement rendu et que les avocats du groupe, d'une part, auront rempli leur mandat en concluant une transaction avantageuse ou favorable et d'autre part, n'ont aucune façon d'influencer le taux de participation ou de recouvrement. Cet argument n'est pas convaincant. Tout d'abord, réduire le « résultat obtenu » uniquement à la valeur théorique de la transaction et du jugement qui en découle m'apparaît à la fois incorrect en droit et injuste. Le « résultat obtenu » devrait référer au succès de la partie et non seulement de ses avocats. À défaut, se limiter à l'interprétation prônée par le demandeur ne permettrait que d'accroître le cynisme ambiant au sujet des actions collectives et de la disproportion, souvent notée, entre les honoraires des avocats du groupe et les montants touchés réellement par les membres. Ensuite, la transaction peut justement prévoir les modalités qui favorisent et facilitent la participation de membres, ce qui se reflétera nécessairement dans le taux de recouvrement. Or, il ne sera possible de le constater qu'après l'exécution de la transaction. Enfin, les avocats du groupe peuvent jouer un rôle actif dans la recherche et l'identification des membres, aider et collaborer à formuler les réclamations, etc. En somme, il y a ainsi lieu de distinguer les conditions financières des conditions normatives de la transaction et rechercher le « résultat obtenu » dans ces deux aspects<sup>78</sup>.

[150] Les tribunaux ont d'ailleurs souvent reporté l'approbation d'une partie des honoraires pour avoir l'opportunité de tenir compte de ce « résultat obtenu » ainsi que des efforts effectués par les avocats du groupe pour assurer une plus grande indemnisation des membres<sup>79</sup>.

[151] C'est ce qui sera fait ici.

[152] Tant les Défendeurs et que les Avocats du Groupe ont exprimé des inquiétudes à l'effet qu'un report de la deuxième tranche d'honoraires pourrait retarder l'indemnisation des Membres.

<sup>78</sup> *MacDuff c. Vacances Sunwing inc.*, 2023 QCCS 4125, par. 21 (demande pour permission d'appeler accueillie; levée de la suspension des procédures quant au dossier n°500-09-030474-233 ordonnée, 2024 QCCA 61). Voir aussi *A/C Limited v. Fischer*, 2013 CSC 69, par. 24; *Lavier v. MyTravel Canada Holidays Inc.*, préc., note 67, par. 49 et 57; W. K. WINKLER, P. M. PERELL, J. KALAJDZIC et al., préc., note 67, p. 407.

<sup>79</sup> *E.L. c. Procureur général du Québec*, préc., note 71, par. 52; *Trudelle c. Ticketmaster Canada*, 2024 QCCS 1007, par. 10, 95 à 97 (jugement de clôture sous condition, 2024 QCCS 3853); *MacDuff c. Vacances Sunwing inc.*, 2023 QCCS 343, par. 39 à 41; *MacDuff c. Vacances Sunwing inc.*, préc., note 78, par. 21 à 25; *Daunais c. Honda Canada inc.*, 2022 QCCS 2485, par. 74 à 77; *Abicidan c. Ikea Canada*, préc., note 65, par. 62 à 66.

[153] Cette réserve est valable. Par ailleurs, nul besoin d'attendre le résultat final. S'il est vrai que l'indemnisation doit avoir lieu dans dix-neuf mois, la Date limite de réclamation expire dans huit mois. Une demande pour obtenir une deuxième tranche pourra être présentée entre ces deux dates sans affecter significativement la distribution. À ce moment-là, le Tribunal aura sans doute plus d'informations pour mieux estimer le nombre de Réclamations acceptées.

[154] Le Tribunal ne retient pas la suggestion du FAAC de mettre de côté une réserve. En effet, dans le cas présent, l'atteinte du seuil de 3 600 000 \$ pour le Fonds afférent à l'indemnisation des Membres serait considérée comme un facteur positif qui ne devrait pas donner lieu à une réduction des honoraires.

### 3.2.8 Conclusion

[155] Le Tribunal approuve une première tranche d'honoraires de 1 200 000 \$ plus taxes, ce qui représente approximativement 20 % de la mesure réparatrice de 4,4 millions \$ (880 000 \$) plus 20% de 1 600 000 \$ (320 000 \$).

[156] Les Avocats du Groupe pourront présenter une demande pour obtenir une deuxième tranche d'honoraires entre la Date limite de réclamation et la date prévue pour la fin du processus d'analyse de l'Administrateur des réclamations s'ils estiment qu'une indemnisation additionnelle serait appropriée.

## 4. **Les demandes pour obtenir l'accès à des dossiers judiciaires et pour autoriser la communication de renseignements confidentiels aux fins de la mise en œuvre de l'Entente de règlement**

[157] Les Parties ont déposé des demandes conjointes pour obtenir l'accès à des dossiers judiciaires et pour autoriser la communication de renseignements confidentiels aux fins de la mise en œuvre de l'Entente de règlement.

[158] Ces demandes sont bien fondées.

[159] L'Entente de règlement prévoit un processus d'analyse des réclamations individuelles, notamment sur la base des dossiers judiciaires afin de déterminer l'admissibilité et, le cas échéant, la durée de la garde préventive admissible à une compensation.

[160] L'obtention de ces dossiers judiciaires de garde en établissement est nécessaire pour déterminer si une autorisation judiciaire intervient pendant la période de garde. Cette information peut affecter la durée de la période de garde préventive du Membre admissible à une compensation.

[161] L'article 16 C.p.c. permet au Tribunal d'autoriser l'accès aux dossiers dont l'accès est restreint incluant les dossiers en matière de garde en établissement.

[162] Une telle permission peut être accordée lorsque l'objectif est dans l'intérêt des personnes que la loi vise à protéger<sup>80</sup>.

[163] Dans le cas présent, l'accès est requis pour assurer que les Membres puissent profiter des bénéfices que leur accorde l'Entente de règlement.

[164] Il est donc dans l'intérêt de la justice que l'ordonnance sollicitée soit rendue.

[165] Toutes les Parties consentent à la demande.

[166] Il en va de même de la demande visant à autoriser la communication de renseignements personnels.

[167] On demande qu'il soit permis aux Défendeurs de communiquer à l'Administrateur des réclamations la liste des personnes visées par la description du Groupe, tel qu'autorisé, et de préciser ceux qui auraient signé une quittance et transaction individuelle.

[168] Préalablement ou parallèlement au présent recours, certaines personnes visées par la description du Groupe ont été indemnisées par l'un ou l'autre des Défendeurs (les « **Personnes indemnisées individuellement** »). En contrepartie, ces personnes ont parfois signé des quittances.

[169] La section 6 du formulaire de réclamation, annexe E de l'Entente de règlement, prévoit qu'aucune compensation ne sera versée pour une garde ayant déjà fait l'objet d'une compensation financière. Cette disposition vise à prévenir une double indemnisation.

[170] Aux fins de la mise en œuvre de l'Entente de règlement, l'Administrateur des réclamations doit connaître l'identité des Personnes indemnisées individuellement.

[171] Or, l'article 5 de la *Loi sur les renseignements de santé et de services sociaux*<sup>81</sup> (la « **LRSSS** ») prévoit que l'identité des Personnes indemnisées individuellement est un renseignement confidentiel.

[172] L'article 11 de la LRSSS permet cependant au Tribunal d'ordonner la communication de tels renseignements.

[173] Encore une fois, la communication de ces renseignements est dans l'intérêt de la justice et des personnes que la loi vise à protéger.

[174] Tant l'Administrateur des réclamations que le Réviseur des réclamations ont signé des engagements de confidentialité qui permettent de protéger l'information obtenue.

<sup>80</sup> *Action Autonomie le collectif pour la défense des droits en santé mentale de Montréal*, 2022 QCCQ 6580.

<sup>81</sup> *Loi sur les renseignements de santé et de services sociaux*, RLRQ, c. R-22.1, art. 5.

[175] La demande est présentée conjointement par l'ensemble des Parties.

[176] Les demandes seront accordées.

## **CONCLUSION**

[177] L'Entente de règlement est juste et dans l'intérêt des Membres.

[178] Le Tribunal approuve la nomination de l'Administrateur et du Réviseur des réclamations.

[179] Le Tribunal approuve une première tranche d'honoraires de 1 200 000 \$ plus taxes.

[180] Les ordonnances demandées pour faciliter l'exécution de l'Entente de règlement sont accordées.

## **POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :**

[181] **AUTORISE** la modification de consentement des parties des articles 5.3 (4) l) iii et 5.3 (4) n), 5.3 (4) c) et 6 (4) de l'Entente de règlement ainsi que de l'Annexe M;

[182] **APPROUVE** l'Entente de règlement telle que modifiée (pièce R-1.1) dans son intégralité;

[183] **DÉCLARE** que la date de clôture du Groupe sera la date du présent jugement;

[184] **DÉCLARE** que l'Entente de règlement est raisonnable, équitable, appropriée et dans l'intérêt des Membres du Groupe;

[185] **DÉCLARE** que l'Entente de règlement constitue une transaction au sens de l'article 2631 du *Code civil du Québec*, liant toutes les Parties et tous les Membres du Groupe sauf ceux qui s'en seront exclus dans le délai imparti soit dans les trente jours suivant la publication de l'Avis combiné;

[186] **ORDONNE** que les sommes correspondantes au Fonds afférent à l'indemnisation des Membres, au Fonds afférent à la mesure réparatrice et au Fonds afférent aux frais d'administration soient versées dans le compte en fidéicommis de Proactio pour fins de paiement des honoraires des avocats de la Demanderesse, des frais d'administration et des sommes payables aux Membres du Groupe conformément aux décisions de l'Administrateur sur leur réclamation;

[187] **DÉCLARE** qu'en contrepartie des engagements contenus à l'Entente de règlement, la Demanderesse et la Personne désignée donnent personnellement et au nom de tous les Membres du Groupe, incluant les Membres qui ne déposeront pas de réclamations et ceux dont les réclamations seront rejetées par l'Administrateur des réclamations, ainsi que de leurs successeurs, héritiers et ayant-droits, une quittance complète, finale et

définitive aux Défendeurs et au Mis en cause ainsi qu'à leurs dirigeants, officiers, administrateurs, employés, agents, ayants droit et assureurs, y incluant SigmaSanté et la Direction des assurances du réseau de la santé et des services sociaux pour toute réclamation, action, cause d'action, demande, actuelle, présente ou potentielle, qui pourrait exister ou qui existe en date des présentes, et, sans limiter la généralité de ce qui précède, de toute réclamation, action, cause d'action, demande, reliée directement ou indirectement aux faits et causes d'actions allégués dans l'Instance pour la Période du règlement;

[188] **ORDONNE** le recouvrement collectif des réclamations des Membres;

[189] **NOMME** Proactio, filiale de Raymond Chabot inc., comme Administrateur des Réclamations pour la mise en œuvre de l'Entente de règlement, investi des pouvoirs, devoirs et obligations prévues à l'Entente de règlement, y compris ses annexes;

[190] **PREND ACTE** de l'engagement de confidentialité signé par l'Administrateur des réclamations;

[191] **ORDONNE** à l'Administrateur des réclamations, en son nom et au nom de ses administrateurs, dirigeants, préposés, employés, mandataires de même que toute autre personne qu'il pourrait s'adoindre à l'occasion des services qui seront offerts pour la gestion du processus de réclamation de se conformer à l'engagement de confidentialité signée par Proactio;

[192] **NOMME** l'honorable David L. Cameron, juge de la Cour du Québec à la retraite, à titre de Réviseur des réclamations des Membres, investi des pouvoirs, devoirs et obligations prévues à l'Entente de règlement, y compris ses annexes;

[193] **FIXE** la rémunération du Réviseur des réclamations à 500 \$ l'heure;

[194] **PREND ACTE** de l'engagement de confidentialité signé par le Réviseur des réclamations;

[195] **ORDONNE** au Réviseur des réclamations, de même que toute autre personne qu'il pourrait s'adoindre à l'occasion de son mandat de se conformer à l'engagement de confidentialité signée par le Réviseur des réclamations;

[196] **CONFIE** au MSSS la responsabilité de mettre en œuvre la mesure réparatrice, conformément à la clause 5.5 (3) de l'Entente de règlement et de rendre compte de la distribution du Fonds afférent à la mesure réparatrice;

[197] **DÉCLARE** que les décisions rendues par l'Administrateur des réclamations (sujet à toute révision prévue à l'entente de règlement), le Réviseur des réclamations et le MSSS conformément au mécanisme prévu dans l'Entente de règlement sont finales et sans appel;

[198] **RÉSERVE** au Fonds d'aide aux actions collectives le droit de prélever sur tout reliquat éventuel, suivant l'application de la clause 5.1 (7) de l'Entente de règlement, le pourcentage prévu par le *Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide aux actions collectives*<sup>82</sup>;

[199] **DÉCLARE** que le Tribunal demeurera saisi du dossier pour toute question pouvant être soulevée par les Parties ou l'Administrateur des réclamations relativement à la mise en œuvre de l'Entente de règlement, et ce, jusqu'à ce qu'il ait rendu un jugement de clôture;

[200] **AUTORISE** l'Administrateur des réclamations à avoir accès aux dossiers judiciaires des Membres présentant une réclamation, par la réception d'une copie de ces dossiers;

[201] **AUTORISE** les Défendeurs à communiquer à l'Administrateur des réclamations la liste des personnes qui sont visées par la description du Groupe, tel qu'autorisé, qui ont formulé une réclamation dans le cadre de la présente action collective et qui ont signé une quittance et transaction individuelle et, si requis, à transmettre copie des quittances et transactions individuelles;

[202] **APPROUVE** une première tranche d'honoraires des Avocats du Groupe de 1 200 000 \$, taxes en sus;

[203] **APPROUVE** le remboursement des déboursés taxables de la Demanderesse de 3 337,41 \$, taxes en sus, et du déboursé non taxable de 2 086 \$;

[204] **AUTORISE** le remboursement aux Avocats du Groupe, à même le Fonds afférent aux frais d'administration, des frais de publication de l'Avis combiné, soit un montant de 8 968,85 \$, taxes en sus;

[205] **ORDONNE** à Proactio d'acquitter les honoraires et déboursés susmentionnés à même le Fonds afférent à l'indemnisation des Membres, le Fonds afférent à la mesure réparatrice et le Fonds afférent aux frais d'administration sur présentation d'une facture des Avocats du Groupe à cet effet;

[206] **ORDONNE** à l'Administrateur des réclamations de transmettre un rapport détaillé d'administration au Tribunal et au Fonds d'aide aux actions collectives, indiquant notamment, le montant des honoraires et débours versés aux Avocats du Groupe, le montant des frais d'avis et des frais d'administration, le solde du Fonds afférent à l'indemnisation des Membres après distribution, le solde du Fonds afférent aux frais d'administration après une deuxième distribution, le cas échéant, le nombre et la valeur des chèques non encaissés, le reliquat, s'il en subsiste, le montant qui sera prélevé pour le Fonds d'aide aux actions collectives, le montant du solde du reliquat qui sera versé au Fonds Accès Justice, et ce, conformément aux articles 59 et 60 du *Règlement de la Cour*

---

<sup>82</sup> *Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide aux actions collectives*, R.L.R.Q., c. R-2.1, r.2.

*supérieure du Québec en matière civile*<sup>83</sup> ainsi que le montant qui sera remis aux Défendeurs, s'il en subsiste;

[207] **ORDONNE** au ministère de la Santé et des Services sociaux de rendre compte auprès du Tribunal de la distribution du Fonds afférent à la mesure réparatrice;

[208] **ORDONNE** aux Parties et aux Membres du Groupe de se conformer à l'Entente de règlement;

[209] **LE TOUT** sans frais de justice.

---

MARTIN F. SHEEHAN J.C.S.

M<sup>e</sup> Patrick Martin-Ménard

M<sup>e</sup> Brigitte Antoine

M<sup>e</sup> Jean-Pierre Ménard

**MENARD, MARTIN AVOCATS**

Avocats de la demanderesse et de la personne désignée

M<sup>e</sup> Maude Sirois

M<sup>e</sup> Marie-Nancy Paquet

**LAVERY, DE BILLY S.E.N.C.R.L.**

Avocates des défendeurs

M<sup>e</sup> Thi Hong Lien Trinh

**BERNARD, ROY (JUSTICE-QUÉBEC)**

Avocate du mis en cause Le procureur général du Québec

M<sup>e</sup> Ryan Mayele

**FONDS D'AIDE AUX ACTIONS COLLECTIVES**

Avocat du mis en cause Fonds d'aide aux actions collectives

Date d'audience : 22 octobre 2024

---

<sup>83</sup> *Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile*, RLRQ, c. 25.01, r. 0.2.1.

## COUR SUPÉRIEURE

CANADA  
PROVINCE DE QUÉBEC  
DISTRICT DE GATINEAU

N° : 550-17-010873-196

DATE : 9 juillet 2019

---

**SOUS LA PRÉSIDENCE DE : L'HONORABLE PIERRE ISABELLE, J.C.S.**

---

**MARCEL RICARD**

Partie demanderesse,  
C.

**HÔPITAL DE HULL et CISSSO DE L'OUTAOUAIS**

**-et-**

**Dr. CLAUDE LEVESQUE**

Parties défenderesses.

---

### **JUGEMENT**

---

[1] Dans le cadre d'une demande introductory d'instance en dommages amendée intentée contre un médecin spécialiste de Gatineau, l'Hôpital de Hull et le CISSSO de l'Outaouais suite à une faute médicale ayant occasionné le décès de Philippe Ricard, le père du demandeur, celui-ci par avis de gestion demande au tribunal d'ordonner la communication complète et intégrale du dossier médical de la personne dont le décès a donné lieu à une action en responsabilité civile, pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2012 à ce jour.

[2] L'ordonnance recherchée ne concerne pas uniquement les défenderesses, mais également l'Hôpital Civic d'Ottawa, le Centre Hospitalier Pontiac, l'Hôpital de Gatineau, le Dr Luc Coté, le Dr Isabelle Martin, la Pharmacie Julie Jones et finalement la RAMQ.

[3] La demande est vivement contestée par les défenderesses au motif que la Loi sur les Services de Santé et les Services Sociaux (*LRQ. c.S-4-2.*) (ci-après *LSSSS*<sup>1</sup>) exige le respect intégral à la confidentialité des renseignements d'un dossier médical dans le respect de la vie privée de toute personne.

[4] Les défenderesses soutiennent que le demandeur, lequel a renoncé à la succession testamentaire de son père, ne peut obtenir en vertu des articles 19 et 23 de cette loi, le dossier médical de feu Philippe Ricard décédé le 24 janvier 2017, car il ne se qualifie pas en vertu des exceptions mentionnées à la *LSSSS*.

[5] Selon les défenderesses, Marcel Ricard ne peut exiger d'autres documents que les renseignements relatifs à la cause du décès conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 23 de la *LSSSS*, ce qu'il a déjà reçu suite à l'introduction de son action en dommages.

## **LE CONTEXTE**

[6] Le 24 janvier 2017, Philippe Ricard est admis à l'hôpital de Hull pour une angioplastie coronarienne. L'opération est pratiquée par le cardiologue Claude Levesque

[7] Philippe Ricard décède des suites de cette intervention chirurgicale le même jour.

[8] Il laisse dans le deuil ses trois enfants : Sylvie Ricard Steward, Louise et Marcel Ricard qu'il nomme ses légataires universels en vertu d'un testament du 12 novembre 2013 et d'un codicille du 8 août 2016.

[9] Le 25 mai 2017 par acte notarié, les héritiers renoncent à la succession testamentaire de leur père.

[10] Le 11 février 2019, Marcel Ricard intente la présente action en dommages alléguant que le décès de son père est le résultat d'une série de fautes ou d'omissions commises par les défenderesses et en particulier par le Dr Claude Lévesque à qui il reproche d'avoir négligé de prendre en considération l'état du patient, son historique médicale et sa condition avant de procéder à l'opération.

[11] Marcel Ricard soutient que les défenderesses ont omis de prendre en considération avant l'opération la prise d'aspirine du patient ce qui a provoqué une hémorragie et causé son décès lors de l'intervention chirurgicale.

[12] Dans le but de prouver les faits allégués à la requête introductory d'instance du demandeur en dommages amendée, Marcel Ricard désire obtenir le dossier médical de son père à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012 à ce jour.

---

<sup>1</sup> Chapitre S-4.2, LSSSS

[13] Il est utile de préciser que lors de l'audience, Marcel Ricard abandonne sa demande d'obtenir des informations médicales des organismes, médecins, pharmaciens visés par son avis de gestion. Aucune demande préliminaire ne leur a été communiquée et la présente demande ne leur est pas signifiée.

[14] Ainsi la présente décision ne concerne que les défenderesses.

## **L'ANALYSE**

[15] Les avocates de l'Hôpital de Hull et du CISSSO contestent la présente demande au motif que la LSSSS interdit à ses organismes de remettre au demandeur une copie du dossier médical de feu Philippe Ricard car cette loi priorise le droit à la confidentialité et à la vie privée de toute personne, sauf quelques exceptions.

[16] L'article 19 de la LSSSS confirme le principe de la confidentialité des informations médicales d'un usager. En voici le texte :

Le dossier d'un usager est confidentiel et nul ne peut y avoir accès, si ce n'est avec le consentement de l'usager ou de la personne pouvant donner un consentement en son nom. Un renseignement contenu au dossier d'un usager peut toutefois être communiqué sans son consentement:

1° sur l'ordre d'un tribunal ou d'un coroner dans l'exercice de ses fonctions;

2° à la demande du commissaire local aux plaintes et à la qualité des services en vertu de l'article 36, d'un médecin examinateur en vertu du troisième alinéa de l'article 47, d'un comité de révision visé à l'article 51 ou de l'un de ses membres en vertu du deuxième alinéa de l'article 55, d'un commissaire régional aux plaintes et à la qualité des services en vertu de l'article 69, d'un conseil des médecins, dentistes et pharmaciens ou d'un expert externe à l'établissement auquel ce conseil a recours en vertu du deuxième alinéa de l'article 214;

3° à la demande d'une personne qu'une agence désigne pour faire une inspection en vertu du deuxième alinéa de l'article 413.2 ou à la demande d'une agence ou d'une personne que celle-ci désigne pour faire une enquête en vertu du deuxième alinéa de l'article 414;

4° au ministre en vertu de l'article 433, pour l'exercice de ses fonctions prévues à l'article 431;

5° à une personne autorisée à faire une inspection en vertu du deuxième alinéa de l'article 489 ou de l'article 489.1;

6° à une personne désignée par le gouvernement en vertu du deuxième alinéa de l'article 500 et chargée d'enquêter sur une matière visée au premier alinéa de cet article;

7° dans les cas et pour les finalités prévus aux articles 19.0.1, 19.0.2, 19.0.3, 19.2 et 27.1, au septième alinéa de l'article 78, au deuxième alinéa de l'article 78.1, au quatrième alinéa de l'article 107.1, au cinquième alinéa de l'article 108, au deuxième alinéa de l'article 185.1, à l'article 204.1, au quatrième alinéa de l'article 349.3 et aux articles 520.3.0.1 et 520.3.1;

8° à la demande, en vertu de l'article 77, de tout comité de révision visé à l'article 41 de la Loi sur l'assurance maladie ou d'une personne ou d'un comité visé à l'article 192 du Code des professions, lorsque la communication du renseignement est nécessaire pour l'accomplissement de leurs fonctions;

9° dans le cas où le renseignement est communiqué pour l'application de la Loi sur la santé publique ;

10° dans les cas et pour les finalités prévues aux articles 8 et 9 de la Loi visant à favoriser la protection des personnes à l'égard d'une activité impliquant des armes à feu ;

11° à toute personne ou tout organisme lorsque ce renseignement est détenu par un établissement qui exploite un centre de protection de l'enfance et de la jeunesse ou un centre de réadaptation et qu'il est nécessaire pour l'application de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents (L.C. 2002, c. 1), pour la réadaptation ou la réinsertion sociale de cet usager ou en vue d'assurer la protection du public;

12° dans le cas où le renseignement est communiqué pour l'application de la Loi sur l'Institut national d'excellence en santé et en services sociaux ;

13° dans le cas où le renseignement est communiqué pour l'application de la Loi concernant le partage de certains renseignements de santé ;

14° dans le cas où le renseignement est communiqué pour l'application de la Loi concernant les soins de fin de vie ;

15° dans les cas et pour les finalités prévus au deuxième alinéa de l'article 41.2 de la Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée ;

16° dans les cas et pour les finalités prévues au paragraphe 7 de l'article 10 de la Loi sur l'assurance-hospitalisation ;

17° à une personne autorisée à faire une inspection ou une enquête en vertu de l'article 19.1 ou de l'article 20 de la Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec ;

18° dans les cas et pour les finalités prévues au paragraphe 1.1 de l'article 18 de la Loi sur l'assurance maladie ;

19° à un établissement qui exploite un centre de protection de l'enfance et de la jeunesse ou au ministre de la Santé et des Services sociaux, suivant l'article

71.3.16 ou 71.15.4 de la Loi sur la protection de la jeunesse, lorsque le renseignement est nécessaire à la confirmation du statut d'adopté d'une personne ou à l'identification ou la localisation d'un adopté ou d'un parent d'origine.

[17] L'article 23 de la *LSSSS* énonce les exceptions permettant aux défenderesses de communiquer des renseignements personnels d'un usager à certaines catégories de personnes.

[18] L'article 23 précise ce qui suit :

Les héritiers, les légataires particuliers et les représentants légaux d'un usager décédé ont le droit de recevoir communication de renseignements contenus dans son dossier dans la mesure où cette communication est nécessaire à l'exercice de leurs droits à ce titre. Il en est de même de la personne ayant droit au paiement d'une prestation en vertu d'une police d'assurance sur la vie de l'usager ou d'un régime de retraite de l'usager.

Le conjoint, les ascendants ou les descendants directs d'un usager décédé ont le droit de recevoir communication des renseignements relatifs à la cause de son décès, à moins que l'usager décédé n'ait consigné par écrit à son dossier son refus d'accorder ce droit d'accès.

Le titulaire de l'autorité parentale a le droit de recevoir communication des renseignements contenus au dossier d'un usager âgé de moins de 14 ans même si celui-ci est décédé. Ce droit d'accès ne s'étend toutefois pas aux renseignements de nature psychosociale.

Malgré le deuxième alinéa, les personnes liées par le sang à un usager décédé ont le droit de recevoir communication de renseignements contenus dans son dossier dans la mesure où cette communication est nécessaire pour vérifier l'existence d'une maladie génétique ou d'une maladie à caractère familial.

[19] Le droit d'obtenir copie d'un dossier médical survit au décès d'un usager sauf s'il y a expressément renoncé avant son décès<sup>2</sup>.

[20] Pour les défenderesses, Marcel Ricard ne bénéficie pas des exceptions de l'article 23 puisqu'il n'est ni héritier, ni légataire particulier, ni représentant légal d'un usager décédé car Marcel Ricard a renoncé à son titre d'héritier de son père dans le cadre du règlement de la succession.

[21] Le recours intenté par Marcel Ricard est donc un recours personnel en dommages, lequel ne bénéficie pas des exceptions prévues à la *LSSSS* pour permettre aux défenderesses la communication des renseignements personnels de l'usager.

[22] C'est pour cette raison que les défenderesses ont transmis à Marcel Ricard, à titre de descendant direct d'un usager décédé, les renseignements relatifs à la cause du

---

<sup>2</sup> *Frenette c. Métropolitaine (La), compagnie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647

décès de son père conformément au paragraphe 2 de l'article 23 de la *LSSSS*. Feu Philippe Ricard n'ayant pas consigné par écrit dans son dossier son refus d'accorder ce droit d'accès. Pour les défenderesses, c'est le seul document auquel a droit le demandeur.

[23] Cet argument est intéressant mais ne convainc pas le tribunal d'intervenir dans la présente demande.

[24] D'abord contrairement à ce que prétend les défenderesses, le premier paragraphe de l'article 19 de la *LSSSS* permet au tribunal, dans certaines circonstances, d'autoriser la communication d'informations privilégiées ou confidentielles à un réclamant.

[25] Dans les arrêts *Blaikie c. Commission des Valeurs Mobilières du Québec*<sup>3</sup> et *Champagne c. Scotia Mc Loed Inc.*, la Cour d'appel précise que la Cour supérieure n'est pas soumise à la protection accordée par certaines lois d'organismes publics mais que dans la mesure du possible, celle-ci doit respecter le cadre administratif imposé par ces lois à la protection des informations personnelles et confidentielles d'un usager ou d'un contribuable.

[26] C'est sans doute pour cette raison que la *LSSSS* précise qu'un tribunal peut ordonner toute communication d'informations privilégiées indépendamment de la loi à laquelle l'organisme est soumis.

[27] De plus la Cour supérieure, tribunal de droit commun, détient en vertu des règles du Code de procédure civile des pouvoirs d'administration de la preuve lui permettant de rendre toute ordonnance visant la communication de documents ou d'éléments de preuve en possession d'une partie ou d'un tiers.

[28] Les articles 245 et 251 CPC prévoient d'ailleurs d'une façon particulière le pouvoir d'ordonner la communication du dossier médical d'une personne décédée suite à un acte médical lorsqu'une faute est alléguée.

[29] L'article 245 CPC précise que le tribunal peut ordonner à l'établissement de santé et de services sociaux qui détient le dossier d'une personne dont le décès a donné lieu à une demande fondée sur la responsabilité civile, de communiquer le dossier à une partie et de la laisser prendre copie des renseignements pertinents à la preuve. Il est utile de noter que cet article ne limite pas la communication des informations recherchées aux héritiers, mais à toute personne ayant subi un préjudice donnant lieu au litige.

[30] Le professeur Léo Ducharme<sup>4</sup> explique d'ailleurs, en faisant référence à l'article 400 CPC remplacé par l'article 245 CPC, que la communication du dossier hospitalier

<sup>3</sup> C.A., [1990] R.D.J. 473

<sup>4</sup> L'administration de la preuve, 3<sup>e</sup> édition, Léo Ducharme

de la personne dont le décès a donné lieu à une action en responsabilité civile est prévue par la loi.

[31] L'article 251 CPC permet également au tribunal d'ordonner à une partie ou à un tiers de communiquer à la partie adverse ou aux parties un élément matériel de preuve dont il est en possession.

[32] Le droit conféré par cet article se limite à prendre connaissance et à obtenir copie d'un dossier hospitalier préalablement à l'enquête. Il ne confère pas le droit de le produire en preuve<sup>5</sup>.

[33] Toute ordonnance de communication du dossier hospitalier d'une personne ou d'autres éléments de preuve doit par contre répondre aux critères de la pertinence et de la nécessité.

[34] Selon le demandeur, le dossier médical de feu Philippe Ricard contient des informations pertinentes et nécessaires à la démonstration du bien-fondé des faits allégués à la demande introductory d'instance en dommages et en particulier, à la démonstration des fautes et des omissions survenues dans le cadre des traitements prodiguis par les défenderesses à feu Philippe Ricard.

[35] Le tribunal est d'opinion qu'à ce stade des procédures, il est essentiel de permettre au demandeur la communication du dossier hospitalier de son père dans le but de présenter au procès une preuve pleine et entière des faits allégués à la procédure introductory d'instance.

[36] Par contre puisque l'article 245 CPC permet au tribunal de rendre uniquement des ordonnances concernant des établissements de santé et de services sociaux, le Dr Claude Levesque ne peut être contraint de divulguer des informations confidentielles sur l'état de santé de son patient.

[37] D'ailleurs la preuve démontre que le Dr Claude Levesque a remis à l'hôpital de Hull et au CISSSO de l'Outaouais toutes les informations médicales concernant l'angioplastie coronarienne pratiquée sur la personne de Philippe Ricard le 24 janvier 2017. En raison de sa relation contractuelle avec les défenderesses, il ne détient aucune information concernant son patient et il ne peut être contraint à communiquer les documents dont il n'est pas en possession.

[38] **POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :**

[39] **ACCUEILLE** en partie la présente demande;

---

<sup>5</sup> L... c. Robert, C.S., [1969] R.P. 41

[40] **ORDONNE** à l'Hôpital de Hull et au CISSSO de communiquer à Marcel Ricard le dossier médical de feu Philippe Ricard, du 1er janvier 2017 à ce jour, et de le laisser prendre copies des renseignements pertinents à la preuve;

[41] **REJETTE** la demande à l'égard du Dr Claude Levesque;

[42] **LE TOUT AVEC FRAIS DE JUSTICE.**

---

**PIERRE ISABELLE, J.C.S.**

**M<sup>e</sup> LAURA ANN WEIR**  
Procureur de la demanderesse

**M<sup>e</sup> VÉRONIQUE IEZZONI**  
**Me MARIE-ÉLAINE GOULET-MONTEFORTE**  
**Me ÉLISABETH BROUSSEAU**  
**Me CATHÉRINE BÉLANGER PAQUET**  
Procureurs des défendeurs

Date d'audience : le 27 mai 2019

**Metropolitan Life Insurance Company** *Appellant*

*v.*

**Raymond Frenette** *Respondent*

and

**Hôpital Jean-Talon** *Mis en cause*

INDEXED AS: FRENETTE *v.* METROPOLITAN LIFE INSURANCE CO.

File No.: 21765.

1991: November 6; 1992: March 12.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Civil procedure — Production of documents — Medical records — Form signed by insured at time of life insurance application authorizing insurer to have access to his medical records "for purposes of risk assessment and loss analysis" — Insurer investigating cause of insured's death — Hospital refusing insurer access to insured's medical records — Application of art. 402 C.C.P. — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9 — Act Respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 7, 8.*

*Insurance — Life insurance — Interpretation of contract — Insurer's right of access to insured's medical records — Form signed by insured at time of life insurance application authorizing insurer to have access to his medical records "for purposes of risk assessment and loss analysis" — Insurer investigating cause of insured's death — Whether insured waived right to confidentiality of medical records — If so, whether hospital should give insurer unrestricted access to insured's medical records — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9 — Act Respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 7, 8.*

*Hospitals — Medical records — Confidentiality — Form signed by insured at time of life insurance appli-*

**La Métropolitaine, compagnie d'assurance-vie** *Appelante*

*c.*

**Raymond Frenette** *Intimé*

et

**Hôpital Jean-Talon** *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: FRENETTE *c.* MÉTROPOLITAINE (LA), CIE D'ASSURANCE-VIE

*c* Nº du greffe: 21765.

1991: 6 novembre; 1992: 12 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Procédure civile — Production de documents — Dossiers médicaux — Signature par l'assuré, au moment de la proposition d'assurance-vie, d'une formule permettant à l'assureur d'avoir accès à ses dossiers médicaux «aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres» — Enquête de l'assureur sur la cause du décès de l'assuré — Refus de l'hôpital de donner à l'assureur accès aux dossiers médicaux de l'assuré — Application de l'art. 402 C.p.c. — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9 — Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 7, 8.*

*Assurance — Assurance-vie — Interprétation du contrat — Droit d'accès de l'assureur aux dossiers médicaux de l'assuré — Signature par l'assuré, au moment de la proposition d'assurance-vie, d'une formule permettant à l'assureur d'avoir accès à ses dossiers médicaux «aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres» — Enquête de l'assureur sur la cause du décès de l'assuré — L'assuré a-t-il renoncé à son droit à la confidentialité de ses dossiers médicaux? — Dans l'affirmative, l'hôpital devrait-il donner à l'assureur un accès illimité aux dossiers médicaux de l'assuré? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9 — Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 7, 8.*

*Hôpitaux — Dossiers médicaux — Confidentialité — Signature par l'assuré, au moment de la proposition*

cation authorizing insurer to have access to his medical records "for purposes of risk assessment and loss analysis" — Insurer investigating cause of insured's death — Whether hospital should give insurer access to insured's medical records — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9 — Act Respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 7, 8.

The appellant insurer issued a policy on the life of the respondent's son in 1983. Under the policy, on the death of the insured a basic indemnity of \$10,000 was to be paid to the respondent—the beneficiary of the policy. A rider also provided a supplementary indemnity for accidental death; death resulting from suicide and death from a fatal reaction to unprescribed drugs were expressly excluded risks. At the time he applied for the policy, the insured signed a standard form authorizing the insurer to have access to his medical records "for the purposes of risk assessment and loss analysis". In July 1986, the insured's body was found in a river. The autopsy revealed that the probable cause of death was asphyxiation as a result of drowning but, given the advanced state of decomposition of the insured's body, no chemical tests were performed on the insured's tissues to detect traces of alcohol or toxins. The insurer paid the basic indemnity but refused to pay the supplementary indemnity for accidental death, claiming that the drowning was not accidental but a suicide. These beliefs were based on information gathered from the medical records the insurer had been able to obtain during its investigation. These records indicated that, two days before his disappearance, the insured had been rushed to the emergency ward of the *mis en cause* hospital possibly for a drug overdose. The respondent took action for the recovery of the supplementary indemnity and refused to authorize the insurer to review the insured's medical records. Despite the insured's 1983 authorization, the hospital also refused to release the medical records. As a result, the insurer brought a motion under arts. 20, 400 and 402 C.C.P. seeking an order compelling the hospital to allow it to examine the entire medical records of the insured. The Court of Quebec dismissed the motion, holding that neither the waiver of the right to non-disclosure of medical information contained in the policy nor the provisions of the *Code of Civil Procedure* gave the insurer a right of access to the medical records of its insured for the purpose of its investigation into the circumstances sur-

d'assurance-vie, d'une formule permettant à l'assureur d'avoir accès à ses dossiers médicaux «aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres» — Enquête de l'assureur sur la cause du décès de l'assuré — L'hôpital devrait-il donner à l'assureur accès aux dossiers médicaux de l'assuré? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9 — Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 7, 8.

*b* L'assureur appelant a émis une police d'assurance-vie au fils de l'intimé en 1983. Selon cette police, en cas de décès de l'assuré, une indemnité de base de 10 000 \$ devait être payée à l'intimé—le bénéficiaire de la police. Un avenant prévoyait aussi le paiement d'une indemnité additionnelle en cas de décès accidentel; le décès résultant d'un suicide ou d'une réaction mortelle à une drogue non prescrite constituaient des risques expressément exclus. Au moment où il a soumis sa proposition d'assurance, l'assuré a signé une formule standard permettant à l'assureur d'avoir accès à ses dossiers médicaux «aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres». En juillet 1986, le corps de l'assuré a été retrouvé dans une rivière. L'autopsie a révélé que l'asphyxie par noyade était la cause probable du décès, mais en raison de l'état de décomposition avancée du corps de l'assuré, on n'a pu effectuer aucun test chimique sur ses tissus aux fins de déceler des traces d'alcool ou de toxines. L'assureur a versé l'indemnité de base, mais a refusé de payer l'indemnité additionnelle prévue en cas de décès accidentel, pour le motif que la noyade n'était pas accidentelle, mais constituait un suicide. Ces soupçons étaient fondés sur les renseignements que l'assureur avait recueillis en consultant les dossiers médicaux qu'il avait été en mesure d'obtenir dans le cadre de son enquête. Ces dossiers indiquaient que, deux jours avant sa disparition, l'assuré avait été amené à l'urgence de l'hôpital mis en cause probablement pour une surdose de drogues. L'intimé a intenté une action en recouvrement de l'indemnité additionnelle et a refusé de permettre à l'assureur d'examiner les dossiers médicaux de l'assuré. Malgré l'autorisation signée par l'assuré en 1983, l'hôpital a également refusé de divulguer les dossiers médicaux. L'assureur a alors déposé une requête fondée sur les art. 20, 400 et 402 C.p.c. en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à l'hôpital de lui permettre d'examiner les dossiers médicaux complets de l'assuré. La Cour du Québec a rejeté la requête pour le motif que ni la renonciation au droit à la non-communication des renseignements médicaux contenue dans la police d'assurance ni les dispositions du *Code de procédure civile* ne donnent à l'assureur un droit d'accès aux dossiers médicaux de son assuré aux fins d'une enquête sur les

rounding his death. The majority of the Court of Appeal affirmed the judgment.

*Held:* The appeal should be allowed.

The authorization signed by the insured in the policy constituted a waiver of his right to the secrecy and confidentiality of his medical and hospital records both for the present and for the future. The terms "for the purposes of risk assessment and loss analysis" in the medical release are unambiguous and do not require interpretation. In choosing to employ the two different terms, "risk" and "loss", the parties unequivocally intended the waiver to apply to two distinct time frames in the life of an insurance policy: (1) the initial investigation required for the formation of the insurance contract; and (2) the investigation which becomes necessary to study the claim of a beneficiary to the supplementary indemnity for accidental death. This conclusion is supported by the ordinary meaning of the words as well as by the meaning given to them by the provisions of the *Civil Code* in its section on insurance.

A patient's right to the confidentiality of his medical records is a relative right which he may waive without restriction as to scope or time. Various legislative provisions, including s. 9 of the *Charter of Human Rights and Freedoms* and ss. 7 and 8 of *An Act Respecting Health Services and Social Services*, permit access to medical records in certain circumstances. One such case is where a beneficiary has given his consent to the release of his hospital records. Where a clear waiver has been given by the holder of the right to confidentiality, the question of the right to privacy in s. 5 of the Quebec *Charter* is no longer in issue since the holder of the right has, of his own accord, put aside his privacy under the terms and conditions set by him. Once an express or implied authorization has been found, health care facilities must release the information according to the terms of the authorization. In the present case, the hospital was not justified in denying the insurer access to the insured's medical records. The authorization signed by the insured at the time he applied for life insurance clearly gave his insurer an unrestricted right of access to his medical records "for the purposes of risk assessment and loss analysis". No restriction as to the scope of information contained in the records was mentioned by the insured. Thus, the insurer was entitled to have access to the insured's complete medical records provided these records were needed for the purpose stated in the authorization.

circonstances de son décès. La Cour d'appel à la majorité a confirmé ce jugement.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

L'assuré, en signant l'autorisation contenue dans la police d'assurance, a renoncé à son droit au secret professionnel et à la confidentialité de ses dossiers médicaux et hospitaliers, tant pour le présent que pour l'avenir. Les termes «aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres», qui figurent dans la formule d'autorisation médicale, sont clairs et nets et n'ont pas besoin d'être interprétés. Les parties, en décidant d'employer les deux termes «risques» et «sinistres» ont clairement voulu que la renonciation vise deux moments distincts dans la vie d'une police d'assurance: (1) l'enquête initiale requise pour établir le contrat d'assurance, et (2) l'enquête qui s'avère nécessaire pour examiner la réclamation, par un bénéficiaire, de l'indemnité additionnelle en cas de décès accidentel. Cette conclusion se fonde sur le sens ordinaire de ces termes ainsi que sur le sens que leur donnent les dispositions du *Code civil* en matière d'assurance.

Le droit du patient à la confidentialité de ses dossiers médicaux est un droit relatif auquel il peut renoncer sans réserve quant à la portée et au moment de cette renonciation. Diverses dispositions législatives, dont l'art. 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et les art. 7 et 8 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, permettent l'accès aux dossiers médicaux dans certaines circonstances. Un de ces cas est celui du bénéficiaire qui a consenti à la divulgation de ses dossiers hospitaliers. Si le titulaire du droit à la confidentialité a renoncé clairement à ce droit, la question du droit au respect de la vie privée, garanti à l'art. 5 de la *Charte québécoise*, ne se pose plus car le titulaire du droit a, de son propre chef, renoncé au respect de sa vie privée aux conditions qu'il a lui-même fixées. Lorsqu'on conclut à l'existence d'une autorisation expresse ou implicite, l'établissement de santé doit divulguer les renseignements conformément aux termes de l'autorisation. En l'espèce, l'hôpital n'était pas justifié de refuser à l'assureur l'accès aux dossiers médicaux de l'assuré. L'assuré a signé, au moment de la proposition d'assurance-vie, une autorisation qui donne clairement à l'assureur un droit d'accès illimité à ses dossiers médicaux «aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres». L'assuré n'a imposé aucune restriction quant à l'étendue des renseignements figurant dans son dossier. En conséquence, l'assureur avait un droit d'accès aux dossiers complets de l'assuré pourvu qu'ils soient nécessaires aux fins mentionnées dans l'autorisation.

Where a health care establishment refuses to release the records requested despite a valid express or implied authorization, or a legislative provision allowing such access, a party may request an order of the court, based on art. 402 *C.C.P.*, compelling the establishment to release such records. In the face of a clear express or implied authorization from the holder of the right of confidentiality, the courts have no discretion and must order the establishment to respect the terms of the authorization. Given the insured's authorization in this case, the court had no discretion but to grant the insurer's request for access to the insured's complete medical records "for the purposes of risk assessment and loss analysis".

However, even if there had been no waiver of the right to confidentiality, or had the authorization not been applicable to the investigation into the cause of death of the insured, the insurer was still entitled, under art. 402 *C.C.P.*, to have access to the insured's complete medical records. Presented with such a motion under these circumstances, a court must exercise its discretion to grant access to medical records according to the degree of relevance and importance of the information sought relative to the issue between the parties. In exercising that discretion, a court must weigh the diverse interests in conflict — the interests of justice against the right of privacy and confidentiality of an individual. Here, the cause of the insured's death is the central issue of the case. Access to the information sought becomes inextricably linked to the ability to prepare a full defence. Moreover, these records provide the best evidence or pertain most directly to the cause of the insured's death. As for the scope of access, the complete records of the insured held by the hospital are relevant and should be given to the insurer. Access to the insured's complete medical records would not constitute an unjustified intrusion into his private life. These records covered only a brief period of the insured's life. The nature of the claim puts into question a whole series of events which may have led to the questionable cause of death and renders these medical records crucial to the issue being litigated. In these circumstances, access to these records surely does not constitute a fishing expedition.

Si un établissement de santé refuse de divulguer les dossiers demandés malgré l'existence d'une autorisation expresse ou implicite valide ou d'une disposition législative autorisant cet accès, une partie peut demander aux tribunaux de rendre, conformément à l'art. 402 *C.p.c.*, une ordonnance enjoignant à l'établissement de santé de divulguer ces dossiers. S'il existe clairement une autorisation expresse ou implicite de la part du titulaire du droit à la confidentialité, les tribunaux ne possèdent aucun pouvoir discrétionnaire et ils doivent ordonner à l'établissement de santé de respecter les termes de l'autorisation. Compte tenu de l'autorisation de l'assuré en l'espèce, le tribunal n'avait d'autre alternative que de faire droit à la demande d'accès de l'assureur aux dossiers médicaux complets de l'assuré «aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres».

Toutefois, même s'il n'y avait pas eu de renonciation au droit à la confidentialité ou même si l'autorisation n'avait pas été applicable à l'enquête sur la cause du décès de l'assuré, l'assureur avait toujours, en vertu de l'art. 402 *C.p.c.*, un droit d'accès aux dossiers médicaux complets de l'assuré. Saisi d'une telle requête dans ces circonstances, un tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire de donner accès aux dossiers médicaux, en fonction du degré de pertinence et de l'importance des renseignements sollicités par rapport à la question en litige. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, le tribunal doit soupeser les divers intérêts qui s'opposent — les intérêts de la justice au regard du droit d'une personne au respect de sa vie privée et à la confidentialité. En l'espèce, la cause du décès de l'assuré constitue la question centrale du litige. L'accès aux renseignements sollicités devient inextricablement lié à la capacité de préparer une défense pleine et entière. De plus, ces dossiers apportent la meilleure preuve et se rapportent le plus directement à la cause du décès de l'assuré. En ce qui concerne la portée de la communication, les dossiers complets de l'assuré en la possession de l'hôpital sont pertinents et il y a lieu de les remettre à l'assureur. L'accès aux dossiers médicaux complets de l'assuré ne constituerait pas une intrusion injustifiée dans sa vie privée. Ces dossiers ne visent qu'une brève période de la vie de l'assuré. La nature de la réclamation met en question toute une série d'événements qui peuvent avoir entraîné la cause suspecte du décès de l'assuré et fait des dossiers médicaux un élément crucial pour trancher la question en litige. Dans ces circonstances, l'accès à ces dossiers ne constitue sûrement pas une expédition de pêche.

## Cases Cited

**Referred to:** *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 Q.B. 55; *Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 S.C.R. 995; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Beischel v. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1991), 82 Alta. L.R. (2d) 103; *Boivin v. Mutuelle d'Omaha (La), Cie d'assurance*, Sup. Ct. Roberval, No. 155-05-000065-897, February 22, 1990, unreported; *Trempe v. Dow Chemical of Canada Ltd.*, [1980] C.A. 571; *Cordeau v. Cordeau*, [1984] R.D.J. 201; *Paillé v. Lorcon Inc.*, [1986] R.D.J. 278; *Rousseau (Succession de) v. Groupe Desjardins (Le), Assurances générales*, [1989] R.J.Q. 785; *Société centrale d'hypothèque et de logement v. Pagé*, [1977] C.A. 560; *Audet v. Hôtel-Dieu de Salaberry de Valleyfield*, [1974] R.P. 236; *Lindsay v. Henri Laflamme Inc.*, J.E. 89-760; *Rothpan v. 123870 Canada Inc.*, J.E. 89-1111; *Coffey v. Tran*, J.E. 91-223; *Goulet v. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085; *Taxi Newman Lafleur v. Cie d'assurances Provinces-Unies*, [1991] R.R.A. 411; *Impériale (L'), Cie d'assurance-vie v. Succession de Roy*, [1990] R.J.Q. 2468; *Robitaille v. Cie d'assurance C.N.A.*, J.E. 79-565; *Laprise v. Bonneau*, [1985] C.A. 9; *Hay v. University of Alberta Hospital* (1990), 69 D.L.R. (4th) 755; *Cook v. Ip* (1985), 52 O.R. 289; *Furlano v. Calarco* (1987), 60 O.R. (2d) 451; *Tamssot v. Belgrano* (1987), 59 O.R. (2d) 57; *Dufault v. Stevens* (1978), 6 B.C.L.R. 199; *Halliday v. McCulloch* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 194.

## Statutes and Regulations Cited

*Act Respecting Health Services and Social Services*, R.S.Q., c. S-5, ss. 1(a), 7, 8.  
*British Columbia Supreme Court Rules*, r. 26(11).  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9, 52, 53.  
*Civil Code of Lower Canada*, arts. 1019, 1056, 1204, 2468, 2499, 2528.  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, arts. 2, 20, 399, 399.1, 400, 402.  
*Medical Act*, R.S.Q., c. M-9, s. 42.  
*Ontario Rules of Civil Procedure*, r. 30.10.

## Authors Cited

Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre)*, t. 1. Sherbrooke: Éditions SEM Inc., 1989.

## Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 Q.B. 55; *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Beischel c. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1991), 82 Alta. L.R. (2d) 103; *Boivin c. Mutuelle d'Omaha (La), Cie d'assurance*, C.S. Roberval, no 155-05-000065-897, 22 février 1990, inédit; *Trempe c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, [1980] C.A. 571; *Cordeau c. Cordeau*, [1984] R.D.J. 201; *Paillé c. Lorcon Inc.*, [1986] R.D.J. 278; *Rousseau (Succession de) c. Groupe Desjardins (Le), Assurances générales*, [1989] R.J.Q. 785; *Société centrale d'hypothèque et de logement c. Pagé*, [1977] C.A. 560; *Audet c. Hôtel-Dieu de Salaberry de Valleyfield*, [1974] R.P. 236; *Lindsay c. Henri Laflamme Inc.*, J.E. 89-760; *Rothpan c. 123870 Canada Inc.*, J.E. 89-1111; *Coffey c. Tran*, J.E. 91-223; *Goulet c. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085; *Taxi Newman Lafleur c. Cie d'assurances Provinces-Unies*, [1991] R.R.A. 411; *Impériale (L'), Cie d'assurance-vie c. Succession de Roy*, [1990] R.J.Q. 2468; *Robitaille c. Cie d'assurance C.N.A.*, J.E. 79-565; *Laprise c. Bonneau*, [1985] C.A. 9; *Hay c. University of Alberta Hospital* (1990), 69 D.L.R. (4th) 755; *Cook c. Ip* (1985), 52 O.R. 289; *Furlano c. Calarco* (1987), 60 O.R. (2d) 451; *Tamssot c. Belgrano* (1987), 59 O.R. (2d) 57; *Dufault c. Stevens* (1978), 6 B.C.L.R. 199; *Halliday c. McCulloch* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 194.

## Lois et règlements cités

*British Columbia Supreme Court Rules*, règle 26(11).  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9, 52, 53.  
*Code civil du Bas-Canada*, art. 1019, 1056, 1204, 2468, 2499, 2528.  
*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 2, 20, 399, 399.1, 400, 402.  
*Loi médicale*, L.R.Q., ch. M-9, art. 42.  
*Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-5, art. 1a), 7, 8.  
*Règles de procédure civile de l'Ontario*, règle 30.10.

## Doctrine citée

Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre)*, t. 1. Sherbrooke: Éditions SEM Inc., 1989.

- Bernardot, Alain et Robert P. Kouri. *La responsabilité civile médicale*. Sherbrooke: Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1980.
- Birds, John. *Modern Insurance Law*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1988.
- Ducharme, Léo. "Le secret médical et l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne" (1984), 44 *R. du B.* 955.
- Knoppers, Bartha. "Confidentiality and Accessibility of Medical Information: A Comparative Analysis" b (1982), 12 *R.D.U.S.* 395.
- Lajoie, Andrée, Patrick A. Molinari et Jean-Marie Auby. *Traité de droit de la santé et des services sociaux*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1981.
- McLachlin, Beverley M. and James P. Taylor. *British Columbia Practice*, vol. 1, 2nd ed. Vancouver: Butterworths, 1991 (loose-leaf).
- Molot, Henry L. "Non-Disclosure of Evidence, Adverse Inferences and the Court's Search for Truth" (1971), 10 *Alta. L. Rev.* 45.
- Morissette, Yves-Marie et Daniel W. Shuman. "Le secret professionnel au Québec: une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve" (1984), 25 *C. de D.* 501.
- Norwood, David. *Life Insurance Law in Canada*. Toronto: Richard de Boo Ltd., 1977.
- Quebec. Legislative Assembly of Quebec. *Bill 20: Code of Civil Procedure*. Québec: Queen's Printer, 1965.
- Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*. Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1987.
- Solus, Henry et Roger Perrot. *Droit judiciaire privé*, t. 1. Paris: Sirey, 1961.
- Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.
- Watt, Alastair M. "Le secret professionnel" (1945), 5 R. du B. 189.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.
- APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 62, 34 Q.A.C. 143, affirming a judgment of the Court of Quebec. Appeal allowed.
- Marzia Frascadore and Marc-André Blanchard, for the appellant.
- Jacques Marquis, for the respondent.
- Bernardot, Alain et Robert P. Kouri. *La responsabilité civile médicale*. Sherbrooke: Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1980.
- Birds, John. *Modern Insurance Law*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1988.
- Ducharme, Léo. «Le secret médical et l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne» (1984), 44 *R. du B.* 955.
- Knoppers, Bartha. «Confidentiality and Accessibility of Medical Information: A Comparative Analysis» (1982), 12 *R.D.U.S.* 395.
- Lajoie, Andrée, Patrick A. Molinari et Jean-Marie Auby. *Traité de droit de la santé et des services sociaux*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1981.
- McLachlin, Beverley M. and James P. Taylor. *British Columbia Practice*, vol. 1, 2nd ed. Vancouver: Butterworths, 1991 (loose-leaf).
- Molot, Henry L. «Non-Disclosure of Evidence, Adverse Inferences and the Court's Search for Truth» (1971), 10 *Alta. L. Rev.* 45.
- Morissette, Yves-Marie et Daniel W. Shuman. «Le secret professionnel au Québec: une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve» (1984), 25 *C. de D.* 501.
- Norwood, David. *Life Insurance Law in Canada*. Toronto: Richard de Boo Ltd., 1977.
- Québec. Assemblée législative du Québec. *Bill 20: Code de procédure civile*. Québec: Imprimeur de la Reine, 1965.
- Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*. Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1987.
- Solus, Henry et Roger Perrot. *Droit judiciaire privé*, t. 1. Paris: Sirey, 1961.
- Sopinka, John et Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.
- Watt, Alastair M. «Le secret professionnel» (1945), 5 R. du B. 189.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1990] R.J.Q. 62, 34 Q.A.C. 143, qui a confirmé un jugement de la Cour du Québec. Pourvoi accueilli.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal raises the question of the right of access of life insurance companies to the hospital records of an insured in the course of an investigation into the validity of a claim for indemnity, in this instance, a supplementary indemnity for accidental death. The resolution of this issue rests upon the wording of the insurance contract, particularly the authorization, signed by the insured, to release medical information, interpreted in the context of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (the “Charter”), and the procedural scheme embodied in the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25.

#### Facts

The appellant insurance company issued an insurance policy on the life of Patrick Frenette, the respondent's son, on November 10, 1983. According to the terms of the policy, on the death of the insured a basic indemnity of \$10,000 was to be paid to the beneficiary of the policy. Where the cause of death was accidental, a rider incorporated into the policy provided a supplementary indemnity equal to or double the amount of the basic indemnity. A number of exclusions contained in the rider, however, limited entitlement to this supplementary indemnity; in particular, death resulting from suicide and death from a fatal reaction to unprescribed drugs were expressly excluded risks. At the time he applied for the insurance policy on October 27, 1983, the insured signed a standard form authorizing the appellant insurer to have access to his medical records “[a]ux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres” ([TRANSLATION] “[f]or the purposes of risk assessment and loss analysis”).

The insured was last seen alive by his mother on July 25, 1986. His body was found by a fisherman in Rivière des Prairies on July 29, 1986. In the coroner's estimation, the body may have been in the water for about five to seven days. An autopsy revealed that the probable cause of death was asphyxiation as a result of drowning. However, given the advanced state of decomposition of the

Le jugement de la Cour a été rendu par

LÈ JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Ce pourvoi soulève la question du droit d'accès des compagnies d'assurance-vie aux dossiers hospitaliers d'un assuré, dans le cadre d'une enquête sur la validité d'une réclamation d'indemnité, en l'espèce, une indemnité additionnelle en cas de décès accidentel. La solution du litige repose sur le libellé du contrat d'assurance et notamment de l'autorisation, signée par l'assuré, d'obtenir communication de ses dossiers médicaux, interprétés dans le contexte de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12 (la «*Charte*»), et du régime procédural prévu dans le *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25.

#### Les faits

La compagnie d'assurances appelante a émis une police d'assurance-vie à Patrick Frenette, le fils de l'intimé, le 10 novembre 1983. Selon les modalités de cette police, en cas de décès de l'assuré, une indemnité de base de 10 000 \$ devait être payée au bénéficiaire de la police. En cas de décès accidentel, un avenant contenu dans la police prévoyait le paiement d'une indemnité additionnelle égale à l'indemnité de base ou au double de celle-ci. Toutefois, l'avenant contenait un certain nombre de risques exclus limitant le droit à cette indemnité additionnelle, parmi lesquels le décès résultant d'un suicide ou d'une réaction mortelle à une drogue non prescrite. Au moment où il a soumis sa proposition d'assurance le 27 octobre 1983, l'assuré a signé une formule standard permettant à l'assureur appelant d'avoir accès à ses dossiers médicaux «[a]ux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres».

La mère de l'assuré l'a vu vivant pour la dernière fois le 25 juillet 1986. Un pêcheur a retrouvé son corps dans la rivière des Prairies le 29 juillet 1986. Selon le coroner, le corps pouvait avoir séjourné dans l'eau pendant cinq à sept jours. Une autopsie a révélé que l'asphyxie par noyade était la cause probable du décès. Toutefois, compte tenu de l'état de décomposition avancée du corps de l'as-

insured's body, no chemical test could be performed on the tissues of the insured to detect traces of alcohol or toxins.

Upon receiving the claim filed by the respondent—the policy's beneficiary—the appellant paid the sum of \$10,000, the basic indemnity under the policy. It refused, however, to pay the supplementary indemnity for accidental death, claiming that the drowning was not accidental but was actually a deliberate act on the part of the insured, i.e., a suicide. The respondent took action on April 22, 1987 in the Provincial Court, district of Montreal (now the Court of Quebec, Civil Division) for the recovery of the supplementary indemnity. In its defence, the appellant insurer reiterated its claim of suicide, and alleged, furthermore, that the insured had a history of chronic alcohol and drug abuse and, at various times in the past (in one instance, by an ingestion of sulphuric acid in 1985), had attempted to commit suicide.

These beliefs or suspicions were based on information the appellant insurer had gathered from the medical records it had been able to obtain during the course of its investigation into the cause of death of the insured. In fact, records of July 24, 1986—the eve of his disappearance—indicated that the insured had been rushed to the emergency ward of the *mis en cause*, Hôpital Jean-Talon, on the previous day, possibly for a drug overdose after having ingested about 25-30 Halcion pills together with other drugs. In these circumstances, the appellant asked the respondent, the beneficiary of the insurance policy, to sign an authorization allowing it to review the entire medical record of the insured. The respondent refused. The appellant then presented the original authorization signed by the insured on October 27, 1983 to the hospital requesting the release of the insured's medical records. The hospital also refused, citing hospital practices which prohibited release of medical records except where such original authorizations were signed by the beneficiary of the services within 90 days of the request.

As a result, the appellant brought a motion under arts. 20, 400 and 402 of the Quebec *Code of*

suré, on n'a pu effectuer aucun test chimique sur ses tissus aux fins de déceler des traces d'alcool ou de toxines.

Sur réception de la réclamation de l'intimé, bénéficiaire de la police, l'appelante a versé la somme de 10 000 \$, l'indemnité de base prévue dans la police. Elle a toutefois refusé de payer l'indemnité additionnelle prévue en cas de décès accidentel, pour le motif que la noyade n'était pas accidentelle, mais constituait en fait un acte délibéré de la part de l'assuré, soit un suicide. L'intimé intentait, le 22 avril 1987, devant la Cour provinciale du district de Montréal (maintenant la Cour du Québec, Chambre civile) une action en recouvrement de l'indemnité additionnelle. Dans sa défense, l'assureur appelant a réitéré qu'il s'agissait d'un suicide et a soutenu que l'assuré avait des antécédents de consommation chronique abusive d'alcool et de drogues et qu'à diverses reprises dans le passé (dans un cas, par ingestion d'acide sulfurique en 1985), il avait tenté de se suicider.

Ces soupçons étaient fondés sur les renseignements que l'assureur appelant avait recueillis en consultant les dossiers médicaux qu'il avait été en mesure d'obtenir dans le cadre de son enquête sur la cause du décès de l'assuré. En fait, d'après le dossier du 24 juillet 1986, la veille de sa disparition, l'assuré avait été amené à l'urgence de l'Hôpital Jean-Talon, mis en cause, le jour précédent, probablement pour une surdose de drogues, car il avait avalé environ 25 à 30 comprimés d'Halcion ainsi que d'autres drogues. Dans ces circonstances, l'appelante a demandé à l'intimé, bénéficiaire de la police d'assurance, de signer une formule l'autorisant à examiner le dossier médical complet de l'assuré. L'intimé a refusé. L'appelante a alors présenté à l'hôpital l'autorisation initiale signée par l'assuré le 27 octobre 1983, afin d'obtenir communication des dossiers médicaux de l'assuré. L'hôpital a aussi refusé, invoquant ses pratiques internes qui ne l'autorisaient pas à divulguer les dossiers médicaux, sauf dans les cas où l'autorisation initiale du bénéficiaire des services avait été signée dans les 90 jours de la demande.

L'appelante a alors déposé une requête fondée sur les art. 20, 400 et 402 du *Code de procédure*

*Civil Procedure*, seeking an order compelling the *mis en cause* hospital to allow it to examine and make copies of the entire medical records of the insured, as well as an order against the Régie de l'assurance-maladie du Québec to release the list of doctors who had treated the insured in the past. (In the Court of Appeal as before us, the second demand was abandoned.) The appellant alleged that the denial of access to the hospital records of its insured would greatly impair its ability to prepare a full and complete defence. Specifically, paragraphs 8 and 9 of its motion read:

[TRANSLATION] 8. It is in the interests of the defendant-applicant to be able to examine the complete medical records of Patrick Frenette, and for the *mis-en-cause* to allow it to make copies thereof;

9. Without an order of this Court, the defendant-applicant will be unable to exercise its right to make full answer and defence;

The Court of Quebec (Civil Division) held that neither the waiver of the right to non-disclosure of medical information contained in the insurance contract nor the provisions of the Quebec *Code of Civil Procedure* gave the appellant a right of access to the medical records of its insured for the purpose of its investigation into the circumstances surrounding his death. Consequently, it dismissed the motion. On November 15, 1989, a majority of the Court of Appeal, Malouf J.A. dissenting, dismissed the appellant's appeal: [1990] R.J.Q. 62, 34 Q.A.C. 143.

### Judgments

#### *Court of Quebec (Civil Division)*

With respect to the written authorization given by the insured to the appellant, the judge concluded that because it was signed prior to the issuing of the policy, it could not apply to medical consultations past that date:

[TRANSLATION] One thing is certain in this regard: the authorization signed by the deceased cannot be taken into account. It is prior to the issuing of the policy and cannot cover subsequent medical consultations.

civile du Québec en vue d'obtenir, d'une part, une ordonnance enjoignant à l'hôpital mis en cause de lui permettre d'examiner et de faire des copies des dossiers médicaux complets de l'assuré et, d'autre part, une ordonnance enjoignant à la Régie de l'assurance-maladie du Québec de lui remettre la liste des médecins qui avaient traité l'assuré dans le passé. (La deuxième demande a été abandonnée en Cour d'appel ainsi que devant notre Cour.) L'appelante soutient que le refus de lui donner accès aux dossiers hospitaliers de son assuré compromettait grandement sa capacité de préparer une défense pleine et entière. Plus particulièrement, les paragraphes 8 et 9 de sa requête se lisent ainsi:

8. Il est dans l'intérêt de la défenderesse-requérante qu'elle puisse prendre communication des dossiers médicaux complets de Patrick Frenette, et que les *mis-en-cause* lui en laissent prendre copie;

9. Sans un ordre de cette Cour, la défenderesse-requérante sera dans l'impossibilité d'exercer son droit à une défense pleine et entière;

La Cour du Québec (Chambre civile) a statué que ni la renonciation au droit à la non-communication des renseignements médicaux contenue dans le contrat d'assurance ni les dispositions du *Code de procédure civile* du Québec ne donnent à l'appelante un droit d'accès aux dossiers médicaux de son assuré aux fins d'une enquête sur les circonstances de son décès. En conséquence, elle a rejeté la requête. Le 15 novembre 1989, la Cour d'appel à la majorité, le juge Malouf étant dissident, a rejeté l'appel de l'appelante: [1990] R.J.Q. 62, 34 Q.A.C. 143.

### Les jugements

#### *La Cour du Québec (Chambre civile)*

En ce qui concerne l'autorisation écrite donnée par l'assuré à l'appelante, le juge a conclu que, parce qu'elle avait été signée avant l'émission de la police, elle n'était pas valable pour des consultations médicales ultérieures:

Une chose est certaine à cet égard: l'autorisation signée par le défunt ne saurait entrer en ligne de compte. Elle est antérieure à l'émission de la police et ne peut valoir pour des consultations médicales subséquentes.

The judge also held that the *Code of Civil Procedure* could not be of help to the appellant since art. 400 C.C.P. is directly concerned with the communication of medical records and applies only in the two following situations. First, where the records sought are those of a person whose "examination has been authorized" under arts. 399 and 399.1; the insured being deceased, in this instance, the first hypothesis had to be excluded. Second, where a civil liability action has been instituted under art. 1056 of the *Civil Code of Lower Canada* (the "Civil Code") by the relatives of the deceased; clearly such was not the case either. Furthermore, the scope of art. 400 could not be extended by interpretation beyond these two situations as this would encroach upon the right to medical secrecy provided for in s. 42 of the *Medical Act*, R.S.Q., c. M-9, and the right to the confidentiality of hospital records guaranteed by s. 7 of *An Act Respecting Health Services and Social Services*, R.S.Q., c. S-5, two rights whose fundamental nature are recognized by the *Charter* in ss. 9, 52 and 53.

Finally, regarding arts. 20 and 402 C.C.P., the trial judge said:

[TRANSLATION] The defendant's reliance on arts. 20 and 402 C.C.P. is also in vain. The former assumes a "right" for which the Code provides no method of exercise: here the ambient legislation denies the alleged right. Article 402 is a general rule, older than art. 400, to which the latter deliberately creates an exception. Accordingly, the maxim *generalia specialibus non derogant* means that it cannot be applied to the medical record held by a hospital.

*Court of Appeal*, [1990] R.J.Q. 62

Baudouin J.A., for the majority, conceded that the authorization signed by the insured in the insurance policy constituted a waiver of his right to the secrecy and confidentiality of his medical and hospital records. However, in his view, the contractual waiver could be interpreted in two ways (at p. 65):

[TRANSLATION] According to the first interpretation, this is a pre-existing general waiver of professional secrecy which gives the insurer the right at the time of death, which may occur several years after the policy was

Le juge a aussi statué que le *Code de procédure civile* ne pouvait venir en aide à l'appelante puisque l'art. 400 C.p.c. traite spécifiquement de la communication de dossiers médicaux et ne s'applique que dans les deux cas suivants: premièrement, lorsque les dossiers requis sont ceux d'une personne «dont l'examen a été autorisé» en vertu des art. 399 et 399.1: puisque l'assuré est décédé en l'espèce, cette première hypothèse est exclue; deuxièmement, là où une action en responsabilité civile a été intentée, en vertu de l'art. 1056 du *Code civil du Bas-Canada* (le «*Code civil*»), par les parents du défunt; là encore, ce n'est évidemment pas la situation qui prévaut en l'espèce. De plus, interpréter l'art. 400 pour en étendre la portée au delà de ces deux cas empiéterait sur le droit au secret professionnel du médecin protégé par l'art. 42 de la *Loi médicale*, L.R.Q., ch. M-9, et sur le droit à la confidentialité des dossiers hospitaliers garanti par l'art. 7 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-5, deux droits dont la *Charte* reconnaît la nature fondamentale aux art. 9, 52 et 53.

Enfin, en ce qui concerne les art. 20 et 402 C.p.c., le juge de première instance affirme:

C'est en vain que la défenderesse invoque en outre les art. 20 et 402 C.p.c. Le premier suppose un «droit» pour lequel le Code ne prévoit pas de mode d'exercice; ici la législation ambiante dénie le droit prétendu. Quant à l'art. 402, il constitue une règle générale plus ancienne que l'art. 400 et à laquelle celui-ci fait délibérément exception. Dès lors la maxime *generalia specialibus non derogant* interdit de l'appliquer au dossier médical détenu par une institution hospitalière.

*La Cour d'appel*, [1990] R.J.Q. 62

Le juge Baudouin a reconnu, au nom de la majorité, que l'assuré, en signant l'autorisation contenue dans la police d'assurance, a renoncé à son droit au secret professionnel et à la confidentialité de ses dossiers médicaux et hospitaliers. Toutefois, à son avis, cette renonciation contractuelle peut s'interpréter de deux façons (à la p. 65):

Selon la première, il s'agit d'une renonciation en bloc et anticipée au secret professionnel qui donnerait donc à l'assureur le droit, au moment du décès, pouvant surveiller plusieurs années après l'émission de la police, de

issued, to examine all medical and hospital records that may have been prepared on its insured during his lifetime. According to the second interpretation, accepted by the trial judge, this clause on the contrary has a limited effect. The waiver, signed before the policy was issued, cannot be applied to medical consultations subsequent to the policy being issued. The words "*loss analysis*" should thus be understood as applying to losses already existing at the time of the proposal, which could accordingly affect the insurer's decision to agree or refuse to enter into the contract. [Italics in original.]

Concluding that the waiver was ambiguous, Baudouin J.A. applied the *contra proferentem* rule. He also questioned whether one could validly give an absolute or unlimited waiver of one's right to the secrecy of one's medical records—both for the present and future—in view of the fundamental nature of the right to professional secrecy recognized by s. 9 of the *Charter*. In his opinion, any waiver of such a fundamental right, when possible, must be [TRANSLATION] "limited, specific and particularized" (p. 65).

With regard to the arguments as to process put forward by the appellant, Baudouin J.A. agreed with the Court of Quebec that such a request for medical records could not be granted under art. 400 *C.C.P.* since that article only contemplated the two distinct situations set out by the trial judge, neither of which were applicable in this instance. After reviewing the jurisprudence regarding art. 402 *C.C.P.*, however, he expressed the view that the court had discretion to order the communication of medical records under that provision provided that the preconditions set out in art. 402 *C.C.P.* were respected. When dealing with medical records in the possession of physicians and hospitals, according to Baudouin J.A., the application of art. 402 *C.C.P.* is limited by two *Charter* provisions: s. 9—the right to non-disclosure of confidential information—and s. 5—the right to privacy. Consequently, two criteria must be weighed when considering the communication of medical records: first, the relevance of the documents sought with regard to the issues between the parties and, second, the protection of the confidentiality of medical records. The latter, being a relative

prendre connaissance de tous les dossiers médicaux et hospitaliers que son assuré a pu voir constituer à son sujet de son vivant. Selon la seconde interprétation retenue par le juge de première instance, cette clause aurait au contraire un effet limité. Signée avant l'émission de la police, la renonciation ne pourrait valoir pour les consultations médicales postérieures à l'émission de la police. Les termes «*à l'étude des sinistres*» devraient donc se comprendre comme touchant les sinistres déjà existant au moment de la proposition et qui pouvaient donc avoir une influence sur la décision de l'assureur d'accepter ou de refuser de contracter. [En italique dans l'original.]

Ayant conclu que cette renonciation était ambiguë, le juge Baudouin a appliqué la règle *contra proferentem*. Il a aussi mis en doute la légalité d'une renonciation absolue ou illimitée—tant pour le présent que pour l'avenir—au droit au secret de ses dossiers médicaux, compte tenu de la nature fondamentale du droit reconnu par l'art. 9 de la *Charte*. À son avis, toute renonciation à un tel droit fondamental, lorsqu'elle est possible, doit être «limitée, spécifique et particularisée» (p. 65).

Quant aux arguments invoqués par l'appelante au sujet de la procédure, le juge Baudouin est d'accord avec la Cour du Québec qu'il n'était pas possible d'accéder à la demande de communication de dossiers médicaux en vertu de l'art. 400 *C.p.c.*, parce que cet article ne vise que les deux situations mentionnées par le juge de première instance et que ni l'une ni l'autre ne se retrouve en l'espèce. Cependant, après analyse de la jurisprudence relative à l'art. 402 *C.p.c.*, il estime que le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la communication de dossiers médicaux en vertu de cette disposition, à condition que les conditions préalables énoncées à l'art. 402 *C.p.c.* aient été remplies. Dans le cas des dossiers médicaux détenus par des médecins et des hôpitaux, le juge Baudouin est d'avis que l'application de l'art. 402 *C.p.c.* est limitée par deux dispositions de la *Charte*: l'art. 9 qui garantit le droit à la non-divulgation de renseignements confidentiels, et l'art. 5 qui garantit le droit au respect de la vie privée. En conséquence, le droit d'obtenir communication de dossiers médicaux doit être apprécié en fonction de deux critères: le premier touche la pertinence des docu-

right, may be waived either expressly or implicitly by the holder of that right. Baudouin J.A. stated that, while the jurisprudence had correctly held that an implicit waiver exists where the patient himself makes his physical or mental integrity a central issue—such as in a medical malpractice case—in the case at bar, a waiver of the right of non-disclosure of all medical information could not be inferred from the authorization signed by the insured. To effect such a renunciation, in Baudouin J.A.'s opinion, the renunciation must be [TRANSLATION] "clear, precise and limited" (p. 67). In this instance, not only was there no such renunciation, the order being sought by the appellant was much too broad. The scope of the information sought by the appellant was also, in his opinion, in clear violation of the insured's right to privacy guaranteed by s. 5 of the *Charter* and tantamount to a "fishing expedition". Consequently, he dismissed the appeal.

ments demandés par rapport aux questions en litige et le deuxième, la protection de la confidentialité des dossiers médicaux. Cette protection est un droit relatif puisque le titulaire du droit peut y renoncer expressément ou implicitement. Le juge Baudouin remarque qu'alors que la jurisprudence a conclu, à juste titre, à l'existence d'une renonciation tacite lorsque le patient lui-même fait de son intégrité physique ou mentale—comme dans le cas d'une réclamation en responsabilité médicale—la question centrale, l'autorisation signée par l'assuré ne permettait toutefois pas ici de conclure qu'il avait renoncé à son droit à la non-divulgation de tout son dossier médical. Pour ce faire, il aurait fallu, de l'avis du juge Baudouin, une renonciation «claire, précise et limitée» (p. 67). En l'espèce, non seulement il n'y a pas eu pareille renonciation, mais encore l'ordonnance sollicitée par l'appelante était beaucoup trop générale. Il a estimé que l'ampleur des renseignements demandés par l'appelante allait nettement à l'encontre du droit de l'assuré au respect de sa vie privée que lui garantit l'art. 5 de la *Charte*, et équivalait à une «expédition de pêche». En conséquence, il a rejeté l'appel.

In concurring reasons, Gendreau J.A. was generally in agreement with Baudouin J.A. with respect to the interpretation of art. 402 C.C.P. He too ruled that medical records could be considered a document within the meaning of art. 402 provided they met the conditions set out in that provision. However, in his view, the order sought by the appellant in this case failed to meet these conditions and constituted a "fishing expedition". Accordingly, he observed at p. 73:

Dans des motifs concordants, le juge Gendreau s'est dit généralement d'accord avec le juge Baudouin relativement à l'interprétation de l'art. 402 C.p.c. Il a, lui aussi, conclu que les dossiers médicaux pouvaient être considérés comme un document au sens de l'art. 402 pourvu que les conditions énoncées dans cet article soient respectées. Toutefois, il s'est dit d'avis que l'ordonnance ici sollicitée par l'appelante ne satisfaisait pas à ces conditions et constituait une «expédition de pêche». Il a ainsi fait remarquer, à la p. 73:

[TRANSLATION] In short, though art. 402 C.P. may authorize access to documents held by third parties, it is not a blanket authorization to obtain communication of documents, especially when their secrecy is protected by law (ss. 7 and 8, *An Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-5, and *Medical Act*, s. 42, R.S.Q., c. M-9). In my opinion the appellant has not shown in the case at bar that it was entitled to the conclusion sought because, first, the complete medical record of its insured is a document relating to the issues within the meaning given to that expression by this

En somme, l'article 402 C.P., s'il permet l'accès à des documents détenus par des tiers, n'autorise pas à obtenir communication de n'importe quel document et, plus encore, lorsque leur secret est protégé par la loi (art. 7 et 8 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. ch. S-5, et art. 42 de la *Loi médicale*, L.R.Q. ch. M-9). À mon avis, l'appelante n'a pas démontré, en l'espèce, qu'elle avait droit à la conclusion recherchée parce que, d'une part, le dossier médical complet de son assuré est un document se rapportant au litige au sens où cette expression fut définie par cette

Court, and second, he was entitled to have the confidentiality provisions enacted by the legislature overridden.

The contractual waiver signed by the insured, in his view, should receive restrictive interpretation as it was part of an adhesion contract (*contrat d'adhésion*) and involved privileged information whose confidentiality is expressly protected by legislation (the *Medical Act*, *An Act Respecting Health Services and Social Services* and the *Charter*). Using Baudouin J.A.'s words, Gendreau J.A. agreed that a valid renunciation of this privilege must be [TRANSLATION] "clear, express and limited" (p. 74). Unlike Baudouin J.A., however, Gendreau J.A. found the terms "loss analysis" not to be ambiguous; to him the "loss" in question clearly referred to the death of the insured. However, in his view, such an authorization must be limited in its scope (at p. 74):

[TRANSLATION] ... with respect, I cannot agree that examining the causes of death embraces an investigation of the entire private life of an insured contained in his medical record. The living habits, even the misconduct, of an insured that may be assumed from reading a medical record are certainly not included in the authorization signed. . . .

Finally, while the insurer has an interest in the causes of death, it does not, in my opinion, have any concern with anything else. . . . It has no right to define itself what is and is not useful, pertinent and related to analysing the loss, after reading the entire record: it must provide details and proof to the court from which the authorization is requested, as to what it is entitled to have.

Consequently, he concurred with the result reached by Baudouin's J.A.

Malouf J.A., dissenting, would have allowed the appeal on the basis of the waiver contained in the insurance policy. In his view, the terms of the waiver were not ambiguous and the intention of the parties was clear: in using two distinct terms "risk" and "loss", they intended the waiver to be applicable to two distinct stages in the investigative process relating to an insurance policy: the initial stage of appraising the risk, setting the pre-

Cour et, d'autre part, qu'il avait droit qu'il soit passé outre aux prescriptions de confidentialité édictées par le législateur.

La renonciation contractuelle signée par l'assuré devrait, à son avis, recevoir une interprétation restrictive parce qu'elle fait partie d'un contrat d'adhésion et vise des renseignements privilégiés dont la confidentialité est expressément protégée par la loi (*Loi médicale, Loi sur les services de santé et les services sociaux et la Charte*). Reprenant les propos du juge Baudouin, le juge Gendreau a reconnu qu'une renonciation à ce privilège doit, pour être valide, être «claire, expresse et limitée» (p. 74). Toutefois, contrairement au juge Baudouin, le juge Gendreau n'a pas jugé ambiguë l'expression «étude des sinistres»; à son avis, le «sinistre» en question était nettement le décès de l'assuré. Le juge Gendreau a cependant estimé qu'une telle autorisation devait avoir une portée limitée (à la p. 74):

... avec égards, je ne peux accepter que l'étude des causes du décès autorise à connaître toute la vie privée d'un assuré consignée à son dossier médical. Les habitudes de vie, voire les écarts de conduite d'un assuré, que pourrait laisser supposer la lecture d'un dossier médical, ne sont certainement pas inclus dans l'autorisation signée...

Enfin, si l'assureur a un intérêt sur les causes du décès, il n'en a aucun, à mon avis, quant au reste. [...] Il ne lui appartient pas de définir elle-même ce qui est et n'est pas utile, pertinent et relié à l'étude du sinistre après avoir pu lire tout le dossier, mais il lui faut préciser et démontrer au Tribunal dont on requiert la reconnaissance de l'autorisation, ce à quoi il a droit.

En conséquence, il a souscrit à la conclusion du juge Baudouin.

Le juge Malouf, dissident, aurait accueilli l'appel en raison de la renonciation contenue dans la police d'assurance. À son avis, les termes utilisés dans la renonciation ne sont pas ambigus et l'intention des parties est claire: en utilisant les deux termes «risque» et «sinistre», les parties ont voulu que la renonciation s'applique à deux étapes distinctes du processus d'enquête relatif à une police d'assurance: l'étape initiale de l'appréciation du

mium and deciding to undertake the risk, and the final stage of determining the liability of the insurer under the policy. This conclusion was supported by a literal interpretation of the terms of the waiver, the ordinary meaning of the words, as well as the meaning given to them by the provisions of the *Civil Code* in its section on insurance. Accordingly, the term "risk" refers to [TRANSLATION] "a future event, certain or uncertain, which may occasion loss" in relation to facts existing at the time of the application for insurance, while the term "loss" can only refer to [TRANSLATION] "the realization of the risk and the determination which the insurer may make at that time". In Malouf J.A.'s view, the fact that the waiver was signed at the time of the application for insurance does not affect the insurer's right of access to the medical records of the insured for its investigation of the circumstances surrounding the latter's death. By signing the authorization to release his medical records, the insured in effect waived his right to the confidentiality of his records in favour of the appellant insurer as of the date of signing. Such a waiver survived the death of the insured. In spite of this conclusion, however, Malouf J.A. found that the order sought by the appellant was too broad. Consequently, he would have allowed the appeal but would have limited access to only those documents which are clearly material to the liability of the insurer, i.e., those which [TRANSLATION] "refer directly or indirectly to the events leading to his death" (p. 71).

#### Relevant Legislative Provisions

*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12

5. Every person has a right to respect for his private life.

9. Every person has a right to non-disclosure of confidential information.

No person bound to professional secrecy by law and no priest or other minister of religion may, even in judicial proceedings, disclose confidential information revealed to him by reason of his position or profession, unless he is authorized to do so by the person who confided such information to him or by an express provision of law.

risque, la fixation de la prime et la décision d'assumer le risque, et l'étape finale de la détermination de la responsabilité de l'assureur aux termes de la police. Cette conclusion est fondée sur une interprétation littérale des termes utilisés dans la renonciation, sur le sens ordinaire de ces termes ainsi que sur le sens que leur donnent les dispositions du *Code civil* en matière d'assurance. Par conséquent, le terme «risque» s'entend d'un «événement futur, certain ou incertain, qui peut occasionner une perte» par rapport aux faits existant au moment de la proposition d'assurance, tandis que le terme «sinistre» ne peut que se rapporter à «la réalisation du risque et à l'étude que l'assureur peut faire à partir de ce moment-là». De l'avis du juge Malouf, le fait que la renonciation ait été signée au moment de la proposition d'assurance ne change rien au droit de l'assureur d'avoir accès aux dossiers médicaux de l'assuré dans le cadre de son enquête sur les circonstances ayant entouré le décès de ce dernier. En signant l'autorisation de divulguer ses dossiers médicaux, l'assuré a en fait renoncé à son droit à la confidentialité de ses dossiers en faveur de l'assureur appelant, à compter de la date à laquelle il a signé. Cette renonciation survit au décès de l'assuré. Malgré cette conclusion, le juge Malouf a toutefois statué que l'ordonnance sollicitée par l'appelante était trop générale. Il aurait donc accueilli l'appel, mais aurait limité l'accès aux seuls documents qui sont nettement pertinents à la responsabilité de l'assureur, c'est-à-dire ceux qui «se réfèrent directement ou indirectement aux faits conduisant à son décès» (p. 71).

#### Les dispositions législatives pertinentes

*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

9. Chacun a droit au respect du secret professionnel.

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

The tribunal must, *ex officio*, ensure that professional secrecy is respected.

52. No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38, except so far as provided by those sections, unless such Act expressly states that it applies despite the Charter.

53. If any doubt arises in the interpretation of a provision of the Act, it shall be resolved in keeping with the intent of the Charter.

*An Act Respecting Health Services and Social Services*, R.S.Q., c. S-5

1. In this Act . . . the following expressions and words mean:

(a) "establishment": a local community service centre, a hospital centre, a social service centre or a reception centre;

7. The medical records of the beneficiaries in an establishment shall be confidential. No person shall give or take verbal or written communication of them or otherwise have access to them, even for an inquiry, except with the express or implied consent of the beneficiary, or on the order of a court, or the coroner exercising his duties or in cases where an Act or regulation provides that such communication is necessary for its administration. The same shall apply to the records of beneficiaries receiving social services from an establishment.

A professional, however, may examine such records for study, teaching or research, notwithstanding subparagraph 5 of the second paragraph of section 59 of the Act respecting Access to documents held by public bodies and the Protection of personal information (chapter A-2.1), with the permission of the director of professional services of the establishment which keeps such records or, failing such a director, with the permission of the director general, in accordance with the criteria established in section 125 of the said Act.

A beneficiary shall have the right to obtain that the establishment send to another establishment or to a physician or dentist designated by him, a copy, extract or abstract of his record, in accordance with the regulations.

Where an establishment provides a person with nominative information of a medical or social nature con-

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel.

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la charte.

53. Si un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte.

*Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-5

1. Dans la présente loi [...], les expressions et mots suivants signifient:

a) «établissement»: un centre local de services communautaires, un centre hospitalier, un centre de services sociaux ou un centre d'accueil;

7. Sont confidentiels les dossiers médicaux des bénéficiaires dans un établissement. Nul ne peut en donner ou recevoir communication écrite ou verbale ou y avoir autrement accès, même aux fins d'une enquête, si ce n'est avec l'autorisation expresse ou implicite du bénéficiaire, ou encore sur l'ordre du tribunal ou du coroner dans l'exercice de ses fonctions ou dans les cas où une loi ou un règlement prévoit que la communication est nécessaire à son application. Il en est de même des dossiers des bénéficiaires qui reçoivent des services sociaux d'un établissement.

Toutefois un professionnel peut prendre connaissance d'un tel dossier pour fins d'étude, d'enseignement ou de recherche, avec, malgré le paragraphe 5<sup>o</sup> du deuxième alinéa de l'article 59 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels (chapitre A-2.1), l'autorisation du directeur des services professionnels de l'établissement qui a la garde du dossier ou, faute d'un tel directeur, avec l'autorisation du directeur général accordée conformément aux critères établis à l'article 125 de cette loi.

Un bénéficiaire a droit d'obtenir que l'établissement fasse parvenir à un autre établissement ou à un médecin ou dentiste qu'il désigne une copie, un extrait ou un résumé de son dossier, conformément aux règlements.

L'établissement qui fournit au bénéficiaire un renseignement nominatif de nature médicale ou sociale le con-

cerning him contained in his record, it shall, upon the request of the beneficiary, provide him with the assistance of a professional qualified to help him understand the information.

An establishment may refuse for the moment to give communication to a beneficiary of nominative information concerning him contained in his record where, in the opinion of his attending physician, it will likely be seriously prejudicial to his health. In such a case, the establishment, on the recommendation of the attending physician, shall determine when the information may be communicated and shall inform the beneficiary.

A beneficiary to whom an establishment refuses, for the moment, access to nominative information concerning him may, by way of a motion, apply to a judge of the Superior Court, of the Court of Québec, or to the Commission, for a review of the decision. He may also apply to the Commission d'accès à l'information.

Notwithstanding section 83 of the Act respecting Access to documents held by public bodies and the Protection of personal information, no beneficiary has the right to be informed of the existence or to take communication of nominative information concerning him given by a third person which is contained in his record, where knowledge of the existence thereof or the communication thereof would make it possible to identify the third person, unless that person has agreed in writing to the disclosure of such information and the source thereof to the recipient.

The seventh paragraph does not apply where the nominative information was furnished by a health or social services professional or by a member of the staff of a health or social services establishment.

8. The following may also take communication of the record of a beneficiary:

(a) the heirs and legal representatives of a beneficiary, including the mandatary of an incapable person of full age;

(b) (subparagraph repealed);

(c) the holder of parental authority in regard to the record of a minor;

(d) a person entitled to the payment of a benefit under a life insurance policy of a beneficiary.

cernant et contenu dans son dossier doit, à la demande de ce bénéficiaire, lui fournir l'assistance d'un professionnel, qualifié pour l'aider à comprendre ce renseignement.

<sup>a</sup> L'établissement peut refuser momentanément de donner communication à un bénéficiaire d'un renseignement nominatif le concernant et contenu dans son dossier lorsque, de l'avis de son médecin traitant, il en résulterait vraisemblablement un préjudice grave pour sa santé. Dans ce cas, l'établissement sur la recommandation du médecin traitant, détermine le moment où ce renseignement pourra être communiqué et en avise le bénéficiaire.

<sup>b</sup> c Un bénéficiaire à qui l'établissement refuse momentanément l'accès à un renseignement nominatif le concernant peut, par requête, s'adresser à un juge de la Cour supérieure, de la Cour du Québec ou à la Commission pour qu'il révise la décision de cet établissement. Il peut également s'adresser à la Commission d'accès à l'information.

<sup>c</sup> e Malgré l'article 83 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, un bénéficiaire n'a pas le droit d'être informé de l'existence ni de recevoir communication d'un renseignement nominatif le concernant et contenu dans son dossier qui a été fourni à son sujet par un tiers et dont l'information de l'existence ou la communication permettrait d'identifier le tiers, à moins que ce dernier n'ait consenti par écrit à ce que ce renseignement et sa provenance soient révélés au bénéficiaire.

<sup>g</sup> g Le septième alinéa ne s'applique pas lorsque le renseignement nominatif a été fourni par un professionnel de la santé ou des services sociaux ou par un membre du personnel d'un établissement de santé ou de services sociaux.

8. Peuvent également recevoir communication du dossier d'un bénéficiaire:

<sup>h</sup> a) les héritiers et représentants légaux d'un bénéficiaire, y compris le mandataire d'un majeur inapte;

<sup>i</sup> b) (paragraphe abrogé);

c) le titulaire de l'autorité parentale relativement au dossier d'un mineur;

<sup>j</sup> d) la personne ayant droit au paiement d'une prestation en vertu d'une police d'assurance sur la vie d'un bénéficiaire.

Notwithstanding the first paragraph, the heirs of a recipient shall not be given communication of the record of that recipient, except for the purposes of exercising their rights as heirs.

Similarly, no person who is entitled to the payment of a benefit under an insurance policy on the life of a recipient may be given communication of the record of that recipient, except for the purposes of establishing his rights to the benefit.

A minor under fourteen years of age is not entitled, within the scope of an application to have information communicated to him or rectified, to be informed of the existence or take communication of nominative information of a medical or social nature concerning him contained in the record held by the establishment. This paragraph does not have the object of restricting normal communications between a beneficiary and a health or social services professional or a member of the staff of a health or social services establishment.

This section applies notwithstanding the first paragraph of section 94 of the Act respecting Access to documents held by public bodies and the Protection of personal information (chapter A-2.1).

*Medical Act*, R.S.Q., c. M-9

42. No physician may be compelled to declare what has been revealed to him in his professional character.

*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25

400. A court may order a hospital to allow a party to examine and make copies of the medical record of the person whose examination has been authorized or whose death gave rise to an action under article 1056 of the Civil Code.

402. If, after defence filed, it appears from the record that a document relating to the issues between the parties is in the possession of a third party, he may, upon summons authorized by the court, be ordered to give communication of it to the parties, unless he shows cause why he should not do so.

The court may also, at any time after defence filed, order a party or a third person having in his possession any object relating to the issues between the parties to exhibit the same on such conditions, at such time and place and in such manner as it deems expedient.

Malgré le premier alinéa, les héritiers d'un bénéficiaire ne peuvent recevoir communication du dossier de ce bénéficiaire que pour assurer l'exercice de leurs droits à ce titre.

De même, la personne ayant droit au paiement d'une prestation en vertu d'une police d'assurance sur la vie d'un bénéficiaire ne peut recevoir communication du dossier de ce bénéficiaire que pour établir ses droits à cette prestation.

Le mineur âgé de moins de quatorze ans n'a pas le droit, dans le cadre d'une demande de communication ou de rectification, d'être informé de l'existence, ni de recevoir communication d'un renseignement nominatif de nature médicale ou sociale le concernant, contenu dans le dossier de l'établissement. Le présent alinéa n'a pas pour objet de restreindre les communications normales entre un bénéficiaire et un professionnel de la santé ou des services sociaux ou un membre du personnel d'un établissement de santé ou de services sociaux.

Le présent article s'applique malgré le premier alinéa de l'article 94 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels (chapitre A-2.1).

*Loi médicale*, L.R.Q., ch. M-9

42. Un médecin ne peut être contraint de déclarer ce qui lui a été révélé à raison de son caractère professionnel.

*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25

400. Le tribunal peut ordonner à une institution hospitalière de communiquer à une partie le dossier médical de la personne dont l'examen a été autorisé ou dont le décès a donné lieu à une poursuite en vertu de l'article 1056 du Code civil, et de lui en laisser prendre copie.

402. Si, après production de la défense, il appert au dossier qu'un document se rapportant au litige est entre les mains d'un tiers, celui-ci sera tenu d'en donner communication aux parties, sur assignation autorisée par le tribunal, à moins de raisons le justifiant de s'y opposer.

Le tribunal peut aussi, en tout temps après production de la défense, ordonner à une partie ou à un tiers qui a en sa possession un objet se rapportant au litige, de l'exhiber aux conditions, temps et lieu et en la manière qu'il juge à propos.

Relevant Contractual Provisions

The authorization to release medical information found in the insurance contract reads as follows:

[TRANSLATION] **Authorization form and acknowledgement of receipt**

For the purposes of risk assessment and loss analysis, I give permission to:

- Any physician or other medical practitioner, hospital, clinic, other medical institution, consumer reports agency or medical information bureau to provide to METROPOLITAN medical information concerning me. Such information shall include findings made as a consequence of medical care, psychiatric or psychological care or examinations and surgical treatment in my case. . . . [Emphasis added.]

The rider providing a supplementary indemnity in case of accidental death is to the following effect:

[TRANSLATION] **Metropolitan Life Insurance Company**

**Rider: Warranty in the event of accidental death**

*This rider forms part of the policy if mentioned on page 3*

This rider provides additional insurance if the insured dies as the result of an accident.

If we receive proof that the insured died directly and independently of any other cause as the result of an accident, we shall pay under this rider:

1. an amount equal to the nominal insured capital;

OR

2. an amount equal to twice the amount mentioned in 1 above, if we receive proof that the accident occurred while the insured was a paying passenger in a licensed public vehicle operated by a public carrier for passenger service.

**Risks not covered**—No payment will be made if the death:

1. occurs before the insured's first birthday;

Les dispositions contractuelles pertinentes

Voici la formule d'autorisation de communication des renseignements médicaux contenue au contrat d'assurance:

**Formule d'autorisation et d'accusé de réception**

Aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres, je donne permission à:

- Tout médecin ou autre praticien, hôpital, clinique, autre établissement d'ordre médical, agence de rapports sur le consommateur ou au Bureau des renseignements médicaux, de transmettre, à LA MÉTROPOLITAINE, des renseignements médicaux à mon sujet. Ces renseignements comprennent des constatations faites à la suite de soins médicaux, de soins ou examens psychiatriques ou psychologiques, ou de traitements chirurgicaux, dans mon cas . . . [Je souligne.]

L'avenant qui prévoit le versement d'une indemnité additionnelle en cas de décès accidentel se lit ainsi:

La Métropolitaine, compagnie d'assurance vie

**Avenant: Garantie en cas de décès accidentel**

*Le présent avenant fait partie de la police s'il est mentionné à la page 3.*

Le présent avenant prévoit une assurance additionnelle si l'assuré meurt par suite d'un accident.

Si nous recevons une preuve indiquant que l'assuré est décédé, directement et indépendamment de toutes autres causes, par suite d'un accident, nous paierons en vertu du présent avenant:

1. une somme égale au capital assuré nominal;

OU

2. une somme égale à deux fois le montant mentionné en 1 ci-dessus, si nous recevons une preuve indiquant que l'accident est survenu pendant que l'assuré était un passager payant sa place dans un véhicule public immatriculé et exploité par un transporteur public pour le service de passagers.

**Risques non couverts**—Aucun paiement ne sera effectué si le décès:

1. survient avant le premier anniversaire de naissance de l'assuré;

2. occurs over 90 days after the accident;
3. is caused in whole or in part, directly or indirectly, by a physical or mental illness or treatment for the illness;
4. is caused in whole or in part, directly or indirectly, by any infection caused by a visible external injury suffered accidentally;
5. is caused in whole or in part, directly or indirectly, by the use of any drug, unless used on the advice of a physician licensed to practise;
6. results from suicide, while of sound mind or otherwise;
7. results from the commission of, or attempt to commit, assault or a criminal offence;
8. results from a journey in an aircraft or the descent of that aircraft while it was in flight, if the insured
- (a) acted otherwise than as a passenger, or
- (b) was on board a non-military flight for the purpose of making a descent from the aircraft while it was in flight . . . [Emphasis added; italics in original.]
2. survient plus de 90 jours après l'accident;
3. est causé ou partiellement occasionné, directement ou indirectement, par une maladie physique ou mentale ou le traitement pour la maladie;
4. est causé ou partiellement occasionné par toute infection, sauf une infection causée par une blessure externe visible subie accidentellement;
5. est causé ou partiellement occasionné, directement ou indirectement, par l'usage de toute drogue, sauf si utilisée sur l'avis d'un médecin autorisé à pratiquer;
6. résulte du suicide alors qu'on était sain d'esprit ou non;
7. résulte du fait ou de la tentative de commettre des voies de fait ou une infraction criminelle;
8. résulte d'un voyage dans un aéronef ou de la descente de cet aéronef pendant que celui-ci était en vol, si l'assuré
- (a) agissait autrement qu'à titre de passager, ou
- (b) était à bord d'un vol non militaire, dans le but d'effectuer une descente de l'aéronef alors que celui-ci était en vol . . . [Je souligne.]

## Issues

As previously stated, the main issue on this appeal is whether the appellant, a life insurance company, has the right to obtain access to the medical records of its insured in the possession of Hôpital Jean-Talon—a third party to the litigation—which may contain information relevant to the cause of death of the insured. In answering this question, it must be remembered that: (1) at the time of application for life insurance, the insured had signed an authorization to release information from the medical record “[f]or the purposes of risk assessment and loss analysis”, and the policy excludes coverage for accidental death in the event of suicide or death caused directly or indirectly by the intake of non-prescribed drugs; and (2) under art. 402 C.C.P., the court has been conferred wide discretionary powers to order third parties to a litigation to give communication of documents in their possession which relate to the issues between the parties. Should it be concluded that the appellant has a right of access to the documents, the

## Les questions en litige

Comme je l'ai déjà mentionné, le présent pourvoi vise principalement à déterminer si l'appelante, une compagnie d'assurance-vie, a le droit d'avoir accès aux dossiers médicaux de son assuré, qui se trouvent en la possession de l'Hôpital Jean-Talon—une tierce partie—and qui sont susceptibles de contenir des renseignements pertinents à la cause du décès de l'assuré. En répondant à cette question, il faut se rappeler les faits suivants: (1) au moment de la proposition d'assurance-vie, l'assuré avait signé une autorisation de divulguer les renseignements contenus dans son dossier médical «aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres», et la police ne couvre pas un décès accidentel qui résulte d'un suicide ou est causé, directement ou indirectement, par l'ingestion de drogues non prescrites; et (2) l'art. 402 C.p.c. confère au tribunal des pouvoirs discrétionnaires généraux d'ordonner à des tiers qui ont en leur possession des documents se rapportant au litige d'en donner communication aux parties. Si l'on devait

issue of the scope of that access and the time at which that access should be allowed must also be addressed, as well as the impact of the *Charter* on such a right of access and the process by which such access is obtained.

Central to the resolution of this last question is the balancing process through which the courts must weigh an individual's right to privacy and confidentiality of his or her medical records against society's interest in an efficient administration of justice which encourages full disclosure of all material facts of a case at the pre-trial stage so as to give a defendant the opportunity to prepare a full and complete defence, and to allow a trial judge, as stated by Denning L.J. in *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 Q.B. 55 (C.A.), at p. 63, "to find out the truth, and to do justice according to law". (See also Henry L. Molot, "Non-Disclosure of Evidence, Adverse Inferences and the Court's Search for Truth" (1971), 10 *Alta. L. Rev.* 45.)

### Analysis

Hospital records in Quebec are statutorily protected by a veil of confidentiality (s. 7 of *An Act Respecting Health Services and Social Services*), as are confidences given to physicians by reason of their profession (s. 9, para. 2 of the *Charter* and s. 42 of the *Medical Act*). The right to non-disclosure of confidential information generally is also provided for in the first paragraph of s. 9 of the *Charter*. However, the legislator has also expressly recognized various situations where parties may be given access to these records. Thus, health care establishments are allowed to impart communication of the contents of their records to parties with the express or implied consent of the beneficiary of the services or upon an order by the courts. When such consent has been given, the duty of hospitals to keep the records of their beneficiary confidential no longer remains.

In view of this, the question of whether the appellant should be given access to the medical

conclure que l'appelante a un droit d'accès aux documents, il faudra également examiner quelle est la portée de cet accès, quand il devrait y avoir accès, quelle est l'incidence de la *Charte* sur ce droit d'accès et enfin quelle est la procédure à suivre pour l'obtenir.

Sur cette dernière question, les tribunaux doivent soupeser le droit du particulier au respect de sa vie privée et à la confidentialité de ses dossiers médicaux par rapport à l'intérêt qu'a la société dans une administration efficace de la justice qui favorise la divulgation complète de tous les faits substantiels d'une affaire à l'étape préliminaire, de façon à donner au défendeur la possibilité de préparer une défense pleine et entière et à permettre au juge de première instance, pour employer les propos du lord juge Denning, dans l'arrêt *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 Q.B. 55 (C.A.), à la p. 63, [TRADUCTION] «de découvrir la vérité et de rendre justice conformément à la loi». (Voir aussi Henry L. Molot, «Non-Disclosure of Evidence, Adverse Inferences and the Court's Search for Truth» (1971), 10 *Alta. L. Rev.* 45.)

### Analyse

Au Québec, les dossiers hospitaliers (art. 7 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*) ainsi que les renseignements révélés à un médecin en raison de sa profession (deuxième alinéa de l'art. 9 de la *Charte* et art. 42 de la *Loi médicale*) jouissent de la protection de la loi qui les place sous le sceau de la confidentialité. Le droit à la non-divulgation de renseignements confidentiels en général est également prévu au premier alinéa de l'art. 9 de la *Charte*. Toutefois, le législateur a aussi expressément reconnu divers cas où une partie peut avoir accès à ces dossiers. Ainsi, les établissements de santé peuvent divulguer le contenu de leurs dossiers à des parties avec l'autorisation expresse ou implicite du bénéficiaire des services ou sur ordre de la cour. Une fois ce consentement donné, l'établissement hospitalier n'est plus tenu de garder confidentiels les dossiers du bénéficiaire.

Dans cette optique, pour déterminer si l'appelante devrait avoir accès aux dossiers médicaux de

records of the insured to investigate the cause of his death rests, first and foremost, on the wording of the contract of insurance, and, in particular, the nature and scope of the medical release form signed by the insured at the time he applied for insurance. The resolution of this question centres essentially on the meaning of the terms "[f]or the purposes of risk assessment and loss analysis" found in the release form signed by the insured in favour of the insurance company.

### 1. The Contract

Before embarking upon an analysis of the insurance contract, it may be useful to recall briefly some of the principles governing insurance contracts generally. They were appropriately set out in *Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 S.C.R. 995, at p. 1003:

In matters of insurance, as in other areas of the civil law, the principle of freedom of contract applies, and in general therefore it is for the parties to an insurance contract to define the limits of the risk covered and the conditions under which the indemnity is payable. [Emphasis added.]

In construing the terms of an insurance contract, it is now well recognized that the principles of construction which apply are the same as those generally applicable to commercial contracts. Indeed, some of these principles have been codified in the *Civil Code* in arts. 1013 to 1021. Thus, should a contract need interpretation, the cardinal rule is that the intention of the parties must prevail, subject of course to the public order provisions of the *Civil Code*. In the search for this intention, particular consideration must be given to the terms used by the parties, the context in which they are used and finally the purpose sought by the parties in using these terms (Jean-Guy Bergeron, *Les contrats d'assurance* (1989), vol. 1, at p. 106). It is only where all the rules of construction have failed in assisting in the discovery of the true intention of the parties, that the court is entitled to resort to the *contra proferentem* rule in which case the contract is interpreted against the stipulator (*Consolidated-*

*l'assuré aux fins d'enquêter sur la cause de son décès, il faut, d'abord et avant tout, se reporter au libellé du contrat d'assurance et, plus particulièrement, à la nature et à la portée de la formule d'autorisation médicale signée par l'assuré au moment où il a soumis sa proposition d'assurance. La réponse à cette question dépend essentiellement du sens des termes «[a]ux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres», que l'on trouve dans la formule d'autorisation signée par l'assuré en faveur de la compagnie d'assurances.*

### 1. Le contrat

Avant d'aborder l'analyse du contrat d'assurance, il peut s'avérer utile de rappeler brièvement certains principes qui régissent généralement les contrats d'assurance. Ils ont été clairement exposés dans l'arrêt *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995, à la p. 1003:

En matière d'assurance tout comme dans les autres domaines du droit civil, le principe de la liberté contractuelle règne, et il revient donc, règle générale, aux parties à un contrat d'assurance de définir les limites du risque couvert ainsi que les conditions d'exigibilité de l'indemnité. [Je souligne.]

Dans l'interprétation d'un contrat d'assurance, il est maintenant bien établi que les principes d'interprétation sont les mêmes que ceux qui s'appliquent généralement aux contrats commerciaux. En fait, certains de ces principes ont été codifiés dans le *Code civil* aux art. 1013 à 1021. C'est ainsi que, s'il s'avère nécessaire d'interpréter un contrat, la règle cardinale est que l'intention des parties doit l'emporter, sous réserve bien entendu des dispositions d'ordre public du *Code civil*. Dans la recherche de cette intention, on doit tout particulièrement examiner les termes utilisés par les parties, le contexte dans lequel ils sont utilisés et, enfin, le but poursuivi par les parties en utilisant ces termes (Jean-Guy Bergeron, *Les contrats d'assurance* (1989), t. 1, à la p. 106). Le tribunal est habilité à appliquer la règle *contra proferentem* seulement dans le cas où toutes les règles d'interprétation n'ont pas permis de découvrir l'intention véritable des parties et, dans ce cas, le contrat s'interprète

*Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at pp. 900-901. This rule has been codified at art. 1019 C.C.L.C. which provides:

**1019.** In cases of doubt, the contract is interpreted against him who has stipulated and in favor of him who has contracted the obligation.

and in the insurance section of the *Civil Code* where art. 2499 reads:

**2499.** In case of ambiguity, the insurance contract is interpreted against the insurer.

Turning now to the insurance contract under scrutiny here, I am of the view that the terms “[f]or the purposes of risk assessment and loss analysis” are clear and unambiguous. Consequently, they do not require interpretation. I therefore whole-heartedly endorse the excellent analysis of Malouf J.A. and his conclusion that, in choosing to employ the two different terms, “risk” and “loss”, the parties unequivocally intended the waiver to apply to two distinct time frames in the life of an insurance policy: the initial investigation required for the formation of the insurance contract and the investigation which becomes necessary to study the claim of a beneficiary to the supplementary indemnity for accidental death.

Indeed, the plain meanings of the words “risk” and “loss”, as Malouf J.A. himself rightly points out at p. 69, refer to two distinct events:

[TRANSLATION] These definitions [dictionary definitions] clearly show that the word “risk” refers to a future event, certain or uncertain, which may occasion loss, while the word “loss” simply means the occurrence of the event giving rise to the claim.

This view is reinforced when looked at in the particular context in which these terms have been used. Indeed, it must be kept in mind that “risk” and “loss” are elements which are central to the foundation of insurance contracts. Thus, the *Civil Code* provides the following definition of insurance contracts:

contre celui qui a stipulé (*Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, aux pp. 900 et 901). Cette règle a été codifiée à l'art. 1019 du C.c.B.-C.:

**1019.** Dans le doute le contrat s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.

et dans la section des assurances du *Code civil*, à l'art. 2499:

**2499.** En cas d'ambiguïté, le contrat d'assurance s'interprète contre l'assureur.

En ce qui concerne le contrat d'assurance en l'espèce, je suis d'avis que les termes «[a]ux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres» sont clairs et nets. En conséquence, ils n'ont pas besoin d'être interprétés. J'appuie donc sans réserve l'excellente analyse du juge Malouf de la Cour d'appel ainsi que sa conclusion que les parties, en décidant d'employer les deux termes «risques» et «sinistres» ont clairement voulu que la renonciation vise deux moments distincts dans la vie d'une police d'assurance: l'enquête initiale requise pour établir le contrat d'assurance et l'enquête qui s'avère nécessaire pour examiner la réclamation, par un bénéficiaire, de l'indemnité additionnelle en cas de décès accidentel.

En effet, comme le juge Malouf le fait lui-même remarquer à juste titre, à la p. 69, les termes «risques» et «sinistres», d'après leur sens ordinaire, visent deux événements distincts:

Ces définitions [les définitions de dictionnaires] démontrent clairement que le mot «risque» se réfère à un événement futur, certain ou incertain, qui peut occasionner une perte tandis que le mot «sinistre» veut simplement dire la réalisation de l'événement donnant lieu à la réclamation.

Ce point de vue est renforcé si l'on considère le contexte particulier dans lequel ces termes ont été utilisés. En fait, il faut se rappeler que les «risques» et les «sinistres» sont des éléments qui sont à la base même des contrats d'assurance. Ainsi, le *Code civil* donne la définition suivante du contrat d'assurance:

**2468.** A contract of insurance is that whereby the insurer undertakes, for a premium or assessment, to make a payment to a policyholder or a third person if an event that is the object of a risk occurs.

Professor Birds in *Modern Insurance Law* (2nd ed. 1988), at pp. 8-9, for his part, defines insurance contracts as:

... any contract whereby one party assumes the risk of an uncertain event, which is not within his control, happening at a future time, in which event the other party has an interest, and under which contract the first party is bound to pay money or provide its equivalent if the uncertain event occurs.

Hence, "risks" in insurance contracts refer to the very object of the contract of insurance, the happening of which—the "loss"—triggers the obligation of the insurer to indemnify the insured or his beneficiary. This interpretation is lent further support by the *Civil Code* which assimilates "sinistre" to the English word "loss". In this context, Malouf J.A. is entirely correct, in my opinion, in observing, at p. 70:

[TRANSLATION] ... the loss can only occur at the time the risk is realized. In other words, it is the loss which gives rise to the claim. . . . Put otherwise, the risk is the future event which is feared by the insured. This word refers to a future event, certain or uncertain, which may occasion loss. The word "loss" refers to the occurrence of the event giving rise to the claim. In other words, the terms "risks" and "losses" have a different definition and a distinct meaning.

Consequently, with respect, it would be a distortion of the plain meaning as well as the technical meaning of the terms "risk" and "loss" to hold, as did Baudouin J.A., that the terms "loss analysis" should be construed as a reference to losses which may have occurred in the past and which are material to the appreciation of the risk, the setting of the premium and the decision to extend coverage. Indeed, if that were the intention of the parties, it would have been sufficient to stipulate simply that the waiver was "[f]or the purposes of risk assessment" and to omit the rest of the clause, as investigation of past losses is already subsumed in the

**2468.** Le contrat d'assurance est celui en vertu duquel l'assureur, moyennant une prime ou cotisation, s'engage à verser au preneur ou à un tiers une prestation en cas de réalisation d'un risque.

Le professeur Birds dans l'ouvrage *Modern Insurance Law* (2<sup>e</sup> éd. 1988), aux pp. 8 et 9, définit ainsi les contrats d'assurance:

[TRADUCTION] ... tout contrat en vertu duquel une partie assume le risque de réalisation d'un événement futur incertain, indépendant de sa volonté, auquel cas l'autre partie acquiert un droit, et en vertu duquel la première partie est tenue de payer à l'autre une somme d'argent ou de fournir une chose équivalente en cas de réalisation de cet événement incertain.

En conséquence, les «risques» constituent l'objet même du contrat d'assurance; la réalisation de ce risque, c'est-à-dire le «sinistre», déclenche l'obligation de l'assureur d'indemniser l'assuré ou son bénéficiaire. Cette interprétation est appuyée davantage par le *Code civil* qui assimile le terme «sinistre» au terme anglais «loss». Dans ce contexte, le juge Malouf a parfaitement raison, selon moi, de faire remarquer, à la p. 70:

... le sinistre ne peut avoir lieu qu'au moment de la réalisation du risque. En d'autres termes, c'est la perte ou «loss» qui donne lieu à la réclamation. [...] Autrement dit, le risque est l'événement futur qui est redouté par l'assuré. Ce mot réfère à un événement futur, certain ou incertain, qui peut occasionner la perte. Le mot «sinistre» se réfère à la réalisation de l'événement donnant lieu à la réclamation. En d'autres termes, les expressions «risque» et «sinistre» possèdent une définition différente et une signification distincte.

Donc, en toute déférence, ce serait dénaturer à la fois le sens ordinaire et le sens technique des termes «risques» et «sinistres» que de conclure, comme l'a fait le juge Baudouin, que l'expression «étude des sinistres» devrait être interprétée comme se rapportant aux pertes qui ont pu se produire dans le passé et qui peuvent être pertinentes pour l'appréciation du risque, la fixation de la prime et la décision de l'assureur d'accorder ou de refuser la protection. En fait, si telle était l'intention des parties, il aurait suffi de stipuler simplement que la renonciation était «[a]ux fins d'appréciation des risques» et d'omettre le reste de la

initial evaluation of the risk. Again I find Malouf J.A.'s remarks on this issue relevant (at p. 70):

[TRANSLATION] I cannot agree that the term "loss analysis" refers only to the facts existing at the time of the proposal. Those facts undoubtedly affect the setting of the premium and may lead the insurer to accept or refuse the proposal submitted. In my view, the term "loss analysis" can refer only to the realization of the risk and the determination which the insurer may make at that time.

I would also point out that, in the context of a life insurance policy, the term "loss" can obviously only refer to the death of the insured, an event which, of necessity, occurs only in the future.

Should it be necessary to pursue this analysis further, the most important indicator of the intention of the parties is the purpose of the waiver. In general, for basic life insurance policies, all that a beneficiary needs to do to qualify for the benefit is to provide proof of death (art. 2528 *C.C.L.C.*). It may be needless to point out that such proof is usually easily obtained and rarely contested. When dealing with claims for accidental death, however, the question of entitlement and burden of proof is more complex.

Insurance policies providing accidental death benefits typically contain two classes of exclusions: first, exclusions that are merely supportive of the substantive provisions of the policy for accidental death, such as death by suicide or illness—which are clearly not accidental deaths—and, second, exclusions covering situations where the nature of the circumstances surrounding the death is such that it is usually difficult, if not impossible, to determine the exact cause of death, for example, in cases of inhalation of gas or fumes or ingestion of poison (David Norwood, *Life Insurance Law in Canada* (1977), at pp. 311-12). The purpose of these exclusions, as indicated by Norwood, is pri-

clause, puisque l'enquête sur les pertes antérieures est déjà comprise dans l'appréciation initiale du risque. Encore une fois, j'estime que les observations du juge Malouf sur ce point sont pertinentes (à la p. 70):

Je ne peux accepter que le terme «l'étude des sinistres» se réfère seulement aux faits existant au moment de la proposition. Ces faits ont sûrement une influence sur la fixation de la prime et peuvent amener l'assureur à accepter ou à refuser la proposition soumise. Selon moi, le terme «l'étude des sinistres» ne peut que se référer à la réalisation du risque et à l'étude que l'assureur peut faire à partir de ce moment-là.

Je tiens, par ailleurs, à faire remarquer que, dans le contexte d'une police d'assurance-vie, le terme «sinistre» ne peut, de toute évidence, viser autre chose que le décès de l'assuré, un événement qui ne se produit nécessairement que dans l'avenir.

S'il était nécessaire de poursuivre cette analyse, il faudrait signaler que l'objet de la renonciation constitue l'indice le plus important de l'intention des parties. En général, dans les contrats d'assurance-vie de base, le bénéficiaire n'a qu'à présenter la preuve du décès (art. 2528 *C.c.B.-C.*) pour avoir droit à l'indemnité. Il va presque de soi que cette preuve est habituellement facile à obtenir et est rarement contestée. Toutefois, dans le cas des réclamations pour décès accidentel, la question du droit à l'indemnité et du fardeau de preuve est plus complexe.

Les polices d'assurance assorties d'indemnités en cas de décès accidentel renferment habituellement deux catégories d'exclusions: premièrement, les exclusions qui ne font qu'étayer les dispositions de fond de la police relativement aux décès accidentels, comme les décès résultant d'un suicide ou d'une maladie, qui ne sont clairement pas des décès accidentels, et deuxièmement, les exclusions visant les cas où, en raison de la nature des circonstances entourant le décès, il est habituellement difficile, voire impossible, de déterminer la cause exacte du décès, par exemple, dans les cas d'inhalation de gaz ou de vapeurs ou d'ingestion de poison (David Norwood, *Life Insurance Law in Canada* (1977), aux pp. 311 et 312). Ces exclusions, comme l'indique Norwood, visent principa-

marily to protect the insurer from uncertain and unprovable situations.

The question of burden of proof is further complicated when the circumstances of the death appear questionable and suicide may be involved (Norwood, *supra*, at pp. 313-17). (For an analysis of the burden of proof and the presumption against suicide in a claim for the proceeds of an accidental death insurance policy, see Mason J. in *Beischel v. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1991), 82 Alta. L.R. (2d) 103 (Q.B.)) Thus, whereas, in general, an insurer conducts only one investigation under a health or life insurance policy, i.e., the initial investigation for the assessment of risk and the setting of the premium, in a claim for accidental death insurance benefit a second investigation almost always proves to be necessary. In particular, in the present case, determination of the cause of death is essential to assess whether the beneficiary is entitled to the supplementary indemnity for accidental death and, if so, the amount of that indemnity.

Furthermore and *a fortiori*, if, as Baudouin J.A. states, the right to privacy and to secrecy of medical information is a personal right—a matter which it is not necessary for us to decide here—in order to give full effect to the insurance contract and to determine the rights of a beneficiary of a life insurance policy, an insurer has no option but to obtain an authorization for the future from the insured to have the right of access to the latter's medical records.

In light of the foregoing, in signing the waiver, the insured could only but have consented to the release of his medical records to the appellant for the purpose of investigating the cause of his death so as to enable the insurance company to determine entitlement to the supplementary indemnity for accidental death according to the terms of the policy. There can be no doubt, as Malouf J.A. observed, that such waiver survives the death of the insured.

lement à protéger l'assureur contre des situations incertaines et impossibles à prouver.

La question du fardeau de preuve se complique davantage lorsque les circonstances du décès paraissent suspectes et qu'il peut s'agir d'un suicide (Norwood, *op. cit.*, aux pp. 313 à 317). (Pour une analyse du fardeau de preuve et de la présomption contre le suicide dans une réclamation d'indemnité prévue dans une police d'assurance en cas de décès accidentel, voir le juge Mason dans l'arrêt *Beischel c. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1991), 82 Alta. L.R. (2d) 103 (B.R.)) En conséquence, bien qu'en général, un assureur effectue une seule enquête en vertu d'une police d'assurance-maladie ou d'assurance-vie, soit l'enquête initiale aux fins de l'appréciation du risque et de la fixation de la prime, une deuxième enquête s'avère presque toujours nécessaire dans le cas d'une réclamation d'indemnité par suite d'un décès accidentel. En l'espèce, notamment, la cause du décès doit nécessairement être établie pour décider si le bénéficiaire a droit à l'indemnité additionnelle prévue en cas de décès accidentel et, dans l'affirmative, déterminer le montant de cette indemnité.

Par ailleurs et à fortiori, comme le mentionne le juge Baudouin, si le droit au respect de la vie privée et au secret professionnel du médecin est un droit personnel—question qu'il ne nous est pas nécessaire de trancher ici—l'assureur, afin de donner plein effet au contrat d'assurance et de déterminer les droits du bénéficiaire d'une police d'assurance, n'a d'autre choix que d'obtenir de l'assuré une autorisation pour l'avenir afin d'avoir un droit d'accès aux dossiers médicaux de cette personne.

Compte tenu de ce qui précède, lorsqu'il a signé la renonciation, l'assuré n'a pu que consentir à la divulgation de ses dossiers médicaux à l'appelante, aux fins d'une enquête sur la cause de son décès, de manière à permettre à la compagnie d'assurances d'établir le droit à l'indemnité additionnelle en cas de décès accidentel, conformément aux dispositions de la police. Comme l'a fait remarquer le juge Malouf, il ne peut y avoir de doute que pareille renonciation survit au décès de l'assuré.

The next question which must be resolved is the scope of information to which the appellant is entitled. The appellant requests unrestricted access to the records of the insured. Indeed, its motion concludes as follows:

[TRANSLATION] To ORDER the respondent, Hôpital Jean-Talon, to allow counsel for the defendant-applicant to examine the complete medical record of Patrick Frenette, including but without limiting the generality hereof, correspondence between physicians or hospitals, the various laboratory, expert or X-ray reports it has in its possession, by providing a copy of the said record at the expense of the defendant-applicant;

The scope of disclosure depends on the wording of the medical information release form signed by the insured. Careful reading of this waiver shows unequivocally that the only condition attached is that it be used for the purposes of "risk assessment and loss analysis". No other limit as to the scope is stipulated. It follows, therefore, that this contractual waiver entitles the appellant to have access to the complete medical records of the insured. Consequently, the *mis en cause*, Hôpital Jean-Talon, was not justified in denying the appellant access to these records. It may also be noted, *en passant*, that hospital administrative regulations which require that consents to release medical information be signed within 90 days of a request for information to be valid are of no effect against the clear words of a waiver signed by a beneficiary of hospital services. While such internal regulations may be intended to protect beneficiaries of hospital services, in the absence of prevailing legislation limiting the right of a beneficiary of such services to relieve a health care facility from its duty of non-disclosure, these regulations are of no value since the right to the non-disclosure of medical records belongs to the patient and can therefore be waived by him unconditionally or according to the conditions he sets out in the authorization. (For a discussion of this issue, see *Boivin v. Mutuelle d'Omaha, Cie d'assurance*, Sup. Ct. Roberval, No. 155-05-000065-897, February 22, 1990, unreported.)

Passant à la question suivante, reste à déterminer l'étendue des renseignements auxquels a droit l'appelante. L'appelante demande un accès illimité aux dossiers de l'assuré, comme l'indique la conclusion de sa requête:

ORDONNER à l'intimée, Hôpital Jean-Talon, de donner communication aux procureurs de la défenderesse-requérante du dossier médical complet de Patrick Frenette, y inclus mais sans limiter la généralité des présentes, la correspondance entre médecins ou hôpitaux, les divers rapports de laboratoire, expertise ou radiographie qu'elle ou qu'il a en sa possession, en donnant copie dudit dossier aux frais de la défenderesse-requérante;

L'étendue de la divulgation dépend du libellé de la formule d'autorisation signée par l'assuré. Une lecture attentive de cette renonciation révèle clairement que la seule condition qui y est attachée est qu'elle doit servir aux fins «d'appréciation des risques et d'étude des sinistres». Aucune autre restriction quant à l'étendue n'est stipulée. Il s'ensuit donc que cette renonciation contractuelle autorise l'appelante à avoir accès aux dossiers médicaux complets de l'assuré. En conséquence, le mis en cause, l'Hôpital Jean-Talon, n'était pas justifié de refuser à l'appelante l'accès à ces dossiers. En passant, je tiens aussi à faire remarquer que le règlement administratif de l'hôpital qui dispose que le consentement n'est valide que s'il a été donné dans les 90 jours suivant une demande de divulgation de renseignements médicaux est inopérant face au texte clair d'une renonciation signée par un bénéficiaire de services hospitaliers. Bien que ce genre de règlement interne puisse viser à protéger les bénéficiaires de services hospitaliers, en l'absence d'une loi prédominante limitant le droit d'un bénéficiaire de tels services de relever l'établissement de santé de son devoir de non-divulgation, il n'est d'aucune valeur puisque le droit à la non-divulgation des dossiers médicaux appartient au patient et que celui-ci peut y renoncer inconditionnellement ou conformément aux conditions qu'il prescrit dans l'autorisation de divulguer. (Pour une analyse de cette question, voir la décision *Boivin c. Mutuelle d'Omaha, Cie d'assurance*, C.S. Roberval, no 155-05-000065-897, 22 février 1990, inédite.)

Given the clear and unambiguous terms of the waiver contained in the insurance policy, neither the respondent nor the *mis en cause* were entitled to oppose the appellant's request for the complete medical records of its insured providing that no superseding legislation to the contrary governs this situation. It is in this context that the *Charter* issue was raised before us and relied upon by the Court of Appeal, and it is to this issue which I now turn.

## 2. *The Charter*

The rights to privacy and to secrecy of confidential information have been enshrined in the *Charter* in ss. 5 and 9 which bear repeating here:

5. Every person has a right to respect for his private life.

9. Every person has a right to non-disclosure of confidential information.

No person bound to professional secrecy by law and no priest or other minister of religion may, even in judicial proceedings, disclose confidential information revealed to him by reason of his position of profession, unless he is authorized to do so by the person who confided such information to him or by an express provision of law.

The tribunal must, *ex officio*, ensure that professional secrecy is respected. [Emphasis added.]

Given that the right of confidentiality now receives quasi-constitutional protection in Quebec, the question which arises, therefore, is the scope and extent of this protection, especially in the presence of an express waiver of this right. Should an absolutist approach be taken in interpreting the right of confidentiality such that it may only be breached in very exceptional circumstances or should a relativist approach be adopted? Although, at first glance, from a reading of the broad general principle enunciated in the first paragraph of s. 9 of the *Charter*, it may appear that an absolutist interpretation should be favoured, the right to the confidentiality of one's medical records and the correlative duty imposed on those in possession of such records are undoubtedly relative in nature. Indeed, this is expressly recognized by the *Charter* itself in the second paragraph of s. 9 which deals

Compte tenu des termes clairs et nets de la renonciation contenue dans le contrat d'assurance, ni l'intimé ni le mis en cause n'étaient en droit de s'opposer à la communication, demandée par l'appelante, des dossiers médicaux complets de l'assuré pourvu qu'il n'existe pas de loi prédominante à l'effet contraire qui régirait cette situation. C'est dans ce contexte que les dispositions de la *Charte* ont été soulevées devant nous et devant la Cour d'appel qui s'en est inspirée; c'est sur cette question que je vais maintenant me pencher.

## 2. *La Charte*

Les droits au respect de la vie privée et au secret professionnel sont consacrés dans la *Charte* aux art. 5 et 9 qu'il vaut la peine de reproduire ici:

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

9. Chacun a droit au respect du secret professionnel.

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel. [Je souligne.]

Puisque le droit à la confidentialité jouit maintenant d'une protection quasi constitutionnelle au Québec, la question qui se pose est donc de savoir quelle est l'étendue de cette protection, spécialement en présence d'une renonciation expresse à ce droit. S'agit-il d'un droit absolu auquel on ne puisse déroger que dans des circonstances très exceptionnelles? Ou s'agit-il plutôt d'un droit relatif? Bien que, de prime abord, le grand principe général énoncé au premier alinéa de l'art. 9 de la *Charte* semble indiquer que l'on devrait favoriser une interprétation absolue, le droit d'une personne à la confidentialité de ses dossiers médicaux et l'obligation correspondante imposée à ceux qui en ont la possession revêtent un caractère indubitablement relatif. En fait, ceci est expressément reconnu au deuxième alinéa de l'art. 9 de la *Charte* elle-même, qui traite de l'obligation de respecter le

with the duty of professionals to maintain secrecy. The legislator has thus established that either the holder of the right may, of his or her own will, relieve the professional from his or her duty to secrecy or the legislator himself, by express provision, may do so in the general public interest. That the legislator did not intend to make the right to non-disclosure of confidential documents absolute or quasi-absolute in enshrining this right in the *Charter* is further evidenced by the *Act Respecting Health Services and Social Services* which governs the duty of public health care facilities to keep the records of beneficiaries of their services confidential, in particular by s. 7 of this Act, applicable in the present case.

This section expressly recognizes that parties may be given access to the records of a beneficiary of hospital services in various circumstances. One such circumstance is where the beneficiary has consented to the release of his or her records to designated individuals. While this consent may be express or implied, the legislator has not imposed any restriction as to the form or scope of the disclosure. In the absence of consent, parties may still obtain access to such records either by requesting an order of the court or by falling within the class of persons enumerated in ss. 7 and 8 of *An Act Respecting Health Services and Social Services* or other such permissive legislation. Thus, individuals such as professionals—for study and research—(s. 7), the heirs and legal representatives of a beneficiary of services, the holder of parental authority, or a person entitled to the payment of a benefit under a life insurance policy (s. 8) may obtain access to the records of the beneficiary of services without prior authorization from the beneficiary of services or without the necessity of an order from the court.

Absent such clearly permissible instances, however, the scope of protection accorded to confidential information and, its corollary, the duty imposed on those in possession of such information vary depending on the context in which the right of confidentiality is being invoked to sup-

secret professionnel. Le législateur a donc prévu, d'une part, que le titulaire du droit peut, de son propre chef, relever le professionnel de son obligation ou, d'autre part, que le législateur lui-même peut le faire dans l'intérêt public général au moyen d'une disposition expresse de la loi. Le fait que le législateur n'ait pas entendu faire du droit à la non-divulgation de documents confidentiels un droit absolu ou quasi absolu en l'insérant dans la *Charte* ressort également de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* qui régit l'obligation qu'ont les établissements de santé publics de garder confidentiels les dossiers des bénéficiaires de leurs services, notamment en vertu de l'art. 7 de cette loi, qui s'applique en l'espèce.

Cet article reconnaît expressément que les parties peuvent avoir accès aux dossiers d'un bénéficiaire de services hospitaliers dans diverses circonstances, notamment lorsque le bénéficiaire a consenti à la divulgation de ses dossiers à des personnes désignées. Bien que ce consentement puisse être exprès ou implicite, le législateur n'a pas imposé de restriction quant à la forme ou à l'étendue de cette divulgation. En l'absence de consentement, les parties peuvent toujours avoir accès à ces dossiers s'ils demandent une ordonnance judiciaire en ce sens ou encore s'ils font partie des catégories de personnes énumérées aux art. 7 et 8 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* ou dans d'autres lois qui créent pareille faculté. Ainsi, un professionnel, pour fins d'étude et de recherche (art. 7), les héritiers et représentants légaux d'un bénéficiaire, le titulaire de l'autorité parentale ou une personne ayant droit au paiement d'une prestation en vertu d'une police d'assurance sur la vie (art. 8) peuvent avoir accès aux dossiers du bénéficiaire de services sans autorisation préalable de ce dernier ou sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une ordonnance judiciaire à cette fin.

Toutefois, à l'exception de ces cas où l'accès est clairement permis, l'étendue de la protection accordée aux renseignements confidentiels et son corollaire, l'obligation imposée à ceux qui détiennent ces renseignements, varient selon le contexte dans lequel on invoque le droit à la confidentialité

press the release of information. This variation comes as a result of the different principles and interests which must be taken into account when evaluating whether the information, the release of which is being sought, ought to remain confidential (see, for example, Andrée Lajoie, Patrick A. Molinari and Jean-Marie Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux* (1981), at p. 256; Yves-Marie Morissette and Daniel W. Shuman, "Le secret professionnel au Québec: une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve" (1984), 25 *C. de D.* 501; Léo Ducharme, "Le secret médical et l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne" (1984), 44 *R. du B.* 955, at pp. 959-60). Hence, in an extrajudicial context, the main principle underlying the duty of a professional or a hospital to keep their medical records secret is that of the privacy of the individual. It is, therefore, legitimate for a court to give a broad interpretation to the general duty of non-disclosure imposed on hospitals and medical professionals in these circumstances and to interpret restrictively any violation of the right to confidentiality.

pour empêcher la divulgation de renseignements. Cette variation découle des différents principes et droits dont il faut tenir compte en déterminant si les renseignements, dont la divulgation est demandée, devraient demeurer confidentiels (voir, par exemple, Andrée Lajoie, Patrick A. Molinari et Jean-Marie Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux* (1981), à la p. 256; Yves-Marie Morissette et Daniel W. Shuman, «Le secret professionnel au Québec: une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve» (1984), 25 *C. de D.* 501; Léo Ducharme, «Le secret médical et l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne» (1984), 44 *R. du B.* 955, aux pp. 959 et 960). En conséquence, dans un contexte extrajudiciaire, le respect de la vie privée du particulier constitue le principe majeur qui sous-tend l'obligation d'un professionnel ou d'un hôpital de garder secrets leurs dossiers médicaux. Un tribunal est donc en droit, dans ces circonstances, d'interpréter d'une façon libérale l'obligation générale de non-divulgation imposée aux hôpitaux et aux professionnels de la santé, et d'une façon stricte toute violation du droit à la confidentialité.

By contrast, in a judicial context, the duty of confidentiality of hospitals and the duty of secrecy of professionals such as physicians is translated into an evidentiary privilege. This may result in a conflict between the right of privacy of an individual and other fundamental principles of justice such as compellability, disclosure of material facts, the right to make a full defence and the search for truth. As a result, the scope of information protected by confidentiality must be assessed keeping in mind the divergent interests at play. The following comments from Professors Royer and Ducharme—albeit on professional secrecy—illustrate this position. Although the concept of professional secrecy may have different foundations and sources, such as the *Charter* and the professional Code of Ethics, many of its underlying principles are similar. Thus, the principles which have been developed in the case law and doctrine are applica-

Par contre, dans un contexte judiciaire, l'obligation de confidentialité qui incombe aux hôpitaux et l'obligation d'observer le secret professionnel qui incombe à des personnes comme les médecins se transposent en un privilège relatif à la preuve. Cela peut engendrer un conflit entre le droit au respect de la vie privée d'un particulier et les autres principes de justice fondamentale comme la contraingabilité, la divulgation de faits substantiels, le droit à une défense pleine et entière ainsi que la recherche de la vérité. En conséquence, il faut déterminer l'étendue des renseignements protégés par la confidentialité en tenant compte des intérêts divergents en présence. Les commentaires suivants des professeurs Royer et Ducharme, quoiqu'ils portent sur le secret professionnel, illustrent cette position. Bien que le concept du secret professionnel puisse avoir des fondements et des sources différents, comme la *Charte* et le Code de déontologie, bon nombre de ses principes sous-jacents sont similaires. Ainsi, les principes développés par la jurisprudence et la doctrine s'appliquent par analogie.

ble by analogy to the issue of confidentiality of hospital records.

On the objectives of professional secrecy, Professor Jean-Claude Royer, *La preuve civile* (1987), writes at p. 405:

[TRANSLATION] The purpose of professional secrecy is twofold, that of protecting the confidentiality of relations between a professional and his client with respect to the public in general and that of ensuring the non-disclosure in court of confidential information given by a client to a professional. When understood in the first sense, secrecy is a duty of discretion imposed on the professional. In general the latter may not disclose the confidences of his client to third parties. This obligation may result from legislation, regulations or even the existence of a contractual relationship. Its infringement exposes the offender to civil or criminal penalties. When understood in the second sense, professional secrecy is the right or obligation of a person not to disclose to a court confidential information revealed to him in the course of his duties. It is an immunity which limits the admissibility of evidence and is an obstacle to discovering the truth. [Emphasis added.]

Professor Ducharme, *supra*, for his part, observes at pp. 959-60:

[TRANSLATION] Once it is recognized that there is a distinction between professional-secrecy-duty-of-discretion, as set out in the first paragraph of s. 9, and professional-secrecy-immunity governed by the second and third paragraphs, it is quite understandable that the rules applicable to one case do not necessarily apply to the other. Professional secrecy as a duty of discretion has its own special features, independent and apart from professional secrecy as a source of immunity. . . . When it comes to determining the extent of the professional secrecy immunity, such a broad interpretation is no longer possible. Two fundamental values of society must then be reconciled, namely the right to respect for privacy and the right to justice. The reconciliation of these two fundamental rights requires a restrictive interpretation of professional secrecy. [Emphasis added.]

Indeed, in the early 1980's, the Quebec Court of Appeal had espoused the above approach in a number of decisions: *Trempe v. Dow Chemical of Canada Ltd.*, [1980] C.A. 571, *Cordeau v. Cordeau*, [1984] R.D.J. 201, *Paillé v. Lorcon Inc.*,

gie à la question de la confidentialité des dossiers hospitaliers.

En ce qui concerne les objectifs du secret professionnel, le professeur Jean-Claude Royer, *La preuve civile* (1987), écrit ce qui suit, à la p. 405:

Le secret professionnel a une double finalité, soit celle de protéger la confidentialité des rapports entre un professionnel et son client à l'égard du public en général, soit celle d'assurer la non-divulgation en justice des informations confidentielles confiées par un client à un professionnel. Entendu dans le premier sens, ce secret est un devoir de discréction qui s'impose au professionnel. Celui-ci ne peut généralement pas divulguer à des tiers les confidences de son client. Cette obligation peut découler d'une loi, d'un règlement et même de la seule existence d'un rapport contractuel. Sa violation expose le contrevenant à des sanctions civiles ou pénales. Entendu dans le deuxième sens, le secret professionnel est le droit ou l'obligation d'une personne de ne pas divulguer devant un tribunal des renseignements confidentiels qui lui sont révélés dans l'exercice de ses fonctions. Il s'agit d'une immunité qui restreint la recevabilité de la preuve et qui est un obstacle à la découverte de la vérité. [Je souligne.]

Le professeur Ducharme, *loc. cit.*, fait remarquer, pour sa part, aux pp. 959 et 960:

Une fois reconnu qu'il existe une distinction entre le secret-professionnel-devoir-de-discretion tel qu'énoncé par le premier alinéa de l'article 9 et le secret-professionnel-immunité réglementé par les deuxième et troisième alinéas, il est tout à fait normal que les règles applicables dans un cas ne le soient pas nécessairement dans l'autre. Le secret professionnel en tant que devoir de discréction possède un régime propre, autonome et distinct du secret professionnel comme source d'immunité. [ . . . ] Lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue de l'immunité du secret professionnel, une interprétation aussi extensive n'est plus possible. Deux valeurs fondamentales de la société doivent alors être conciliées, à savoir le droit au respect de la vie privée et le droit à la justice. La réconciliation de ces deux droits fondamentaux commande une interprétation restrictive du secret professionnel. [Je souligne.]

En fait, au début des années 80, la Cour d'appel du Québec a adopté ce point de vue dans un certain nombre d'arrêts: *Trempe c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, [1980] C.A. 571, *Cordeau c. Cordeau*, [1984] R.D.J. 201, *Paillé c. Lorcon Inc.*,

[1986] R.D.J. 278. The remarks of Turgeon J.A. in *Cordeau*, at p. 205, are illustrative of this approach:

[TRANSLATION] Under the last paragraph of s. 9 [of the *Charter*], a judge has the discretionary power to protect a physician or require him to testify, depending on whether the judge considers it appropriate for the "sound administration of justice".

The interests of justice require that the truth be discovered. This involves the obligation of a physician to be silent in a judicial proceeding, not his duty of secrecy to the public in general. It is important to avoid making the physician an involuntary accomplice in the fraud committed by a party, as for example when the latter has made false statements in an insurance matter. [Emphasis added.]

In 1989, however, the decision of the Court of Appeal in *Rousseau (Succession de) v. Groupe Desjardins, Assurances générales*, [1989] R.J.Q. 785, marked the return to an approach taken in 1977 in *Société centrale d'hypothèque et de logement v. Pagé*, [1977] C.A. 560, namely, a broad interpretation of s. 9 of the *Charter* when in conflict with the administration of justice, an approach shared by the Court of Appeal in this case. I suggest that the early 1980 decisions are more in accord with the rationale underlying s. 9 of the *Charter* and the right to non-disclosure of confidential information.

The duties pertaining to and the principles governing the confidentiality of hospitals with respect to their records are analogous to professional secrecy between physician and patient. The right of confidentiality is a relative right which exists mainly in the interest of the beneficiary of the hospital services. The legislator has envisaged various situations where a hospital may be relieved from its duty of confidentiality to give communication of the records of a beneficiary of services. One such case is where a beneficiary has given his consent to the release of his hospital records; another is where a court orders such a release.

In the present instance, the question of access and scope of access was easily resolved by the clear terms of the contract. Where a clear waiver

[1986] R.D.J. 278. Les propos du juge Turgeon, à la p. 205 de l'arrêt *Cordeau*, illustrent bien ce point de vue:

*Le juge, en vertu du dernier alinéa de l'article 9 [de la Charte], a le pouvoir discrétionnaire de protéger le médecin ou de l'obliger à rendre témoignage, selon qu'il le juge à propos pour la «bonne administration de la justice».*

*b L'intérêt de la justice exige la découverte de la vérité. Ici, il est question de l'obligation au silence du médecin devant les tribunaux judiciaires et non pas de son obligation au secret vis-à-vis le public en général. Il faut éviter au médecin de devenir un auxiliaire involontaire de la fraude commise par une partie, par exemple lorsque celle-ci a fait de fausses déclarations en matière d'assurance. [Je souligne.]*

Cependant, en 1989, l'arrêt de la Cour d'appel *Rousseau (Succession de) c. Groupe Desjardins, Assurances générales*, [1989] R.J.Q. 785, a marqué un retour à la position adoptée en 1977 dans l'arrêt *Société centrale d'hypothèque et de logement c. Pagé*, [1977] C.A. 560, soit une interprétation libérale de l'art. 9 de la *Charte* en cas de conflit avec l'administration de la justice, position que la Cour d'appel a adoptée ici. J'estime que les décisions du début des années 80 sont plus compatibles avec le raisonnement qui sous-tend l'art. 9 de la *Charte* et le droit à la non-divulgation de renseignements confidentiels.

*g Les obligations relatives à la confidentialité des dossiers hospitaliers et les principes qui la régissent sont analogues à ceux qui existent dans le cas du secret professionnel entre un médecin et son patient. Le droit à la confidentialité est un droit relatif qui existe principalement dans l'intérêt du bénéficiaire des services hospitaliers. Le législateur a envisagé divers cas où un hôpital peut être libéré de son obligation de confidentialité de manière à pouvoir communiquer les dossiers d'un bénéficiaire de services. Un de ces cas est celui du bénéficiaire qui a consenti à la divulgation de ses dossiers hospitaliers; un autre, celui où un tribunal ordonne la divulgation de ces dossiers.*

*En l'espèce, les termes clairs du contrat ont permis de résoudre facilement la question de l'accès et de la portée de cet accès. Si le titulaire du droit à*

has been given by the holder of the right to confidentiality, or where legislative provisions such as those found in the *Act Respecting Health Services and Social Services* permit direct access to hospital records, the question of the right to privacy is no longer in issue since, in one case, the holder of the right has, of his own accord, put aside his privacy under the terms and conditions set by him, and, in the other, the legislator has deemed that other interests must prevail over the individual interest of the beneficiary of the hospital services. Hence, no balancing of interests is necessary in either situation. In the first case, once an express or implied authorization has been found, such as here, health care facilities must release the information according to the terms of the authorization. In the present case, the only limit the insured had imposed on the release of his medical records to the appellant was that it be used for the purpose of "risk assessment and loss analysis"; no restriction as to the scope of information contained in the records was mentioned by the insured. Thus, the appellant was entitled to have access to the complete records of the insured provided these records were needed for the purpose stated in the authorization, a matter easily resolved here.

Situations may arise, however, where no authorization has been given by the insured or beneficiary of the hospital services nor can any authorization be inferred from his acts, or where an authorization has been deemed insufficient, or again where a health care establishment has refused to release the records requested despite a valid express or implied authorization or a legislative provision allowing such access. In these circumstances, a party must have recourse to the courts for an order compelling the health care establishment to release such records. Presented with such a motion, a court must weigh the interests in conflict. In the face of a clear express or implied authorization from the holder of the right of confidentiality or where a legislative provision such as those found in the *Act Respecting Hospital Services and Social Services* is applicable, the courts have no discretion, they must exercise their

la confidentialité a renoncé clairement à ce droit ou encore si des dispositions législatives comme celles qu'on trouve dans la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* autorisent un accès direct aux dossiers hospitaliers, la question du droit au respect de la vie privée ne se pose plus car, dans un cas, le titulaire du droit a, de son propre chef, renoncé au respect de sa vie privée aux conditions qu'il a lui-même fixées et, dans l'autre, le législateur a jugé que d'autres intérêts devaient l'emporter sur ceux du bénéficiaire des services hospitaliers. En conséquence, il n'est, dans aucun de ces cas, nécessaire de soupeser les intérêts en présence. Dans le premier cas, lorsqu'on conclut à l'existence d'une autorisation expresse ou implicite, comme en l'espèce, l'établissement de santé doit divulguer les renseignements conformément aux termes de l'autorisation. La seule restriction imposée ici par l'assuré est que la divulgation de ses dossiers médicaux à l'appelante serve à l'«appréciation des risques et [à l']étude des sinistres»; l'assuré n'a imposé aucune restriction quant à l'étendue des renseignements figurant dans son dossier. En conséquence, l'appelante avait un droit d'accès aux dossiers complets de l'assuré pourvu qu'ils soient nécessaires aux fins mentionnées dans l'autorisation, ce qui est facile à déterminer en l'espèce.

Toutefois, il peut se présenter des situations dans lesquelles il n'y a eu aucune autorisation de cette nature de la part de l'assuré ou du bénéficiaire des services hospitaliers et il n'est pas possible non plus de déduire de ses actes l'existence d'une telle autorisation, ou dans lesquelles l'autorisation a été jugée insuffisante ou encore dans lesquelles l'établissement de santé a refusé de divulguer les dossiers demandés malgré l'existence d'une autorisation expresse ou implicite valide ou d'une disposition législative autorisant cet accès. Dans ces circonstances, une partie peut s'adresser aux tribunaux pour requérir une ordonnance enjoignant à l'établissement de santé de divulguer ces dossiers. Le tribunal saisi d'une telle requête doit soupeser les intérêts qui s'opposent. S'il existe clairement une autorisation expresse ou implicite de la part du titulaire du droit à la confidentialité ou encore si une disposition législative, comme celles

jurisdiction to ensure that all relevant documents be before them to properly and fairly determine the issues between the parties and be made accessible, at the pre-trial stage, to a party to a litigation to allow the latter to prepare a full and complete defence. Hence, in these circumstances, the courts must issue an order against the health care establishment—in possession of records relevant to the issue in litigation—to provide these to the petitioner according to the terms of the authorization or the conditions set by the legislator for direct access to the records; no balancing process is necessary.

In other circumstances, however, the right of privacy of the beneficiary of the hospital services may come into direct conflict with the public interest or the interest of justice. The courts have a duty to protect these interests as well and must therefore weigh the divergent interests at play. It is in the context of this potential conflict that the procedural scheme in the *Code of Civil Procedure* must now be examined.

### 3. The Process

In Quebec, the procedure for compelling production of otherwise confidential medical documents is governed by the *Code of Civil Procedure*. The rules embodied in this Code have been defined as [TRANSLATION] “the set of rules that govern the organization and operation of justice with a view to guaranteeing to individuals that their subjective rights in matters of private law are implemented and sanctioned” (Henry Solus and Roger Perrot, *Droit judiciaire privé* (1961), vol. 1, at p. 13 (emphasis added)). In 1965, the Code was completely revised. Through this reform, the Commissioners sought to remove the excessive formalism and complexity which characterized the provisions of the previous Code and proposed, in their place, new provisions designed to simplify the procedure and to create a more expeditious system of

que l'on trouve dans la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, est applicable, les tribunaux ne possèdent aucun pouvoir discrétionnaire et ils doivent exercer leur compétence afin d'assurer que tous les documents pertinents leur soient soumis, d'une part, de manière à être en mesure de trancher d'une façon appropriée et équitable les questions en litige et, d'autre part, de manière qu'ils soient accessibles, à l'étape préliminaire, à une partie à un litige pour lui permettre de préparer une défense pleine et entière. Par conséquent, dans ces circonstances, les tribunaux doivent ordonner à l'établissement de santé qui a en sa possession des dossiers pertinents à la question en litige de les remettre au requérant conformément aux termes de l'autorisation ou aux conditions fixées par le législateur en matière d'accès direct aux dossiers; aucun processus d'évaluation n'est requis.

Dans d'autres circonstances, cependant, le droit au respect de la vie privée du bénéficiaire des services hospitaliers peut entrer directement en conflit avec l'intérêt public ou l'intérêt de la justice. Les tribunaux ont aussi l'obligation de protéger ces intérêts et ils doivent donc soupeser les intérêts divergents en présence. C'est dans le contexte de cette possibilité de conflit qu'il y a lieu maintenant d'examiner le régime procédural prévu au *Code de procédure civile*.

### 3. La procédure

Au Québec, ce sont les dispositions du *Code de procédure civile* qui régissent la production forcée de documents médicaux par ailleurs confidentiels. Les règles contenues dans ce code ont été définies comme «l'ensemble des règles qui gouvernent l'organisation et le fonctionnement de la justice en vue d'assurer aux particuliers la mise en œuvre et la sanction de leurs droits subjectifs en matière de droit privé» (Henry Solus et Roger Perrot, *Droit judiciaire privé* (1961), t. 1, à la p. 13 (je souligne)). En 1965, le Code a été révisé en profondeur. Dans le cadre de cette réforme, les commissaires ont cherché à éliminer la complexité et le formalisme excessifs qui caractérisaient les dispositions de l'ancien Code et ont proposé de les remplacer par de nouvelles dispositions destinées à simplifier la procédure et à créer un système procé-

procedure in order to bring the latter back to its true role of "servant of the substantive law" (Quebec, Legislative Assembly of Quebec, *Bill 20: Code of Civil Procedure* (1965), general remarks of the Commissioners at pp. I to VIa). In this spirit, several provisions were added or modified to promote full and early disclosure of the evidence. Indeed, art. 2 of the Code expressly sets forth the manner in which its rules are to be interpreted:

2. The rules of procedure in this Code are intended to render effective the substantive law and to ensure that it is carried out. . . . The provisions of this Code must be interpreted . . . so far as possible, in such a way as to facilitate rather than to delay or to end prematurely the normal advancement of cases.

It is with these principles in mind that one must determine whether the *Code of Civil Procedure* provides a mechanism whereby pre-trial access to medical records held by third parties to a litigation may be granted. It is the appellant's contention that art. 402 *C.C.P.*, grants courts the power to order such access.

The purpose of art. 402 *C.C.P.*, according to the Commissioners, is to facilitate the administration of justice in the spirit of the new Code (at p. 79a):

These texts [arts. 401 and 402] reproduce in substance Article 289 *C.C.P.* and are intended to provide for the production in the record, even before the trial, of any document of interest to the case which is in the possession of one of the parties or even of a third party. The suggested provision makes it possible to summon one of the parties for this purpose without prior permission, but subjects the summoning of a third party to the prior authorization of the court which will be in a position to decide any objections raised. [Emphasis added.]

As Baudouin J.A. correctly reminds us at p. 66 of his reasons, art. 402 *C.C.P.* has been construed as the proper procedure for requesting access to medical records in possession of third parties:

[TRANSLATION] It is now settled law that the disclosure of medical records is not limited solely to the two cases mentioned in art. 400. Article 402 *C.C.P.* is located in Subsection 3 of Section 2 of Chapter III, entitled "*Production of Documents*", a section which is general in

dural plus expéditif en vue de la ramener à son véritable rôle «d'auxiliaire du droit substantiel» (Québec, Assemblée législative du Québec, *Bill 20: Code de procédure civile* (1965), observations générales des commissaires aux pp. I à VIa). Dans cet esprit, on a ajouté ou modifié plusieurs dispositions afin de favoriser une divulgation complète et hâtive des éléments de preuve. En fait, l'art. 2 du Code énonce expressément comment ces règles doivent s'interpréter:

2. Les règles de procédure édictées par ce code sont destinées à faire apparaître le droit et en assurer la sanction [...] Ces dispositions doivent s'interpréter [...] autant que possible, de manière à faciliter la marche normale des procès, plutôt qu'à la retarder ou à y mettre fin prematurely.

C'est en gardant ces principes à l'esprit que l'on doit se demander si le *Code de procédure civile* prescrit un mécanisme qui permet l'accès préliminaire aux dossiers médicaux détenus par des tiers. L'appelante prétend que l'art. 402 *C.p.c.* accorde aux tribunaux le pouvoir d'ordonner cet accès.

Selon les commissaires, l'art. 402 *C.p.c.* vise à faciliter l'administration de la justice conformément à l'esprit du nouveau Code (à la p. 79a):

Ces textes [les art. 401 et 402] reproduisent la substance de l'article 289 *C.P.* et visent à assurer la production au dossier, même avant l'enquête, de tout document, intéressant le litige, qui se trouverait entre les mains d'une partie ou même d'un tiers. La disposition suggérée permet d'assigner une partie, à cette fin, sans autorisation, mais soumet l'assignation d'un tiers à une autorisation préalable du tribunal, qui sera à même de juger des objections soulevées, le cas échéant. [Je souligne.]

Comme nous le rappelle à juste titre le juge Baudouin, à la p. 66 de ses motifs, l'art. 402 *C.p.c.* a été interprété comme le véhicule procédural approprié pour demander l'accès aux dossiers médicaux détenus par des tiers:

Notre jurisprudence est maintenant à l'effet que la communication des dossiers médicaux n'est pas limitée aux deux seules hypothèses prévues à l'article 400. L'article 402 *C.P.* est en effet placé dans la sous-section 3 de la section 2 du chapitre III, intitulé «*De la production de*

scope as compared with subsection 2, containing art. 400 C.C.P., which deals specifically with preliminary medical examinations. As Louise Mailhot J.A. noted in *Succession de Rousseau, supra*:

Article 402 is a more general article concerning the production of all kinds of documents and the legislature has not limited its scope in matters involving medical records to medical examinations provided for in art. 399 C.C.P. and the medical record in art. 400 C.C.P.

Our courts have also held that there is nothing to prevent a medical or hospital record being a document in itself within the meaning of art. 402, provided that it meets other criteria of eligibility . . .

While, therefore, art. 402 C.C.P. is the proper procedural vehicle for obtaining disclosure of this kind of document, this does not mean that such disclosure can and must be given in every case. It is up to the judge to ensure that the document discloses facts relating to the issues which can be evidence between the parties. [Emphasis added.]

While courts have had no difficulty agreeing that art. 402 C.C.P. confers upon them a wide discretionary power to order third parties to communicate their medical records, once the question of their disclosure has been settled, there seems to have been much less consensus on the criteria to be applied in the exercise of this discretion, or the scope and time at which such communication may be given.

A review of the jurisprudence relating to art. 402 C.C.P. reveals that requests for access to medical records almost always originate from three classes of cases: (1) actions arising out of bodily injuries; (2) actions arising out of medical malpractice; and (3) actions based on life (or sometimes health) insurance policies where the deceased's representations about his or her health were involved. (One leading case in Quebec was concerned with a testamentary action in which the testator's mental capacity was in dispute (*Cordeau v. Cordeau, supra*).) A close analysis of these three major classes of cases reveals that, in general, in

documents», section à portée générale par rapport à la sous-section 2 où se trouve l'article 400 C.P., traitant spécifiquement de l'examen médical préalable. Comme le notaient l'honorable Louise Mailhot dans l'affaire *Succession de Rousseau*, précitée:

L'article 402 est un article plus général qui vise la production de toutes sortes de documents et le législateur n'en a pas limité la portée en matière de dossier médical au seul examen médical prévu à l'article 399 C.P. et au dossier médical de l'article 400 C.P.

Notre jurisprudence est également à l'effet que rien ne s'oppose à ce qu'un dossier médical ou hospitalier puisse être en soi un document au sens de l'article 402, pourvu que, par ailleurs, il rencontre les autres critères d'admissibilité . . .

Si donc l'article 402 C.P. est le bon véhicule procédural pour obtenir communication de ce genre de documents, on ne doit pas en déduire pour autant qu'une telle communication peut et doit être donnée dans tous les cas. C'est au juge qu'il appartient de s'assurer que ce document révèle des faits se rapportant au litige et pouvant faire preuve entre les parties. [Je souligne.]

Même si les tribunaux reconnaissent sans problème que l'art. 402 C.p.c. leur confère un vaste pouvoir discrétionnaire d'ordonner à des tiers de communiquer les dossiers médicaux qui sont en leur possession, il semble qu'une fois réglée la question de leur divulgation, il y ait eu beaucoup moins d'unanimité sur les critères qui doivent régir l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ou sur l'étendue ou le moment de cette communication.

Il ressort de l'examen de la jurisprudence relative à l'art. 402 C.p.c. que les demandes d'accès aux dossiers médicaux se situent presque toujours dans trois catégories d'actions: (1) les actions intentées à la suite de lésions corporelles; (2) les actions en responsabilité médicale, et (3) les actions fondées sur des polices d'assurance-vie (ou parfois d'assurance-maladie) dans lesquelles sont en cause les déclarations du défunt sur son état de santé. (Un arrêt de principe au Québec porte sur une action de nature testamentaire dans laquelle on contestait la capacité mentale du testateur (*Cordeau c. Cordeau*, précité).) Il ressort d'une analyse

personal injury cases, requests for access to medical records under art. 402 *C.C.P.* have been granted with great consistency. The courts have had more difficulty, however, in determining the scope of information to which a petitioner should be granted access. While motions for release of records of accidents and subsequent medical treatments have generally been granted, the courts have steadfastly refused to allow pre-trial access to pre-injury records not relevant to the issue of liability, even though they may be relevant to the evaluation of damages. When that situation occurs, the courts have tended to defer to the trial judge (see, for example, *Audet v. Hôtel-Dieu de Salaberry de Valleyfield*, [1974] R.P. 236 (C.A.)). Hence, only where pre-injury records are relevant to the issue of liability itself, will the courts generally allow pre-trial access to these records (see, for example, *Lindsay v. Henri Laflamme Inc.*, J.E. 89-760 (Sup. Ct.); *Rothpan v. 123870 Canada Inc.*, J.E. 89-1111 (Sup. Ct.)).

In medical malpractice cases, courts have again consistently granted defendants access to the medical records of plaintiffs, holding that when a plaintiff places his or her physical or mental well-being in issue, he or she implicitly waives his or her right to privacy and confidentiality of medical records (Alain Bernardot and Robert P. Kouri, *La responsabilité civile médicale* (1980), at p. 159). An additional reason often cited by the courts for granting defendants access to the medical records of plaintiffs is the right of a defendant to a full and complete defence linked with the principle that evidential privilege not be invoked to impede the judicial process (see, for example, *Coffey v. Tran*, J.E. 91-223 (C.A.); *Goulet v. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085 (C.A.); *Paillé v. Lorcon*, *supra*). Pre-trial access to the records is usually allowed in order to give the defendant the opportunity to prepare a full defence (see *Goulet*, *supra*). Finally, the scope of access to the records has been usually limited to

approfondie de la jurisprudence relative à ces trois grandes catégories d'actions que, dans les actions pour lésions corporelles, on fait généralement droit aux demandes d'accès aux dossiers médicaux sous le régime de l'art. 402 *C.p.c.* Toutefois, les tribunaux ont plus de difficulté à déterminer l'étendue des renseignements auxquels le requérant devrait avoir accès. Bien que l'on ait généralement fait droit aux demandes de divulgation de dossiers dans le cas d'accidents et de traitements médicaux subséquents, les tribunaux ont refusé catégoriquement d'autoriser l'accès préliminaire aux dossiers médicaux antérieurs aux blessures subies, qui ne se rapportent pas à la question de la responsabilité, quoiqu'ils puissent être pertinents en matière d'évaluation des dommages-intérêts. Le cas échéant, les tribunaux ont eu tendance à s'en remettre au juge du procès (voir, par exemple, *Audet c. Hôtel-Dieu de Salaberry de Valleyfield*, [1974] R.P. 236 (C.A.)). En conséquence, les tribunaux accorderont généralement l'accès préliminaire aux dossiers médicaux antérieurs aux blessures subies seulement dans les cas où ces dossiers se rapportent à la question même de la responsabilité (voir, par exemple, *Lindsay c. Henri Laflamme Inc.*, J.E. 89-760 (C.S.); *Rothpan c. 123870 Canada Inc.*, J.E. 89-1111 (C.S.)).

Dans les cas d'actions en responsabilité médicale, les tribunaux ont aussi constamment accordé aux défendeurs l'accès aux dossiers médicaux des demandeurs, statuant que le demandeur qui met en cause sa capacité physique ou mentale renonce implicitement à son droit au respect de sa vie privée et à la confidentialité de ses dossiers médicaux (Alain Bernardot et Robert P. Kouri, *La responsabilité civile médicale* (1980), à la p. 159). Une autre raison souvent invoquée lorsque les tribunaux permettent aux défendeurs d'avoir accès aux dossiers médicaux des demandeurs, est le droit du défendeur à une défense pleine et entière et le principe en vertu duquel l'existence d'un privilège relatif à la preuve ne saurait être invoquée pour entraver le processus judiciaire (voir, par exemple, *Coffey c. Tran*, J.E. 91-223 (C.A.); *Goulet c. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085 (C.A.); *Paillé c. Lorcon*, *précité*). On autorise habituellement l'accès préliminaire aux dossiers afin d'assurer au défendeur

that which is directly related to the issue in litigation (see *Coffey, supra*).

As for cases involving insurance policies, again the courts have allowed access to the medical records of the insured, in principle so that medical secrecy not be used as a cover for fraudulent acts. Like in malpractice cases, medical records in insurance cases also relate directly to the central issue: the validity of the contract which is itself dependent on the faithful disclosure of past health status—a matter of public order under the *Civil Code* (see, for example, *Taxi Newman Lafleur v. Cie d'assurances Provinces-Unies*, [1991] R.R.A. 411 (Sup. Ct.) (on appeal); *Impériale (L')*, *Cie d'assurance-vie v. Succession de Roy*, [1990] R.J.Q. 2468 (C.A.); and *Robitaille v. Cie d'assurance C.N.A.*, J.E. 79-565 (Sup. Ct.)).

Even though in health and life insurance cases, the question of the health of the insured is directly in issue, courts have usually held that an implicit waiver of the right to confidentiality may not be inferred in these cases contrary to the position in malpractice actions. In one decision, however, the Court of Appeal did infer such a waiver. In *Laprise v. Bonneau*, [1985] C.A. 9, speaking for the court, Jacques J.A. stated at p. 12:

[TRANSLATION] . . . the fact of mentioning his physical condition in a court is, in the absence of indications to the contrary which are not present here, implicit authorization to disclose the appellant's medical records provided that the contents of the record are only admitted in evidence in accordance with the usual rules of relevance and causation.

This judgment, however, appears to be the only reported insurance case in Quebec where a court has held that a waiver may be implied and it

une défense pleine et entière (voir *Goulet*, précité). Enfin, l'accès est généralement limité aux dossiers qui se rapportent directement à la question en litige (voir *Coffey*, précité).

En ce qui concerne les actions fondées sur des polices d'assurance, les tribunaux ont également permis l'accès aux dossiers médicaux de l'assuré, en principe pour que le secret professionnel des médecins ne puisse servir à cacher des actes frauduleux. Comme dans le cas des actions en responsabilité professionnelle, les dossiers médicaux, en matière d'assurance, doivent aussi se rapporter directement à la principale question en litige: la validité du contrat qui elle-même dépend de la divulgation exacte de l'état de santé antérieur—une question d'ordre public en vertu du *Code civil* (voir, par exemple, *Taxi Newman Lafleur c. Cie d'assurances Provinces-Unies*, [1991] R.R.A. 411 (C.S.) (en appel), *Impériale (L')*, *Cie d'assurance-vie c. Succession de Roy*, [1990] R.J.Q. 2468 (C.A.), et *Robitaille c. Cie d'assurance C.N.A.*, J.E. 79-565 (C.S.)).

Même si, dans les affaires d'assurance-maladie et d'assurance-vie, la question de l'état de santé de l'assuré est directement soulevée, les tribunaux ont habituellement statué que, dans ces cas, l'on ne saurait conclure à l'existence d'une renonciation implicite au droit à la confidentialité, contrairement à ce qui est le cas dans des actions en responsabilité professionnelle. Toutefois, un arrêt de la Cour d'appel a conclu à l'existence d'une telle renonciation. Dans l'arrêt *Laprise c. Bonneau*, [1985] C.A. 9, le juge Jacques affirme, au nom de la cour, à la p. 12:

... le fait d'invoquer son état physique devant un tribunal constitue, en l'absence d'indications contraires qui ne sont pas ici présentes, une autorisation implicite de donner communication des dossiers médicaux de l'appelant sous la réserve que les composantes du dossier ne soient admises en preuve que suivant les règles usuelles de la pertinence et de la causalité.

Toutefois, parmi les décisions publiées en matière d'assurance au Québec, cette décision paraît être la seule où un tribunal a décidé qu'une renonciation

should be pointed out that it involved a disability insurance claim.

The difficulty of extending the implicit waiver principle to life insurance claims can perhaps be better understood if one takes the view, such as the one held by the majority of the Court of Appeal in the present case, that a waiver of the right to confidentiality must be interpreted restrictively, especially when dealing with a waiver for the future. In my view, if we are to accept that, in malpractice cases, an implicit waiver may automatically be inferred, it seems only logical that, in life or health insurance cases, where the physical or mental integrity of the insured is an equally important issue, the concept of implicit waiver should apply equally. Indeed such a view was proposed by Alastair M. Watt in "Le secret professionnel" (1945), 5 *R. du B.* 189, at pp. 195-96:

Life insurance policies are issued on the strength of the assured's statements regarding his health and his previous medical history. The validity of the contract and the company's obligation to pay depend on the truth and accuracy of these statements, so that the assured's physical condition and all connected with it are matters of contract between him and his insurer. As against the insurer who is being asked to pay, there can be no secrecy, it would seem, about anything relating to the truth or falsity of the representations upon which the policy was issued. The contract of insurance itself is a waiver of the privilege so far as the insurance company is concerned; and the plaintiff by suing on the policy and thus reaffirming the truth of the statements in the application, puts all these facts in issue and thus implicitly waives the privilege once again. [Emphasis added.]

While the preceding comments were also made in the context of an invalidity or health insurance claim, there is no reason not to extend its reasoning to claims relating to life insurance indemnities. The problem of the personal nature of the right to confidentiality in life insurance cases may be solved if the waiver is deemed to have been made

peut être implicite, et je souligne qu'il était question, dans cette affaire, d'une réclamation relative à une assurance-invalidité.

La difficulté que pose l'extension du principe de la renonciation implicite aux réclamations en matière d'assurance-vie peut peut-être mieux se comprendre si l'on adopte, comme l'a fait la Cour d'appel à la majorité en l'espèce, le point de vue que la renonciation au droit à la confidentialité doit être interprétée restrictivement, spécialement lorsqu'il est question d'une renonciation pour l'avenir. À mon avis, si l'on doit accepter que, dans les actions en responsabilité professionnelle, l'on puisse automatiquement conclure à l'existence d'une renonciation implicite, il semble tout à fait logique que le concept de la renonciation implicite doive s'appliquer également dans les affaires d'assurance-vie ou d'assurance-maladie où l'intégrité physique ou mentale de l'assuré est tout aussi important. En fait, ce point de vue a été proposé par Alastair M. Watt dans «Le secret professionnel» (1945), 5 *R. du B.* 189, aux pp. 195 et 196:

[TRADUCTION] Les polices d'assurance-vie sont émises sur la foi des déclarations de l'assuré concernant son état de santé et ses antécédents médicaux. La validité du contrat et l'obligation de payer de la compagnie dépendent de la véracité et de l'exactitude de ces déclarations, de sorte que la condition physique et tout ce qui s'y rapporte font l'objet du contrat entre l'assuré et son assureur. À l'égard de l'assureur à qui on demande de payer, il ne peut exister de secret, semblerait-il, en ce qui concerne la véracité ou la fausseté des déclarations sur la foi desquelles la police a été émise. Le contrat d'assurance lui-même est une renonciation au privilège pour ce qui est de la compagnie d'assurances elle-même; le demandeur, en intentant une poursuite relative à l'exécution de la police et en réaffirmant la véracité des déclarations figurant dans la demande, met tous ces faits en cause et renonce implicitement encore une fois au privilège. [Je souligne.]

Bien que les commentaires qui précèdent aient été faits dans le contexte d'une réclamation en matière d'assurance-invalidité ou d'assurance-maladie, rien n'empêche d'appliquer ce raisonnement aux réclamations d'indemnités d'assurance-vie. Le problème de la nature personnelle du droit à la confidentialité dans les affaires d'assurance-

at the time of formation, perhaps as one of the implicit obligations of the contract. In the common law context, Wigmore in *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), at p. 854, expressed the view that:

*A contract of life or accident insurance, entitling the promisee on certain facts of bodily condition to receive a money payment, ought to be deemed in itself an implied waiver by both parties because otherwise it leaves the prospects of proof for both parties a mere gamble.* [Emphasis added; italics in original.]

I suggest that such a construction is entirely compatible with the precepts of the *Civil Code*.

From this review of cases relating to requests for access to medical records under art. 402 *C.C.P.*, the following propositions emerge. In the absence of an express or implied waiver, or a legislative provision allowing direct access, or when, in spite of such valid waiver or provision, access is denied by a health care facility, a party may request an order of the court, directed against that facility, in order to gain access to the records needed, based on art. 402 *C.C.P.* In the case of an unjustified denial of access, such as where a valid waiver was made or a legislative provision exists which allows access, courts must compel the establishment to respect the terms of the waiver or the legislative provision. Otherwise, judges must exercise their discretion under art. 402 *C.C.P.* according to the degree of relevance and importance of the information sought relative to the issue between the parties. In exercising that discretion, a court must weigh the diverse interests in conflict. The questions of whether access will be granted at all, the scope of that access and timing of that access all depend on their relevance ("rattachement et pertinence", see *Goulet, Coffey and Laprise, supra*) to the question in issue. Access to the information sought becomes inextricably linked to one's ability to prepare a full defence. Accordingly, a judge will be greatly inclined to allow access to medical records where the state of health of the holder of the privilege is the central

vie peut être résolu si la renonciation est réputée faite au moment de la formation du contrat, peut-être comme l'une des obligations implicites de celui-ci. Dans le contexte de la common law, Wigmore, dans *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), à la p. 854, exprime l'opinion suivante:

[TRADUCTION] *Un contrat d'assurance-vie ou d'assurance contre les accidents, qui habilite le créancier de l'engagement, lorsque se réalisent certains faits quant à sa condition physique, à recevoir une somme d'argent, devrait être réputé constituer en soi une renonciation implicite de la part des deux parties car autrement les perspectives de preuve pour les deux parties relèveraient de la pure chance.* [Je souligne.]

J'estime que cette interprétation est entièrement compatible avec les préceptes du *Code civil*.

On peut dégager les propositions suivantes de l'analyse de la jurisprudence relative aux demandes d'accès aux dossiers médicaux en vertu de l'art. 402 *C.p.c.* S'il n'existe pas de renonciation expresse ou implicite ou de disposition législative autorisant l'accès direct ou si, malgré l'existence d'une renonciation valide ou d'une disposition législative, l'établissement de santé refuse l'accès aux dossiers médicaux, une partie peut, en vertu de l'art. 402 *C.p.c.*, demander au tribunal d'ordonner à cet établissement de permettre l'accès aux dossiers requis. Dans le cas d'un refus injustifié d'accès aux dossiers médicaux, notamment en présence d'une renonciation valide ou d'une disposition législative autorisant cet accès, le tribunal doit forcer l'établissement à respecter les termes de la renonciation ou de la disposition législative. Dans les autres cas, le juge doit exercer le pouvoir discrétionnaire dont il jouit en vertu de l'art. 402 *C.p.c.* en fonction du degré de pertinence et de l'importance des renseignements sollicités par rapport à la question en litige. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, le tribunal doit soulever les divers intérêts qui s'opposent. Les questions de savoir si l'accès sera permis, quelle en sera la portée et quand il sera autorisé dépendent toutes de la pertinence («rattachement et pertinence», voir *Goulet, Coffey et Laprise*, précités) des renseignements par rapport à la question en litige. L'accès aux renseignements sollicités

issue of the case and where there are no other means for a party to prove his case. It is the judge's task to weigh these factors in the pursuit of an efficient and healthy administration of justice while at the same time ensuring the protection of the right of privacy and confidentiality of an individual against fishing expeditions. Article 402 *C.C.P.* allows the courts the discretion to balance the interests of justice against the rights of the individual. In each case, the result will depend on the particular circumstances involved.

devient inextricablement lié à la capacité de préparer une défense pleine et entière. En conséquence, un juge sera fortement enclin à permettre l'accès aux dossiers médicaux dans les cas où l'état de santé du titulaire du privilège constitue la principale question en litige et où il n'existe pas d'autres moyens pour une partie de prouver ses prétentions. Il appartient au juge, dans la recherche d'une administration saine et efficace de la justice, de soupeser ces facteurs et d'assurer en même temps la protection du droit d'une personne au respect de sa vie privée et à la confidentialité contre les expéditions de pêche. L'article 402 *C.p.c.* confère aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de soupeser les intérêts de la justice au regard des droits d'un particulier. Le résultat dépendra des circonstances particulières de chaque cas.

Given the above, I am compelled to conclude that, in the present case, even if there had been no waiver of the right to confidentiality, or had the waiver not been applicable to the investigation into the cause of death of the insured, the appellant insurer was entitled to have access to the medical records sought by a court order under art. 402 *C.C.P.* and access to those records has been wrongfully refused. The cause of the death of the insured is indeed the central issue of this case, triggering the operation of art. 402 in favour of the appellant. Moreover, no other evidence of the appellant's contentions of suicide or death by fatal reaction to drugs is available as no chemical test could be performed on the insured's body to detect traces of alcohol or drugs. Indeed, much of the information gathered from other sources alluded to the possibility of suicide or fatal reaction to drugs. However, none of these records provide the best evidence (art. 1204 *C.C.L.C.*) or pertain more directly to the cause of death of the insured than do the records of Hôpital Jean-Talon where the insured had apparently been treated soon before his disappearance. As pointed out by counsel for the appellant at trial, the coroner's conclusion that the probable cause of death was asphyxiation by drowning is of negligible value to the issue of accidental death as the immediate cause of death of any drowning victim is always asphyxiation. Thus, this information is in no way helpful in determin-

Compte tenu de ce qui précède, je me dois de conclure qu'en l'espèce, d'une part, même s'il n'y avait pas eu de renonciation au droit à la confidentialité ou même si cette renonciation n'avait pas été applicable à l'enquête sur la cause du décès de l'assuré, l'assureur appelant avait un droit d'accès aux dossiers médicaux sollicités sur l'ordre d'un tribunal en vertu de l'art. 402 *C.p.c.* et, d'autre part, que c'est à tort que l'accès à ces dossiers lui a été refusé. La cause du décès de l'assuré constitue véritablement la question centrale du litige ici, ce qui a pour effet de déclencher l'application de l'art. 402 en faveur de l'appelante. De plus, l'appelante n'a pas d'autre moyen de faire la preuve du suicide ou de la réaction mortelle à des drogues puisqu'aucun test chimique n'a pu être effectué aux fins de déceler dans le corps de l'assuré des traces d'alcool ou de drogues. Malgré qu'une bonne partie des renseignements émanant d'autres sources se rapportent à la possibilité d'un suicide ou d'une réaction mortelle à des drogues, aucun de ces dossiers n'apporte cependant la meilleure preuve (art. 1204 *C.c.B.-C.*) ni ne se rapporte plus directement à la cause du décès de l'assuré que les dossiers de l'Hôpital Jean-Talon où l'assuré aurait été apparemment traité peu avant sa disparition. Comme l'a indiqué le procureur de l'appelante au procès, la conclusion du coroner que la cause probable du décès a été l'asphyxie par noyade est peu probante lorsqu'il s'agit d'un décès accidentel

ing whether the death was self-induced or truly an accident. As for the scope of access, I find the complete records of the insured held by Hôpital Jean-Talon to be relevant and would therefore agree that access to them should be given to the appellant. The concerns expressed by the members of the Court of Appeal—that access to the complete medical records of the insured would constitute an unjustified intrusion into his private life—are here, in my view, misplaced. The complete records of the *mis en cause* relating to the insured covered only a brief period of his life, dating only from 1985 to 1986, the year preceding his death. The nature of the claim puts into question a whole series of events which may have led to the questionable cause of death and renders these medical records crucial to the issue being litigated. In these circumstances, access to these records surely does not constitute a fishing expedition.

puisque la cause immédiate du décès par noyade est toujours l'asphyxie. En conséquence, ce renseignement n'est d'aucune utilité pour déterminer si le décès a été provoqué par la victime ou est accidentel. En ce qui concerne la portée de la communication, j'estime que les dossiers complets de l'assuré en la possession de l'Hôpital Jean-Talon sont pertinents et il y a donc lieu de permettre à l'appelante d'avoir accès à ces dossiers. Les préoccupations exprimées par les juges de la Cour d'appel—soit que l'accès aux dossiers médicaux complets de l'assuré constituerait une intrusion injustifiée dans sa vie privée—sont, à mon avis, injustifiées. Les dossiers complets que le mis en cause possède au sujet de l'assuré ne visent qu'une brève période de sa vie, soit entre 1985 et 1986, l'année antérieure à son décès. La nature de la réclamation met en question toute une série d'événements qui peuvent avoir entraîné la cause suspecte du décès de l'assuré et fait des dossiers médicaux un élément crucial pour trancher la question en litige. Dans ces circonstances, l'accès à ces dossiers ne constitue sûrement pas une expédition de pêche.

#### 4. A Comparative Look at the Common Law in Canada

Since insurance companies operate in all ten Canadian provinces and forms used for authorizing the release of medical information being generally similar, it is interesting to see how access to medical records relating to an insured, amongst others, in the possession of a third party to a litigation are treated in other provinces. Interestingly, the position I have set out in Quebec accords closely with that in the common law jurisdictions.

English and Canadian common law courts have traditionally refused to recognize an evidentiary privilege for physician-patient communications and hospital records, although there is now a trend towards protection of medical information received in the context of psychiatric or marital counselling (John Sopinka and Sidney N. Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), at pp. 206-9; Wigmore, *supra*, c. 86; and Bartha Knoppers, "Confidentiality and Accessibility of Medical Information: A Comparative Analysis" (1982), 12 *R.D.U.S.* 395, at p. 401). This is pre-

#### 4. Analyse comparative de la common law au Canada

Puisque les compagnies d'assurances opèrent dans les dix provinces canadiennes et que les formules d'autorisation de communication des dossiers médicaux sont généralement similaires, il est intéressant de voir comment les autres provinces traitent l'accès aux dossiers médicaux d'un assuré en la possession d'un tiers. On constate que la position au Québec se rapproche étroitement de celle qui existe dans les provinces de common law.

En Angleterre et au Canada, les tribunaux de common law ont traditionnellement refusé de reconnaître, en ce qui a trait aux communications entre un médecin et son patient et les dossiers hospitaliers, un privilège relatif à la preuve; toutefois, il existe actuellement une tendance vers la protection des renseignements de nature médicale reçus dans le contexte de consultations psychiatriques ou matrimoniales (John Sopinka et Sidney N. Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), aux pp. 206 à 209, Wigmore, *op. cit.*, ch. 86, et Bartha Knoppers, «Confidentiality and Accessibili-

mised on the strong protection common law courts have traditionally accorded the administration of justice and the adversarial justice system. Picard J., in *Hay v. University of Alberta Hospital* (1990), 69 D.L.R. (4th) 755 (Alta. Q.B.), at pp. 757-58, describes as follows the status of the right of confidentiality and the question of litigation privilege in the context of a malpractice suit in the common law jurisdictions:

The issue requires a consideration of the position of a treating physician who will be called as a witness in a lawsuit. The fact that such a person is both a physician and a witness raises legal principles that may seem to conflict. The physician-patient relationship is clothed with confidentiality, a right which may be waived by the patient. Confidentiality is an important attribute of the physician-patient relationship, essential in promoting open communication between physician and patient. The patient may expressly waive this right or, by his actions, be found to have impliedly waived it. Alternatively, an overriding public interest or a statutory direction may justify a physician disclosing information about the patient. In the absence of such circumstances, the right remains and a physician who divulges confidential information could face an action for breach of confidentiality, a possibility which obviously causes physicians some concern.

However, once in the witness-box, a physician is like any other witness and cannot claim privilege, that is to say he is compellable to testify about matters involving the patient even in the absence of the patient's consent. An exception arises where privilege may be asserted on the basis of solicitor-client privilege but that is not the case here. Thus, in court, a physician must testify if asked about matters which would have been protected by the patient's right to confidentiality at an earlier time.

In the pre-trial stage, if the right to confidentiality is removed, the physician is in the position of any other witness and may be contacted without the requirement of consent of the party who will be calling him. [Emphasis added.]

lity of Medical Information: A Comparative Analysis» (1982), 12 *R.D.U.S.* 395, à la p. 401). Cette position se fonde sur la grande protection que les tribunaux de common law ont traditionnellement accordée à l'administration de la justice et au système de justice accusatoire. Le juge Picard, dans l'arrêt *Hay c. University of Alberta Hospital* (1990), 69 D.L.R. (4th) 755 (B.R. Alb.), aux pp. 757 et 758, décrit ainsi la situation du droit à la confidentialité ainsi que la question du privilège relatif au litige dans le contexte d'une poursuite en responsabilité professionnelle dans les provinces de common law:

c [TRADUCTION] La question nécessite un examen de la situation d'un médecin traitant qui sera appelé à témoigner dans une poursuite. Le fait que cette personne est à la fois médecin et témoin soulève des principes juridiques qui peuvent sembler en conflit. La relation entre un médecin et son patient est confidentielle, mais le patient peut renoncer à son droit à la confidentialité. En effet, la confidentialité constitue un attribut important de la relation entre un médecin et son patient, un attribut essentiel pour favoriser une communication franche entre le médecin et son patient. Le patient peut expressément renoncer à ce droit ou on peut juger qu'il l'a fait implicitement d'après les actes qu'il a accomplis. Subsidiairement, l'existence d'un intérêt public supérieur ou d'une directive législative peut justifier un médecin de divulguer des renseignements sur son patient. En l'absence de ces circonstances, le droit demeure et le médecin qui divulgue des renseignements confidentiels pourrait faire l'objet d'une poursuite pour violation du caractère confidentiel, une possibilité qui suscite manifestement certaines préoccupations chez les médecins.

h Toutefois, le médecin, qui se trouve à la barre, est comme un autre témoin et ne peut invoquer un privilège, c'est-à-dire qu'il peut être contraint de témoigner sur des questions concernant le patient même en l'absence du consentement du patient. Il existe une exception dans le cas où le privilège peut être invoqué sur la base du secret professionnel de l'avocat, mais ce n'est pas le cas ici. En conséquence, un médecin, qui est en cour, est tenu de témoigner lorsqu'on l'interroge sur des questions qui auraient été protégées par le droit à la confidentialité du patient à une époque antérieure.

j À l'étape préliminaire, si l'on élimine le droit à la confidentialité, le médecin est dans la situation de tout autre témoin et il est possible de communiquer avec lui sans avoir à obtenir le consentement de la partie qui l'assignera à témoigner. [Je souligne.]

In Canadian common law, the leading authority on the question of production of medical records in possession of third parties remains the unanimous Ontario Court of Appeal judgment in *Cook v. Ip* (1985), 52 O.R. 289. In that case, the plaintiff had instituted an action against the defendants for compensation for personal injury and loss of income as a result of a motor vehicle accident. The defendants were refused access to the medical records of the plaintiff in the possession of the Ontario Health and Insurance Plan (OHIP). Given the Ontario *Health Insurance Act*'s provisions to the effect that the person administering the Act should preserve secrecy, OHIP claimed a litigation privilege against production of medical records and other documents in court proceedings. Cory J.A. (then of the Court of Appeal) rejected this claim and, speaking for the court, wrote at p. 292:

There can be no doubt that it is in the public interest to ensure that all relevant evidence is available to the court. This is essential if justice is to be done between the parties. Wherever damages are claimed for injuries suffered, a review of the medical records is of vital importance to a court's decision. [Emphasis added.]

At pages 292-93 he added:

No doubt medical records are private and confidential in nature. Nevertheless, when damages are sought for personal injuries, the medical condition of the plaintiff both before and after the accident is relevant. In this case, it is the very issue in question. The plaintiff himself has raised the issue and placed it before the court. In these circumstances there can no longer be any privacy or confidentiality attaching to the plaintiff's medical records.

There is inherent jurisdiction in the court to ensure that all relevant documents are before it. The court requires this jurisdiction in order to determine properly and fairly the issues between the parties. In *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479 . . . Rand J. . . . at p. 482 . . . stated:

En common law canadienne, l'arrêt unanime de la Cour d'appel de l'Ontario *Cook c. Ip* (1985), 52 O.R. 289, demeure l'arrêt de principe sur la question de la production de dossiers médicaux en la possession de tiers. Dans cette affaire, le demandeur avait intenté contre les défendeurs une action en indemnisation pour lésions corporelles et perte de revenu à la suite d'un accident d'automobile. Les défendeurs avaient refusé l'accès aux dossiers médicaux du demandeur, qui se trouvaient en la possession du Régime d'assurance-maladie de l'Ontario (RAMO). En raison des dispositions de la *Loi sur l'assurance-maladie* de l'Ontario, qui prévoient que la personne chargée de l'administration de la Loi doit préserver le secret, le RAMO a invoqué l'existence d'un privilège relatif au litige pour refuser de produire les dossiers médicaux et d'autres documents dans le cadre de poursuites judiciaires. Le juge Cory (maintenant de notre Cour) a rejeté cette prétention et a écrit, au nom de la cour, à la p. 292:

[TRADUCTION] Il ne saurait y avoir de doute qu'il est dans l'intérêt public de veiller à ce que le tribunal ait accès à tous les éléments de preuve pertinents. Cela est essentiel si l'on veut que justice soit rendue entre les parties. Dans le cas où des dommages-intérêts sont réclamés pour des blessures subies, il est essentiel que le tribunal examine les dossiers médicaux pour rendre une décision. [Je souligne.]

Aux pages 292 et 293, il ajoute:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que les dossiers médicaux sont de nature privée et confidentielle. Néanmoins, lorsque des dommages-intérêts sont réclamés pour des lésions corporelles, l'état de santé du demandeur tant avant qu'après l'accident est pertinent. En l'espèce, il s'agit de la question en litige. Le demandeur a lui-même soulevé la question et l'a soumise au tribunal. Dans ces circonstances, il ne peut plus exister de secret professionnel ou de confidentialité se rattachant aux dossiers médicaux du demandeur.

Il est de la compétence inhérente du tribunal de s'assurer qu'il a entre les mains tous les documents pertinents. Le tribunal a besoin de cette compétence pour trancher d'une façon appropriée et équitable les litiges entre les parties. Dans l'arrêt *R. c. Snider*, [1954] R.C.S. 479 . . . le juge Rand . . . affirme, à la p. 482:

... in a court of justice every person and every fact must be available to the execution of its supreme function. [Emphasis added.]

Cory J.A. agreed that settlement discussions are an additional reason for granting access to medical records at p. 292:

It is also important to the parties that they have early production of these documents. Settlement of disputes at an early date is of great benefit to the parties and to the judicial system. In order to make an informed, fair and just settlement, counsel for the parties must be in possession of all pertinent material. [Emphasis added.]

As for the concern relating to fishing expeditions into the privacy of individuals, Cory J.A. remarked at p. 296:

... it should be remembered that this decision will not lead to unnecessary and vexatious fishing expeditions as the court can supervise and control the procedures which must be undertaken to obtain production. This is provided by rule 30.10 of the present Rules of Civil Procedure and Rule 349 of the Rules of Practice.

Cases subsequent to *Cook* further refined the rule for determining the scope of information to which a petitioner may be granted access (i.e., the relevance of the information sought relative to the issue in question). Thus, the question of whether pre-injury records or the entire medical records should be released to petitioners in common law jurisdictions depends entirely on its relevance to the issue (see, for example, *Furlano v. Calarco* (1987), 60 O.R. (2d) 451 (Ont. H.C.), and *Tamssot v. Belgrano* (1987), 59 O.R. (2d) 57 (Master)).

Rules of procedure governing the pre-trial production of documents in the possession of third parties analogous to art. 402 *C.C.P.* have also been enacted in other Canadian provinces. In Ontario, for example, rule 30.10 of the Rules of Civil Pro-

... une cour de justice, dans l'exercice de sa fonction suprême, doit pouvoir faire appel à toute personne et avoir à sa disposition tous les faits. [Je souligne.]

Le juge Cory a aussi reconnu que les discussions relatives au règlement de différends constituent un motif supplémentaire d'accorder l'accès aux dossiers médicaux, à la p. 292:

[TRADUCTION] Il est également important pour les parties que ces documents soient produits hâtivement. Le règlement hâtif des différends présente un grand avantage tant pour les parties que pour le système judiciaire. Afin d'en arriver à un règlement éclairé, équitable et juste, les avocats des parties doivent être en possession de tous les documents pertinents. [Je souligne.]

En ce qui concerne la question des expéditions de pêche dans la vie privée des particuliers, le juge Cory fait remarquer, à la p. 296:

[TRADUCTION] ... il faut se rappeler que cette décision ne donnera pas lieu à des expéditions de pêche inutiles et ennuyeuses puisque le tribunal peut surveiller et contrôler la procédure à suivre pour obtenir la production de documents. C'est ce que prévoit la règle 30.10 des Règles de procédure civile actuelles et la règle 349 des Règles de pratique.

Dans des décisions qui ont suivi l'arrêt *Cook*, des précisions ont été apportées à cette règle pour déterminer l'étendue des renseignements auxquels un requérant peut avoir accès (c'est-à-dire la pertinence des renseignements sollicités par rapport à la question en litige). Ainsi, dans les provinces de common law, la question de savoir si ce sont les dossiers médicaux antérieurs aux blessures subies ou les dossiers médicaux complets qui doivent être divulgués aux requérants dépend entièrement de leur pertinence par rapport à la question en litige (voir, par exemple, les décisions *Furlano c. Calarco* (1987), 60 O.R. (2d) 451 (H.C. Ont.), et *Tamssot c. Belgrano* (1987), 59 O.R. (2d) 57 (protomaire)).

D'autres provinces canadiennes ont également adopté des règles de procédure régissant la production préliminaire de documents en la possession d'un tiers, qui sont analogues à l'art. 402 *C.p.c.* Par exemple, en Ontario, la règle 30.10 des Règles de

cedure (referred to above by Cory J.A. in *Cook*) provides:

30.10(1) The court may, on motion by a party, order production for inspection of a document that is in the possession, control or power of a person not a party and is not privileged where the court is satisfied that,

(a) the document is relevant to a material issue in the action; and

(b) it would be unfair to require the moving party to proceed to trial without having discovery of the document.

(3) Where privilege is claimed for a document referred to in subrule (1), or where the court is uncertain of the relevance of or necessity for discovery of the document, the court may inspect the document to determine the issue.

Similarly, in British Columbia, rule 26(11) of the Supreme Court Rules provides:

Where a document is in the possession or control of a person who is not a party, the court, on notice to the person and all other parties, may order production and inspection of the document or preparation of a certified copy that may be used instead of the original.

The manner in which a court should exercise its discretion under rule 26(11) as well as the scope of information which may be communicated to an applicant was spoken to by the British Columbia Court of Appeal in *Dufault v. Stevens* (1978), 6 B.C.L.R. 199. The British Columbia Court of Appeal took an approach analogous to the one chosen in *Cook, supra*, by the Ontario Court of Appeal. Craig J.A. for the court held at pp. 203-5:

The intent of R. 26(11) is to provide any party to an action with the means of obtaining the production and inspection of a document if the applicant is able to satisfy the judge that the document contains information which may relate to a matter in issue. . . . A party applying for an order under R. 26(11) must satisfy the court that the application is not in the nature of a "fishing expedition": *Rhoades v. Occidental Life Ins. Co. of California* [[1973] 3 W.W.R. 625 (B.C.C.A.)]. He must

procédure civile (mentionnées par le juge Cory dans l'arrêt *Cook*) prévoit:

30.10(1) Le tribunal peut, à la suite de la motion d'une partie, ordonner la production, à des fins d'examen, d'un document non privilégié qui se trouve en la possession, sous le contrôle ou sous la garde d'un tiers s'il est convaincu:

a) que le document est pertinent à une question en litige importante dans l'action;

b) qu'il est injuste d'exiger que l'action soit instruite sans que le document soit communiqué à l'auteur de la motion au préalable.

(3) Si l'on invoque un privilège à l'égard d'un document visé au paragraphe (1) ou que le tribunal doute que sa communication soit pertinente ou nécessaire, le tribunal peut l'examiner afin de résoudre la question.

De même, en Colombie-Britannique, la règle 26(11) des Supreme Court Rules prévoit:

[TRADUCTION] Lorsqu'un document se trouve en la possession ou sous le contrôle d'un tiers, le tribunal peut, sur avis à cette personne et à toutes les autres parties, ordonner la production et l'inspection du document ou la préparation d'une copie certifiée conforme pouvant être utilisée au lieu de l'original.

La Cour d'appel de Colombie-Britannique a, dans l'arrêt *Dufault c. Stevens* (1978), 6 B.C.L.R. 199, précisé la façon dont un tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu de la règle 26(11) ainsi que l'étendue des renseignements qui peuvent être communiqués à un requérant. La Cour d'appel de Colombie-Britannique a adopté un point de vue analogue à celui énoncé par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Cook*, précité. Le juge Craig, affirme, au nom de la cour, aux pp. 203 à 205:

[TRADUCTION] La règle 26(11) vise à fournir à une partie à une action le moyen d'obtenir la production et l'inspection d'un document si le requérant est en mesure de convaincre le juge que ce document renferme des renseignements qui peuvent se rapporter à une question en litige [...] Une partie qui demande une ordonnance en vertu de la règle 26(11) doit convaincre le tribunal que cette demande ne tient pas d'une «expédition de pêche»: *Rhoades c. Occidental Life Ins. Co. of California*

show that a person who is not a party to the action has a "document" or "documents" in his possession which relate to a matter in issue. The comments of Brett L.J. in *Cie Financière du Pacifique v. Peruvian Guano Co.* (1882), 11 Q.B.D. 55 at 63 (C.A.), as to what constitutes a document relating to a matter in question have been quoted by this court on several occasions.

"It seems to me that every document relates to the matters in question in the action, which not only would be evidence upon any issue, but also which, it is reasonable to suppose, contains information which may — not which must — either directly or indirectly enable the party requiring the affidavit either to advance his own case or to damage the case of his adversary . . ."

It follows from this that an applicant need not show that a document is admissible in evidence at the trial as the condition of his obtaining an order under this rule. If a party seeking the order is able to satisfy the judge that the document, or information in a document, may relate to a matter in issue, the judge should make the order unless there are compelling reasons why he should not make it, e.g., the document is privileged. . . .

Logically, there is no reason why an application under the rule relating to hospital records should not be dealt with on the same basis as an application relating to any other document. . . . The purpose of R. 26(11) is to provide a litigant with the means of ascertaining whether documents in the possession of a non-party — whether they be hospital records or any other type of documents — relate to an issue in the action. . . . [Emphasis added.]

The British Columbia Court of Appeal went on to develop a procedural mechanism which may form part of an order issued by the courts under rule 26(11) to determine whether privileged hospital records should be released to an applicant. This mechanism seeks to minimize any necessary conflict between the right of privacy and the administration of justice in an application for an order under rule 26(11) where a privilege is claimed with respect to hospital records (*Halliday v. McCulloch* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 194 (C.A.)). Through this mechanism, the defendant is to be provided with all the relevant documents while the plaintiff's

*nia* [[1973] 3 W.W.R. 625 (C.A.C.-B.)]. Elle doit établir qu'un tiers a en sa possession un «document» ou des «documents» qui se rapportent à une question en litige. Les commentaires du lord juge Brett, dans l'arrêt *Cie Financière du Pacifique c. Peruvian Guano Co.* (1882), 11 Q.B.D. 55, à la p. 63 (C.A.), relativement à ce que constitue un document se rapportant à une question en litige, ont été cités par notre cour à maintes reprises.

«Il me semble que se rapporte aux questions en litige tout document qui constituerait non seulement un élément de preuve sur un point donné, mais qui renfermerait, est-il raisonnable de supposer, des renseignements qui peuvent — et non qui doivent — permettre directement ou indirectement à la partie qui demande l'affidavit de prouver ses prétentions ou d'attaquer celles de son adversaire . . .»

Il s'ensuit donc qu'un requérant n'a pas à établir qu'un document est admissible en preuve au procès pour obtenir du tribunal l'ordonnance en vertu de cette règle. Si la partie qui cherche à obtenir l'ordonnance est en mesure de convaincre le juge que le document ou les renseignements y contenus peuvent se rapporter à une question en litige, le juge devrait rendre l'ordonnance sauf s'il a de fortes raisons de croire qu'il ne devrait pas le faire, par exemple, dans le cas d'un document protégé . . .

En toute logique, il n'y a aucune raison pour laquelle une demande présentée en vertu de la règle applicable aux dossiers hospitaliers ne devrait pas être traitée de la même façon qu'une demande relative à tout autre document. . . . La règle 26(11) vise à offrir à une partie le moyen de déterminer si les documents en la possession d'un tiers — qu'il s'agisse de dossiers hospitaliers ou de tout autre genre de documents — se rapportent à une question en litige . . . [Je souligne.]

La Cour d'appel de Colombie-Britannique a ensuite conçu un mécanisme procédural qui peut faire partie d'une ordonnance rendue par les tribunaux en vertu de la règle 26(11) afin de déterminer si les dossiers hospitaliers privilégiés devraient être divulgués à un requérant. Ce mécanisme vise à minimiser tout conflit inhérent entre le droit au respect de la vie privée et l'administration de la justice lors d'une demande d'ordonnance fondée sur la règle 26(11), lorsqu'un privilège est invoqué relativement à des dossiers hospitaliers (*Halliday c. McCulloch* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 194 (C.A.)). Grâce à ce mécanisme, le défendeur recevra com-

privilege is protected. This process also seeks to provide the defendant with the means of ensuring that he has the documents to which he is entitled (Beverley M. McLachlin and James P. Taylor, *British Columbia Practice* (2nd ed. 1991), vol. 1, at p. 26-142-150). The procedural mechanism outlined by the British Columbia Court of Appeal in *Halliday* is as follows (at pp. 198-99):

1. Any party who makes an application under R. 26(11) in relation to medical records should, with his notice of motion, serve a demand for discovery of documents on the patient-litigant whose records are sought, if such a demand has not already been made.

2. If the chambers judge decides that the case is one where an order under R. 26(11) should be granted, in relation to medical records, and if, on the application, the patient-litigant whose records are sought asserts a claim of litigation privilege, then the *Jones v. Nelson* [(1980), 24 B.C.L.R. 109 (C.A.)] form of order should be adapted, as contemplated by Seaton J.A., to the new circumstance of a claim of litigation privilege so that the order would require:

(a) the delivery by the hospital to the patient-litigant or his solicitor, within a prescribed number of days, with a covering letter, of the same number of complete sets of certified copies of all the required records as there are parties entitled to certified copies in accordance with the order;

(b) the delivery by the hospital, at the same time as the delivery mentioned in para. (a), of copies of the covering letter, but without any copies of the required records, to all the parties, other than the patient-litigant, who are entitled to certified copies of the records in accordance with the order;

(c) the compilation, from the required records, of a list of documents or supplementary list of documents, by the patient-litigant or his solicitor, in accordance with R. 26(1), (13) and Form 89, including:

(i) any claim that the patient-litigant may wish to make that a document is privileged from production, with a statement of the grounds of the privilege, and

(ii) any claim that a document should not be produced because it does not relate to any matter in question in

munication de tous les documents pertinents et le privilège du demandeur sera protégé. Ce processus vise également à fournir au défendeur le moyen d'assurer qu'il reçoive les documents auxquels il a droit (Beverley M. McLachlin et James P. Taylor, *British Columbia Practice* (2<sup>e</sup> éd. 1991), vol. 1, à la p. 26-142-150). Voici le mécanisme procédural exposé par la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans l'arrêt *Halliday* (aux pp. 198 et 199):

[TRADUCTION] 1. Une partie qui présente une demande de communication de dossiers médicaux, fondée sur la règle 26(11), doit, en même temps que son avis de requête, signifier une demande de communication de documents au patient-plaideur dont les dossiers sont sollicités, dans le cas où cette demande n'a pas déjà été faite.

2. Si le juge en chambre décide qu'il doit rendre une ordonnance en vertu de la règle 26(11), relativement aux dossiers médicaux et si, au moment de la demande, le patient-plaideur dont les dossiers sont sollicités revendique un privilège relatif au litige, la forme d'ordonnance prévue dans l'arrêt *Jones c. Nelson* [(1980), 24 B.C.L.R. 109 (C.A.)] devrait alors être adaptée, comme l'envisageait le juge Seaton, aux nouvelles circonstances d'une revendication de privilège relatif au litige pour que l'ordonnance prescrive:

a) la remise par l'hôpital au patient-plaideur ou à son avocat, à l'intérieur d'un certain délai, d'une lettre d'accompagnement et d'autant de séries complètes de copies certifiées de tous les dossiers requis qu'il y a de parties autorisées à les recevoir conformément à l'ordonnance;

b) la remise par l'hôpital, en même temps que la remise visée à l'al. a), de copies de la lettre d'accompagnement, mais sans copie des dossiers requis, à toutes les parties, autres que le patient-plaideur, qui sont autorisées à les recevoir conformément à l'ordonnance;

c) l'établissement, à partir des dossiers requis, d'une liste de documents ou d'une liste supplémentaire de documents, par le patient-plaideur ou son avocat, conformément aux règles 26(1) et (13) et à la formule 89, y compris:

(i) toute prétention que peut formuler le patient-plaideur relativement au fait qu'un document est privilégié ainsi qu'un énoncé des motifs du privilège, et

(ii) toute prétention qu'un document ne devrait pas être produit parce qu'il ne se rapporte pas à une question

the action within the meaning of the *Peruvian Guano* case [(1882), 11 Q.B.D. 55]; and

(d) the delivery by the patient-litigant or his solicitor, within a prescribed number of days (usually running from the receipt by either of them of the certified copies), to all parties entitled to certified copies of the required records in accordance with the order of:

(i) the list of documents,

(ii) where the chambers judge considers it desirable under R. 26(3), an affidavit verifying the list of documents, and

(iii) a set of the certified copies of all of the documents, other than any document for which the patient-litigant makes a claim of privilege, or for which a claim is made that the document does not relate to a matter in question in the action within the meaning of the *Peruvian Guano* case.

Thus, despite the apparent difference in the status of the right to non-disclosure of confidential information in Quebec relative to other Canadian provinces, residing mainly in the fact that, in Quebec, the evidentiary privilege associated with the right to confidentiality is recognized and receives statutory and quasi-constitutional protection, the common law courts have taken a remarkably similar approach to the problem of balancing an individual's right to privacy and the public interest in an efficient administration of justice, including the right to full and complete defence. The process, although more detailed, is also akin to the rules of procedure in force in Quebec. Courts in Quebec should perhaps consider the British Columbia procedural approach when faced with similar requests. Indeed, the *Code of Civil Procedure* is easily amenable to this way of proceeding as it confers on the courts an inherent jurisdiction to control their own process in such circumstances in order to allow them to determine properly and fairly the issues between the parties.

en litige au sens de l'affaire *Peruvian Guano* [(1882), 11 Q.B.D. 55]; et

d) la remise des documents ci-après par le patient-plaideur ou son avocat, à l'intérieur d'un certain délai (qui commence habituellement à s'écouler à compter de la réception par l'un d'eux des copies certifiées conformes), à toutes les parties ayant droit à des copies certifiées conformes des dossiers requis conformément à l'ordonnance:

(i) la liste des documents,

(ii) si le juge en chambre l'estime souhaitable en vertu de la règle 26(3), un affidavit confirmant l'authenticité de la liste des documents, et

(iii) une série de copies certifiées de tous les documents, autres que ceux pour lesquels le patient-plaideur revendique un privilège, ou ceux dont on prétend qu'ils ne se rapportent pas à une question en litige au sens où on l'entend dans l'affaire *Peruvian Guano*.

Ainsi, en ce qui concerne le droit à la non-divulgation de renseignements confidentiels, bien qu'il existe une différence apparente entre la situation au Québec et celle dans les autres provinces canadiennes, tenant principalement au fait que le Québec reconnaît et accorde une protection législative et quasi constitutionnelle au privilège relatif à la preuve rattaché au droit à la confidentialité, les tribunaux de common law ont abordé de façon sensiblement similaire le problème de l'évaluation du droit du particulier au respect de sa vie privée par rapport à l'intérêt public dans l'administration efficace de la justice, y compris le droit à une défense pleine et entière. Le processus, quoique plus détaillé, ressemble également aux règles de procédure en vigueur au Québec. Les tribunaux du Québec auraient peut-être avantage à s'inspirer de la procédure adoptée en Colombie-Britannique lorsqu'ils sont saisis de demandes similaires. En effet, le *Code de procédure civile* pourrait facilement s'adapter à cette façon de procéder car il confère aux tribunaux la compétence inhérente de contrôler leur propre procédure dans de telles circonstances afin de leur permettre de trancher de façon appropriée et équitable les questions en litige.

## Conclusion

A patient's right to the confidentiality of his medical records is a relative right which the patient may waive without restriction as to scope or time. The Quebec *Charter* as well as particular statutes permit access to medical records in certain circumstances which the procedural scheme embodied in the rules of the *Code of Civil Procedure* will facilitate when requested.

Here, the authorization signed by the insured at the time of application for life insurance clearly gave his insurer an unrestricted right of access to his medical records during his life or at his death, for the purpose of "risk assessment and loss analysis". Accordingly, the *mis en cause* hospital was not justified in refusing to give communication of such medical records and, given that authorization and the nature of the information sought under art. 402 *C.C.P.*, the Courts had no discretion but to grant the request.

## Costs

I would now like to address the issue of costs. In its original motion for access to the records relating to the insured, held by the *mis en cause*, the issue of costs was treated by the appellant as follows: [TRANSLATION] "The WHOLE without costs against the respondents, unless they contest". The respondents were then Frenette (here, the respondent), Hôpital Jean-Talon (here, *mis en cause*) and the Régie de l'assurance-maladie du Québec. Before us as before the Court of Appeal, the motion was abandoned with respect to the Régie de l'assurance-maladie du Québec. In its "inscription in appeal" to the Quebec Court of Appeal, the appellant restricted its request to the respondent: [TRANSLATION] "To ORDER the plaintiff-respondent [here, respondent] to pay costs in both Courts".

Before this Court, the appellant's brief simply concludes: [TRANSLATION] "THE WHOLE with costs throughout". Whereas, both the *mis en cause* and the respondent were properly notified of the

## Conclusion

Le droit du patient à la confidentialité de ses dossiers médicaux est un droit relatif auquel il peut renoncer sans réserve quant à la portée et au moment de cette renonciation. La *Charte québécoise* et des lois particulières permettent l'accès aux dossiers médicaux dans certaines circonstances et le régime procédural prévu dans les règles du *Code de procédure civile* facilitera cet accès lorsqu'est présentée une demande en ce sens.

En l'espèce, l'assuré a signé, au moment de la proposition d'assurance-vie, une autorisation qui donne clairement à l'assureur un droit d'accès illimité à ses dossiers médicaux pendant sa vie et à son décès, aux fins «d'appréciation des risques et d'étude des sinistres». En conséquence, l'hôpital mis en cause n'était pas justifié de refuser de communiquer ces dossiers médicaux et, compte tenu de l'autorisation et de la nature des renseignements sollicités en vertu de l'art. 402 *C.p.c.*, les tribunaux n'avaient d'autre alternative que d'accéder à la demande.

## Les dépens

Je passe maintenant à la question des dépens. Dans sa demande initiale d'accès aux dossiers de l'assuré, détenus par le *mis en cause*, l'appelante concluait ainsi quant à la question des dépens: «Le TOUT sans frais contre les intimés, sauf en cas de contestation de leur part». Les intimés étaient Frenette (l'intimé en l'espèce), l'Hôpital Jean-Talon (ici *mis en cause*) et la Régie de l'assurance-maladie du Québec. Devant notre Cour et devant la Cour d'appel du Québec, la requête a été abandonnée en ce qui concerne la Régie de l'assurance-maladie du Québec. Dans son «inscription en appel» auprès de la Cour d'appel du Québec, la demande de l'appelante visait uniquement l'intimé: «CONDAMNER le demandeur-intimé [l'intimé en l'espèce] aux dépens dans les deux Cours».

Devant notre Cour, le mémoire de l'appelante conclut simplement: «LE TOUT, avec dépens dans toutes les cours». Bien que le *mis en cause* et l'intimé aient été régulièrement avisés des procédures

proceedings before this Court, the *mis en cause* neither filed a factum nor appeared at the hearing. It was the respondent who contested the appellant's right to have access to the medical records of Patrick Frenette in the possession of the *mis en cause*. Under such circumstances, the respondent must bear the costs throughout.

### Disposition

For all the reasons given above, I would allow the appeal, quash the judgment of the Court of Appeal and order the *mis en cause*, Hôpital Jean-Talon, to provide the appellant with the requested access to the medical records relating to its insured according to the conclusions of the appellant's original motion:

[TRANSLATION] To ORDER the respondent, Hôpital Jean-Talon, to allow counsel for the defendant-applicant to examine the complete medical record of Patrick Frenette, including but without limiting the generality hereof, correspondence between physicians or hospitals, the various laboratory, expert or X-ray reports it has in its possession, by providing a copy of the said record at the expense of the defendant-applicant, the whole to be used for the sole purpose of establishing the cause of death of Patrick Frenette as regards the case at bar and be otherwise treated in confidence.

The whole with costs throughout against the respondent.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Lafleur Brown de Granpré Kronström, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Jacques Marquis, Montréal.*

devant notre Cour, le mis en cause n'a ni produit de mémoire ni comparu à l'audience. C'est l'intimé qui a contesté le droit de l'appelante d'avoir accès aux dossiers médicaux de Patrick Frenette en la possession du mis en cause. Dans ces circonstances, c'est l'intimé qui doit assumer les dépens dans toutes les cours.

### Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et d'ordonner au mis en cause, l'Hôpital Jean-Talon, de fournir à l'appelante l'accès demandé aux dossiers médicaux de son assuré, conformément aux conclusions de la requête initiale de l'appelante:

ORDONNER à l'intimée, Hôpital Jean-Talon, de donner communication aux procureurs de la défenderesse-requérante du dossier médical complet de Patrick Frenette, y inclus mais sans limiter la généralité des présentes, la correspondance entre médecins ou hôpitaux, les divers rapports de laboratoire, expertise ou radiographie qu'elle ou qu'il a en sa possession, en donnant copie dudit dossier aux frais de la défenderesse-requérante, le tout devant servir dans le seul but d'établir la cause du décès de Patrick Frenette aux fins du présent litige et être par ailleurs traité en confidence.

Le tout avec dépens contre l'intimé dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Lafleur Brown de Granpré Kronström, Montréal.*

*Procureur de l'intimé: Jacques Marquis, Montréal.*

# L'action collective: ses succès et ses défis

Catherine Piché

Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal  
Directrice, Laboratoire sur les actions collectives

Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec  
et Bibliothèque et Archives Canada

Titre: L'action collective: ses succès et ses défis / Catherine Piché.

Noms: Piché, Catherine, 1976- auteur.

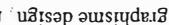
Description: Comprend des références bibliographiques.

Identifiants: Canadiana 20190013222 | ISBN 9782894004364

Vedettes-matière: RVM: Actions collectives (Procédure civile)—Québec (Province)

Classification: LCC KEQ1122 P53 2019 | CDD 347.714/053—dc23

Mise en pages: Guylaine Michel (Claude Bergeron)

Graphisme: MIKE BERSON / 

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada par l'entremise du Fonds du livre du Canada pour nos activités d'édition. *We acknowledge the financial support of the Government of Canada through the Canada Book Fund for our publishing activities.*

Éditions Thémis

Faculté de droit

Université de Montréal

Courriel: [info@editionsthemis.com](mailto:info@editionsthemis.com)

Site Internet: [www.editionsthemis.com](http://www.editionsthemis.com)

Téléphone: 514-343-6627

Tous droits réservés

© 2019 – Les Éditions Thémis inc.

Dépôt légal: 3<sup>e</sup> trimestre 2019

Imprimé au Canada



PCF

BIO GAZ



CLASS ACTIONS LABORATOIRE  
SUR LES ACTIONS COLLECTIVES  
FACULTÉ DE DROIT | UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL | FACULTY OF LAW

LES ÉDITIONS THÉMIS

## Chapitre IV

### Modes de recouvrement et de distribution

#### 1. Introduction

Dans ce chapitre, nous explorerons la procédure de recouvrement dans l'action collective à la lumière des données empiriques et des statistiques que nous avons recueillies. Cet exercice nous permettra de relever une série de meilleures pratiques, énoncées en détail en fin de chapitre.

**Pondération de plusieurs facteurs parfois contradictoires.** La procédure par laquelle les montants sont distribués aux membres du groupe implique un exercice de pondération de plusieurs facteurs entrant parfois en contradiction les uns avec les autres. La pondération des facteurs devra néanmoins se faire de manière équilibrée, en tenant compte de plusieurs facteurs d'influence sur les taux de compensation. Ainsi, celui ou celle qui sera en charge d'élaborer un mécanisme de distribution et d'effectuer ces distributions pourra se demander : combien d'argent faudra-t-il idéalement investir dans la recherche des membres, dans l'espoir d'en compenser un plus grand nombre possible, et éventuellement, quitte à diminuer les montants versés ? De fait, même si l'espoir est de distribuer des sommes importantes à un nombre significatif de membres, les membres ne sont pas toujours connus. Il faut parfois beaucoup d'efforts et de détermination pour les retracer.

Fait intéressant, le professeur Lafond soulignait dans sa thèse de doctorat publiée en 1996 l'importance de la pondération des facteurs à l'étape du recouvrement. Il expliquait :

La réclamation effective par les membres dépend de leur nombre, de la cohésion du groupe, du montant de la réclamation, des démarches accomplies par le représentant et par son procureur, de la forme de diffusion de l'avis aux membres, du temps et de l'énergie consacrés par le greffier dans la distribution des argents, mais surtout du type de mesure d'exécution choisie par le tribunal ou par les parties.<sup>489</sup>

<sup>489</sup> P.-C. LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, préc., note 48, p. 482.

Plusieurs de ces facteurs sont toujours pertinents, à notre avis, et influencent les probabilités de recouvrement, comme nous en discuterons davantage ci-après.

**Questions à poser.** Plusieurs questions doivent donc être posées lors de la conception d'une procédure de distribution. Quelles informations exiger pour indemniser le plus de membres possibles, tout en évitant que des non-membres puissent s'immiscer dans la procédure et être compensés sans y avoir droit ? Dans quelle mesure la preuve permet-elle d'établir assez « précisément » le montant total de ces réclamations ? Comment diviser équitablement le montant total entre les membres, ou encore entre les sous-groupes ? La distribution directe est-elle réalisable, et si oui, à quel prix<sup>490</sup> ? Une analyse coûts-bénéfices est certes nécessaire à ce stade. De plus, comme il sera discuté plus en détails plus loin, la collaboration de la défenderesse est l'une des clés du succès dans cette procédure.

**Peu d'informations disponibles.** Les questions auxquelles il faut répondre sont nombreuses. Or, en raison du peu d'information empirique disponible sur les procédures de distribution et leur lien avec les taux de recouvrement, les parties et leurs avocats doivent souvent se fier à leur instinct pour choisir la meilleure procédure<sup>491</sup>. Ces choix relatifs à la procédure de distribution peuvent toutefois souvent avoir un impact majeur sur le succès d'un dossier. Prenons l'exemple du dossier *Alfred Gagné c. Alliance des professeurs et professeurs de Montréal*<sup>492</sup>. Les membres devaient soumettre un affidavit assermenté au greffe de la Cour supérieure pour profiter d'une indemnité maximale de 50\$ seulement. Seules 22 réclamations ont été acceptées, si bien que 970\$ ont été versés aux membres contre 350 000\$ aux procureurs du groupe. En exigeant des membres de faire assémerter un document et de se déplacer au Palais de justice de Montréal pour un si faible montant, une transaction qui semblait en apparence bénéfique pour les membres n'a pourtant pas eu l'effet contraire.

**Quelques pistes.** Quelques auteurs se sont prononcés sur ce qu'ils croient être des facteurs d'influence positifs et négatifs sur les procédures de distribution dans l'action collective. Selon Option Consommateurs,

plus on exige de documents pour accompagner les réclamations, moins la distribution risque d'être réussie<sup>493</sup>. Pour les avocats Branch et McMullen, lorsque des informations sensibles sont exigées pour les distributions, les membres pourraient avoir peur de remplir un formulaire d'identification<sup>494</sup>. Nous sommes bien d'accord avec eux que l'usage des technologies dans le processus contribue à améliorer les résultats de la distribution<sup>495</sup>. Enfin, les formulaires trop complexes diminueraient le nombre de réclamations en décourageant les membres de prendre les mesures nécessaires<sup>496</sup>. Les données empiriques du Laboratoire nous ont permis de confirmer ces propositions.

**Coûts associés à certains choix.** Le processus de distribution choisi a aussi un impact significatif sur les coûts. C'est pourquoi il nous semble important que ce choix soit supporté par de solides fondements statistiques. Par exemple, il peut ne pas valoir la peine d'encourir les frais d'administration d'un gestionnaire indépendant si ces frais représentent une part trop importante des montants alloués aux membres considérant l'apport au processus de distribution. À notre sens, connaître l'influence qu'ont eu les gestionnaires sur les distributions passées peut aider les parties à effectuer un choix éclairé.

**Questions principales de notre analyse.** L'analyse des procédures de distribution est au cœur du travail du Laboratoire. Nous présenterons d'abord les modes de recouvrement employés dans les dossiers de notre étude, puis les modes de distribution. Nous analyserons ensuite les résultats des distributions selon l'identité de l'entité qui administre les réclamations. Finalement, nous nous attarderons à la question de la compensation indirecte des membres par le biais de versements aux tiers.

**Dossiers analysés.** Les dossiers étudiés ici sont les mêmes 217 dossiers étudiés pour notre analyse de la compensation des membres (voir Chapitre IV). Nous avons également réalisé des entrevues avec trois gestionnaires des réclamations, lesquels ont partagé leur expérience quant aux meilleures pratiques et nous ont fait part des développements récents dans les procédures de distribution.

<sup>490</sup> Voir Deborah R. HENSLER, «Alternative Courts ? Litigation-Induced Claims Resolution Facilities», (2005) 57:5 *S.L.R.* 1429, 1432-1433.

<sup>491</sup> *Id.*

<sup>492</sup> Dossier n° 500-06-000148-011.

<sup>493</sup> OPTION CONSOMMATEURS, préc., note 339, p. 35-36.

<sup>494</sup> W. BRANCH et G. McMULLEN, préc., note 10, p. 16.

<sup>495</sup> *Id.*, p. 16. Voir aussi C. PICHE, préc., note 485.

<sup>496</sup> C. M. WRIGHT et L. P. BRASIL, préc., note 453, p. 8.

**Précision.** Une précision par rapport au vocabulaire que nous employons s'impose. Le « mode de recouvrement » fait référence aux articles 595 à 601 du *Code de procédure civile*. Deux types de recouvrement sont prévus au Code : le recouvrement individuel et le recouvrement collectif. Ils déterminent la façon dont les montants payés par la défenderesse sont fixés.

Le « mode de distribution » fait plutôt référence à la façon dont ces montants sont transmis aux membres du groupe. Il est indépendant du mode de recouvrement. Certains paiements sont faits automatiquement, alors que d'autres sont effectués à la suite d'une procédure de réclamations individuelles.

## 2. Modes de recouvrement

### 2.1. Modalités de recouvrement permises

**Introduction.** Au moment de déterminer le mode de recouvrement dans l'action collective, trois options s'offrent au tribunal au Code : le recouvrement collectif, le recouvrement individuel et un recouvrement hybride<sup>497</sup>. Nous avons schématisé ces trois méthodes au Tableau V – 2.1.1, reproduit ci-après<sup>498</sup> :

Tableau V – 2.1.1 : Modes de recouvrement<sup>499</sup>

<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ordonné « si la preuve permet d'établir de façon suffisamment précise le montant total des réclamations » (595)</li> <li>• Somme déposée auprès d'une institution financière reconnue</li> </ul> <p>Recouvrement collectif (595-98 C.p.c.) - LE PRINCIPE</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Délai de production des réclamations d'un an (599, al. 2)</li> <li>• Aucun reliquat</li> <li>• Faible taux de réclamations</li> </ul> <p>Recouvrement individuel (599-601 C.p.c.) - L'EXCEPTION</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Selon le désir et la volonté des parties et selon la décision du tribunal</li> </ul> <p>Recouvrement hybride</p>
---	--	---

<sup>497</sup> Nicole DUVAL HESLER, « Le recours collectif : un parcours complexe », (2004) 64 *R. du B.* 383, 404.

<sup>498</sup> C. PICHÉ, « Le recouvrement et l'indemnisation des membres dans l'action collective », préc., note 95.

<sup>499</sup> *Id.*, 191.

Nous détaillerons ces trois modes de recouvrement dans les sections qui suivent. Le recouvrement collectif est prioritaire sous le Code, tel qu'il en découle de l'intention du législateur, évidente aux articles pertinents. Le recouvrement individuel ne peut être utilisé que dans certaines circonstances, alors qu'une combinaison de ces deux modes de recouvrement est possible selon la créativité des parties et du tribunal.

#### 2.1.1. Recouvrement collectif

**Conditions d'ouverture.** Le *Code de procédure civile* dispose que le tribunal ordonne le recouvrement collectif des réclamations des membres « si la preuve permet d'établir d'une façon suffisamment précise le montant total de ces réclamations. Ce montant est établi sans égard à l'identité de chacun des membres ou au montant exact de la réclamation de chacun. »<sup>500</sup> C'est donc dire que le recouvrement collectif est prioritaire dans la mesure où la preuve permet d'établir assez « précisément » le montant total de ces réclamations. La partie défenderesse est alors forcée à déposer, dès le jugement rendu, le total des sommes dues aux membres auprès d'une institution financière.

**Liquidation individuelle.** Le recouvrement collectif peut prendre plusieurs formes. Il peut d'abord faire l'objet d'une indemnisation directe par liquidation individuelle. L'indemnisation directe permet de liquider individuellement des réclamations individuelles ou de distribuer un montant à chacun des membres<sup>501</sup>. Le tribunal peut également nommer un tiers, auquel il donne ses instructions et fixe une rémunération, pour procéder à la distribution<sup>502</sup>. Les modalités de distribution des indemnités et la preuve requise pour ce faire sont prévues dans le jugement ou le document de transaction.

La liquidation individuelle du recouvrement collectif ne doit pas être confondue avec le recouvrement individuel. Dans un recouvrement collectif, si le montant versé aux membres est inférieur au montant établi par le tribunal, le Code prévoit la constitution d'un reliquat, dont le tribunal dispose comme il le fait lorsqu'il attribue un montant à un tiers<sup>503</sup>. À

<sup>500</sup> C.p.c., art. 595 al. 1.

<sup>501</sup> C.p.c., art. 596 al. 1.

<sup>502</sup> C.p.c., art. 596 al. 2.

<sup>503</sup> C.p.c., art. 596 al. 3.

négative, la compensation est obtenue automatiquement. La nature de la compensation obtenue n'influence pas la catégorie dans laquelle un dossier se trouve.

Les rabais qui sont accordés automatiquement aux membres, qui peuvent ensuite les utiliser ou non, ont été inclus dans la catégorie « distribution automatique ». Par exemple, dans *Union des Consommateurs c. Porter airlines inc.*<sup>528</sup>, les membres reçoivent un rabais par courriel sans avoir à produire de réclamation. À l'inverse, dans *Ronish c. Vacances Air Transat*<sup>529</sup>, les membres doivent soumettre la preuve qu'ils font partie du groupe pour recevoir le rabais.

Les dossiers qui prévoient une distribution automatique, mais qui donnent ouverture à des réclamations individuelles d'autres membres ont été classés sous la catégorie « distribution automatique ». Dans ces dossiers, le cœur de la distribution s'effectue automatiquement, alors que les réclamations individuelles sont accessoires.

### 3.2. Distribution automatique

#### 3.2.1. Méthodes utilisées pour la distribution automatique

**Introduction.** Le Tableau V – 3.2.1.1 reproduit ci-après présente les méthodes utilisées pour compenser automatiquement les membres. Certains dossiers peuvent se retrouver dans plus d'une catégorie si deux méthodes sont utilisées. Par exemple, un sous-groupe peut être compensé par un crédit et un autre par l'envoi de chèques.

**Tableau V –3.2.1.1 : Méthodes employées pour compenser automatiquement les membres**

Méthode	Nombre de dossiers
Chèque	19
Crédit ou versement au compte	19
Coupon ou rabais	2
Transfert vers un véhicule de retraite	2

<sup>528</sup> Dossier n° 500-06-000540-100, préc., note 397.

<sup>529</sup> Dossier n° 500-06-000002-945, préc., note 404.

**Méthodes préférées.** Par le biais du Tableau V – 3.2.1.1, nous démontrons que selon notre étude, l'envoi de chèques et le crédit ou le versement au compte sont les deux méthodes principalement utilisées par les parties pour compenser automatiquement les membres.

**Informations requises.** Pour être en mesure d'utiliser ces méthodes, les parties doivent de prime abord posséder certaines informations sur les membres. Le crédit ou le versement au compte implique que le membre qui doit être compensé fasse déjà affaires avec la partie défenderesse. Dans le fameux méga-dossier québécois intenté contre les banques, par exemple, seuls les membres ayant toujours un compte auprès de la banque en question pouvaient recevoir un versement au compte. De même, dans les actions collectives intentées contre les compagnies de télécommunications, les comptes récurrents permettent de déduire un montant des soldes suivants. Pour envoyer un chèque, les parties doivent être en mesure d'obtenir l'adresse postale des membres.

**Méthodes créatives pour obtenir les informations sur les membres.** Nous sommes d'avis que des méthodes créatives peuvent être utilisées pour obtenir ces informations. Par exemple, bien que la distribution ait procédé par réclamations individuelles, le dossier *Dikranian c. Québec (Procureur général)*<sup>530</sup> a fait montre d'innovation dans l'envoi d'avis aux membres. Le juge a ordonné que la défenderesse, qui gérait aussi les réclamations, collabore avec la RAMQ pour retracer les informations d'identification relatives aux membres du groupe. Le résultat fut un taux de distribution de 65,39 %, soit un taux élevé pour un dossier avec procédure de réclamations individuelles. Nous considérons qu'une collaboration avec une tierce partie qui possède les informations nécessaires pour procéder par distribution automatique devrait être considérée et encouragée lorsque possible.

**Méthode du transfert vers un véhicule de retraite.** Nous avons observé deux fois le choix de l'option de transférer un montant vers un véhicule de retraite du membre. Dans *Langlois c. Roy / Coutu c. Roy*<sup>531</sup>, si un transfert vers un véhicule de retraite individuel (REER, CRI ou FRV) était impossible, un chèque était envoyé au membre en question pour le même montant. Dans *Wilhem B. Pellemans c. Vincent Lacroix et*

<sup>530</sup> Dossier n° 500-06-000074-985, préc., note 515.

<sup>531</sup> Dossiers n° 450-06-000001-044 et 450-06-000002-042, préc., note 360.

Als.<sup>532</sup>, les membres devaient s'adresser au gestionnaire des réclamations pour obtenir ce transfert dans leur véhicule de retraite, sans quoi ils recevaient un chèque.

La disponibilité de cette option peut être intéressante pour les membres en raison de la nature de ces deux dossiers. Les membres du groupe dans *Langlois c. Roy / Coutu c. Roy* étaient des employés de la mine Jeffrey, dont les administrateurs du régime de retraite avaient perdu 65 000 000 \$ en raison de placements risqués. Dans le cas de *Wilhem B. Pellemans c. Vincent Lacroix et als.*, plusieurs investisseurs de la société Norbourg avaient acheté des parts de la compagnie à titre d'investissement en prévision de la retraite. Un transfert vers le véhicule de retraite a alors permis de déposer les sommes là où elles auraient été n'eût été du préjudice subi.

### 3.2.2. Taux de distribution pour chaque méthode de distribution automatique

**Introduction.** Le Tableau V – 3.2.2.1 reproduit ci-après présente le taux de distribution moyen selon la méthode employée pour compenser automatiquement les membres. Nous n'avons pas inclus dans le tableau les dossiers où les membres reçoivent un coupon ou un rabais, ni les dossiers où le montant est transféré dans un régime de retraite. Nous n'avons pas assez de dossiers qui empruntent ces méthodes pour tirer des conclusions significatives sur les taux de distribution.

**Tableau V – 3.2.2.1 :** Taux de distribution moyen selon la méthode employée pour compenser automatiquement les membres

Méthode	Taux de distribution moyen
Crédit ou versement au compte	88,37 %
Chèque	77,79 %
Chèque et crédit ou versement au compte	76,38 %

<sup>532</sup> Dossier n° 500-06-000302-055, préc., note 440.

**Précisions.** À première vue, le crédit ou le versement au compte semble beaucoup plus efficace, sur le plan des distributions, que l'envoi de chèques. Cette affirmation doit toutefois être nuancée. Il nous faut tenir compte dans cette proposition du dossier *Marcotte c. Desjardins*<sup>533</sup>, lequel présente un taux de distribution extraordinaire de 222,64 % (voir Chapitre IV sur la compensation des membres). Si on retire les données de ce dossier du calcul, le taux de distribution moyen pour les dossiers où un montant est crédité au compte baisse à 66 %.

**Conditions pour une distribution réussie.** Tel qu'énoncé ci-haut, les distributions automatiques dépendent de la disponibilité de certaines informations. Le succès d'une distribution par crédit ou par versement au compte dépend du rythme auquel les membres cessent de faire affaire avec la partie défenderesse, alors que le succès de l'envoi de chèques dépend de l'exactitude des informations relatives aux adresses des membres.

Certains contextes favorisent l'octroi de crédits et d'autres l'envoi de chèques. Si les membres sont encore en grande partie clients de la défenderesse, le crédit a de bonnes chances d'être très efficace. L'inverse survient si la clientèle de la défenderesse est plus volatile. Par exemple, on peut spéculer que les membres sont plus susceptibles de changer de fournisseur de téléphone cellulaire que d'institution bancaire.

**Procédure mixte.** Nous considérons qu'un crédit ou un versement au compte devrait le plus souvent possible être accompagné de l'envoi de chèques aux membres ne faisant plus affaire avec la défenderesse. Une procédure mixte permet d'ailleurs de rejoindre des membres supplémentaires qui n'auraient pas reçu de montant si la seule méthode employée était le crédit. Par exemple, dans *Laferrière c. Commission scolaire des Grandes-Seigneuries*<sup>534</sup>, 3 793 élèves ont obtenu un crédit sur le compte et 11 333 chèques ont été envoyés par la poste lorsque le crédit était impossible. Le taux de distribution de 98,42 % est largement tributaire de cette procédure mixte.

<sup>533</sup> Dossier n° 500-06-000223-046, préc., note 420.

<sup>534</sup> Dossier n° 505-06-000011-085.

indemnisation indirecte des membres. La créativité permettra de trouver une solution adaptée au recours dans l'intérêt maximisé des membres.

**Versement du reliquat à la partie demanderesse.** Le versement du reliquat à l'association faisant office de partie demanderesse est une pratique plus controversée, selon nous. L'association peut être perçue comme ayant privilégié ses propres intérêts au détriment de ceux des membres et n'a pas intérêt à informer les membres du recours puisqu'elle reçoit moins de fonds si plus de membres soumettent une réclamation<sup>591</sup>. Dans ces cas, une compensation pour le temps et l'énergie consacrée au recours devrait être accordée au lieu d'une distribution du reliquat<sup>592</sup>.

Par ailleurs, ce type de distribution ne remplit pas en principe l'objectif d'indemnisation directe des membres. Néanmoins, dans certains cas, le versement du reliquat à la demanderesse peut bénéficier aux membres. Par exemple, dans *Les voisins du Campus Glen/Neighbours of the Glen Campus c. Centre universitaire McGill*<sup>593</sup>, le reliquat est versé à l'association demanderesse qui s'en servira pour faire des analyses régulières du bruit dans le secteur et vérifier si les cibles établies dans la transaction sont respectées. Cependant, en raison des problèmes ici identifiés, nous considérons qu'à l'étape du reliquat, aucune somme ne devrait être versée à la demanderesse. C'est plutôt au moment de la transaction que ces versements devraient être prévus.

Dans un jugement daté d'avril 2018, le juge Pierre C-Gagnon refuse le versement du reliquat à la demanderesse Option consommateurs<sup>594</sup>. Après avoir analysé le libellé de l'article 597 C.p.c., il affirme que la Cour n'a pas le pouvoir d'ordonner le versement du reliquat à l'association demanderesse : «Il ressort que le reliquat ne peut être attribué qu'à un tiers. Ceci exclut toute partie à l'action collective, tel le représentant des membres ou les défendeurs.»<sup>595</sup> Une demande de permission d'appeler a subséquemment été accordée par la Cour d'appel; cette décision est donc à suivre<sup>596</sup>.

## 6. Meilleures pratiques

La présente section vise à présenter plus en détails une série de meilleures pratiques applicables à l'étape des distributions, concernant plus spécifiquement les modalités à suivre à ce stade. Ainsi, ces recommandations vont dans le même sens que celles énoncées au chapitre précédent au sujet de l'objectif de compensation des membres, tout en les complétant à plusieurs égards.

*Pour déterminer le mode de recouvrement idéal :*

- Prioriser le recouvrement collectif au recouvrement individuel lorsque possible.

*Pour choisir le mode de distribution idéal :*

- Prioriser la distribution automatique aux procédures de réclamations individuelles lorsque possible ;
- Envisager une collaboration avec un tiers pour obtenir les informations nécessaires à la distribution automatique ;
- Prévoir une procédure de réclamations individuelles pour compléter une distribution automatique afin que les membres absents des listes des parties puissent tout de même obtenir une indemnisation.

*Pour améliorer l'efficacité de la distribution automatique :*

- Requérir la collaboration de la partie défenderesse dans l'identification des membres et les distributions ;
- Établir un standard jurisprudentiel (à défaut d'une ligne directrice législative ou d'un règlement) de compétence et de diligence dans les distributions aux membres et dans la gestion des réclamations ;
- Prévoir un budget pour retracer les membres afin d'améliorer les taux d'encaissement des chèques ;
- Compléter des crédits ou des versements au compte par l'envoi de chèques aux membres ne faisant plus affaire avec la partie défenderesse pour compenser le plus grand nombre de membres possible ;
- Envisager – et privilégier – les virements électroniques à l'envoi de chèques.

<sup>591</sup> C. TRIVISONNO, préc., note 559, 338.

<sup>592</sup> P.-C. LAFOND, préc., note 4, p. 208.

<sup>593</sup> Dossier n° 500-06-000742-151.

<sup>594</sup> *Option consommateurs c. Infineon Technologies*, 2018 QCCS 3827.

<sup>595</sup> *Id.*, par. 46.

<sup>596</sup> *Option Consommateurs c. Infineon Technologies*, 2018 QCCA 1004.

*Pour améliorer l'efficacité des procédures de réclamations individuelles :*

- Informer les membres de la manière la plus claire, simple et accessible (voir les standards applicables aux avis aux membres), tout en privilégiant l'usage des technologies ;
- Communiquer avec les membres de la manière la plus claire, simple et accessible possible (voir les standards applicables aux avis aux membres), tout en privilégiant l'usage des technologies ;
- Ne requérir que les documents nécessaires à l'évaluation d'une réclamation, et à tout évènement, requérir le minimum possible en terme de preuve, de documentation et de procédures d'authentification (et d'assermentation) ;
  - N'exiger l'assermentation d'un document que dans des circonstances bien précises (ex. agressions sexuelles) ou comme alternative pour palier à la perte d'un document (ex. facture) ;
  - Requérir le minimum de calculs (supplémentaires ou autres) de la part des membres ;
- Prévoir une preuve alternative pour ceux et celles qui ont perdu la preuve originale requise ;
- Permettre aux membres de soumettre leurs réclamations en ligne lorsque possible ;
- Requérir un standard de bonne foi des membres dans la présentation de réclamations.

*Pour optimiser le choix du gestionnaire et la gestion du recouvrement par ce dernier :*

- Confier à la partie défenderesse la gestion des distributions automatiques lorsque possible ;
  - Établir un standard de compétence et de diligence requis dans le contexte des distributions ;
  - Requérir de la partie défenderesse une évaluation sommaire écrite de l'efficacité et de l'efficience du processus de distribution ;
- Confier à un gestionnaire de réclamations la gestion des réclamations individuelles lorsque les montants en jeu le justifient ;

- Établir un standard de compétence et de diligence requis dans le contexte des distributions<sup>597</sup> ;
- Requérir du gestionnaire une évaluation sommaire écrite de l'efficacité du processus de distributions ;
- Éviter de confier la gestion du recouvrement au greffe ;
- Privilégier la publication d'un jugement de clôture clair et détaillé, et rendre ce jugement public (dans les registres québécois et canadien, ainsi que sur les sites internet des bureaux d'avocats impliqués ou les sites internet des actions impliquées).

*Pour optimiser les versements à un tiers :*

- Justifier l'octroi d'un versement à un tiers et l'identité du bénéficiaire dans le jugement approuvant la transaction ou le jugement prévoyant la distribution du reliquat ;
- N'autoriser les versements à un tiers que lorsque la distribution est impraticable, inappropriée ou trop onéreuse, à moins qu'il ne soit dans l'intérêt des membres de réduire les montants reçus au profit du bénéficiaire ;
- Porter une attention particulière au choix du bénéficiaire, le tout dans l'intérêt des membres ;
  - Privilégier une attitude inquisitoire du tribunal au stade de l'audience en approbation de la transaction afin de s'assurer du choix idéal de bénéficiaire ;

<sup>597</sup> Voir à cet égard une décision fort intéressante ayant été rendue en Alberta en 2018 sur les responsabilités de l'administrateur: *DePage v. Crawford & Company Inc.*, 2018 ABCA 326 :

The “reasonable possibility of success” test is consistent with the purposes that are served by class action settlement agreements; namely certainty and finality. Pretrial settlement of class proceedings is in the public interest, as it reduces legal costs and enables efficient use of court resources. Applying a lesser test would defeat the gate-keeping function for class action settlements, the purpose of which is to maintain the integrity of settlements and ensure conclusiveness. The court also agreed with the chambers judge, who concluded that the settlement administrator fulfilled their duties under the agreement. In short, the claimant's physician was the party who was responsible under the settlement agreement for determining disease level, and the administrator was not required to challenge this qualified and complete determination or independently investigate ;

Voir aussi : *Krantz c. Procureure générale du Québec*, préc., note 488.

- Examiner non seulement le bénéficiaire mais requérir également une description des projets auxquels seront alloués les montants en cause ;
- Éviter de verser le reliquat qui suit une distribution aux membres à la partie demanderesse.

*À toutes les étapes de la mise en place d'une distribution :*

- Proposer des solutions novatrices et créatives ;
- Favoriser la collaboration entre les parties et avocats dans les processus de distributions ;
- Privilégier une attitude inquisitoire du tribunal à toutes les étapes possibles ;
- Requérir que les membres participent de bonne foi aux processus de distributions ;
- Favoriser la transparence des processus et des résultats des distributions.

Au final, la décision suivante doit être considérée comme faisant marque d'une ère de changement de la part des tribunaux, déterminés à encourager des pratiques transparentes dans l'action collective, et ce, autant en Ontario qu'au Québec et ailleurs au Canada :

**Court Supervision**

[35] There is a provision in the draft judgment that any of the parties may bring a motion to the case management judge for directions with respect to the implementation or interpretation of the Settlement Agreement. This reflects the fact that the court will remain seized of the matter until the settlement is fully implemented.

[36] Related to this is the question of how long the claims administrator must operate the web site and the compensation program and whether further reports to the court are required. There are various deadlines for submitting claims. The earliest of these is November 19th, 2018 which is the date for requesting reimbursement for out of pocket costs incurred in respect of frames replaced before the date of the certification order. It is not apparent how long it may take to dispose of all timely claims, and whether the court might be called upon to resolve disputes that might arise in the implementation of the agreement.

[37] In the United States judgment there is a provision that "without affecting the finality of this Order in any way, the court hereby retains jurisdiction over the parties, including class members, for the purpose of construing, enforcing and administering the Order and Judgment as well as the Settlement Agreement itself". I am told that in Quebec, the practice has developed that the court remains seized of the matter until it issues a "jugement de clôture" or closing judgment. In any event, the Superior Court of Quebec has a regulation requiring the designated administrator to file a detailed report with the court after the time limit for members to file their claims has expired.

[38] It would be appropriate for this court to also receive a final report from the claims administrator when the last claim has been completed and the settlement program is to be wound up. This will permit the court to be satisfied that the administrator can be discharged and to give direction as to how long the web site should remain accessible to the public. It will also provide useful information to satisfy the court that the program established by the settlement has operated as planned. *It is important for the credibility of the class action regime that there is transparency concerning the benefits actually achieved.* Finally, this provision will ensure that the provisions for the class in Quebec and in the national class continue to operate in tandem.

[39] *In his judgment, Justice Gagnon has specified the content of the report the Quebec court expects to receive. I would expect the same level of detail. In the absence of a statutory requirement in Ontario, I have added this provision to the judgment*<sup>598</sup>. [notre emphase]

<sup>598</sup> *Forbes v. Toyota Canada Inc.*, 2018 ONSC 5369.

**9354-9186 Québec inc. and  
9354-9178 Québec inc. Appellants**

v.

**Callidus Capital Corporation,  
International Game Technology,  
Deloitte LLP, Luc Carignan,  
François Vigneault, Philippe Millette,  
Francis Proulx and François Pelletier  
Respondents**

and

**Ernst & Young Inc.,  
IMF Bentham Limited (now known as  
Omni Bridgeway Limited),  
Bentham IMF Capital Limited (now known  
as Omni Bridgeway Capital (Canada)  
Limited), Insolvency Institute of Canada and  
Canadian Association of Insolvency and  
Restructuring Professionals Interveners**

- and -

**IMF Bentham Limited (now known as Omni  
Bridgeway Limited) and  
Bentham IMF Capital Limited (now known  
as Omni Bridgeway Capital (Canada)  
Limited) Appellants**

v.

**Callidus Capital Corporation,  
International Game Technology,  
Deloitte LLP, Luc Carignan,  
François Vigneault, Philippe Millette,  
Francis Proulx and François Pelletier  
Respondents**

and

**9354-9186 Québec inc. et  
9354-9178 Québec inc. Appelantes**

c.

**Callidus Capital Corporation,  
International Game Technology,  
Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan,  
François Vigneault, Philippe Millette,  
Francis Proulx et François Pelletier Intimés**

et

**Ernst & Young Inc.,  
IMF Bentham Limited (maintenant  
connue sous le nom d'Omni Bridgeway  
Limited), Corporation Bentham IMF  
Capital (maintenant connue sous le nom de  
Corporation Omni Bridgeway Capital  
(Canada)), Institut d'insolvabilité du Canada  
et Association canadienne des professionnels  
de l'insolvabilité et de la réorganisation  
Intervenants**

- et -

**IMF Bentham Limited (maintenant  
connue sous le nom d'Omni Bridgeway  
Limited) et Corporation Bentham IMF  
Capital (maintenant connue sous le nom de  
Corporation Omni Bridgeway Capital  
(Canada)) Appelantes**

c.

**Callidus Capital Corporation,  
International Game Technology,  
Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan,  
François Vigneault, Philippe Millette,  
Francis Proulx et François Pelletier Intimés**

et

**Ernst & Young Inc.,  
9354-9186 Québec inc.,  
9354-9178 Québec inc.,  
Insolvency Institute of Canada and  
Canadian Association of Insolvency  
and Restructuring Professionals Intervenors**

**Ernst & Young Inc.,  
9354-9186 Québec inc.,  
9354-9178 Québec inc.,  
Institut d'insolvabilité du Canada et  
Association canadienne des professionnels  
de l'insolvabilité et de la réorganisation  
Intervenants**

**INDEXED AS: 9354-9186 QUÉBEC INC. v.  
CALLIDUS CAPITAL CORP.**

**2020 SCC 10**

File No.: 38594.

Hearing and judgment: January 23, 2020.

Reasons delivered: May 8, 2020.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe and Kasirer JJ.

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

*Bankruptcy and insolvency — Discretionary authority of supervising judge in proceedings under Companies' Creditors Arrangement Act — Appellate review of decisions of supervising judge — Whether supervising judge has discretion to bar creditor from voting on plan of arrangement where creditor is acting for improper purpose — Whether supervising judge can approve third party litigation funding as interim financing — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11, 11.2.*

The debtor companies filed a petition for the issuance of an initial order under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA") in November 2015. The petition succeeded, and the initial order was issued by a supervising judge, who became responsible for overseeing the proceedings. Since then, substantially all of the assets of the debtor companies have been liquidated, with the notable exception of retained claims for damages against the companies' only secured creditor. In September 2017, the secured creditor proposed a plan of arrangement, which later failed to receive sufficient creditor support. In February 2018, the secured creditor proposed another, virtually identical, plan of arrangement. It also sought the supervising judge's permission to vote on this new plan in the same class as the debtor companies' unsecured creditors, on the basis that its security was worth nil. Around the

**RÉPERTORIÉ : 9354-9186 QUÉBEC INC. c.  
CALLIDUS CAPITAL CORP.**

**2020 CSC 10**

N° du greffe : 38594.

Audition et jugement : 23 janvier 2020.

Motifs déposés : 8 mai 2020.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe et Kasirer.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Faillite et insolvabilité — Pouvoir discrétionnaire du juge surveillant dans une instance introduite sous le régime de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — Contrôle en appel des décisions du juge surveillant — Le juge surveillant a-t-il le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter sur un plan d'arrangement si ce créancier agit dans un but illégitime? — Le juge surveillant peut-il approuver le financement de litige par un tiers à titre de financement temporaire? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 11, 11.2.*

En novembre 2015, les compagnies débitrices déposent une requête en délivrance d'une ordonnance initiale sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC »). La requête est accueillie, et l'ordonnance initiale est rendue par un juge surveillant, qui est chargé de surveiller le déroulement de l'instance. Depuis, la quasi-totalité des éléments d'actif de la compagnie débitrice ont été liquidés, à l'exception notable des réclamations réservées en dommages-intérêts contre le seul créancier garanti des compagnies. En septembre 2017, le créancier garanti propose un plan d'arrangement, qui n'obtient pas subséquemment l'appui nécessaire des créanciers. En février 2018, le créancier garanti propose un autre plan d'arrangement, presque identique au premier. Il demande aussi au juge surveillant la permission de voter sur ce nouveau plan dans la même catégorie que

same time, the debtor companies sought interim financing in the form of a proposed third party litigation funding agreement, which would permit them to pursue litigation of the retained claims. They also sought the approval of a related super-priority litigation financing charge.

The supervising judge determined that the secured creditor should not be permitted to vote on the new plan because it was acting with an improper purpose. As a result, the new plan had no reasonable prospect of success and was not put to a creditors' vote. The supervising judge allowed the debtor companies' application, authorizing them to enter into a third party litigation funding agreement. On appeal by the secured creditor and certain of the unsecured creditors, the Court of Appeal set aside the supervising judge's order, holding that he had erred in reaching the foregoing conclusions.

*Held:* The appeal should be allowed and the supervising judge's order reinstated.

The supervising judge made no error in barring the secured creditor from voting or in authorizing the third party litigating funding agreement. A supervising judge has the discretion to bar a creditor from voting on a plan of arrangement where they determine that the creditor is acting for an improper purpose. A supervising judge can also approve third party litigation funding as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*. The Court of Appeal was not justified in interfering with the supervising judge's discretionary decisions in this regard, having failed to treat them with the appropriate degree of deference.

The *CCAA* is one of three principal insolvency statutes in Canada. It pursues an array of overarching remedial objectives that reflect the wide ranging and potentially catastrophic impacts insolvency can have. These objectives include: providing for timely, efficient and impartial resolution of a debtor's insolvency; preserving and maximizing the value of a debtor's assets; ensuring fair and equitable treatment of the claims against a debtor; protecting the public interest; and, in the context of a commercial insolvency, balancing the costs and benefits of restructuring or liquidating the company. The architecture of the *CCAA* leaves the case-specific assessment and balancing of these objectives to the supervising judge.

les créanciers non garantis des compagnies débitrices, au motif que sa sûreté ne vaut rien. À peu près au même moment, les compagnies débitrices demandent un financement temporaire sous forme d'un accord de financement de litige par un tiers qui leur permettrait de poursuivre l'instruction des réclamations réservées. Elles sollicitent également l'approbation d'une charge super-prioritaire pour financer le litige.

Le juge surveillant décide que le créancier garanti ne peut voter sur le nouveau plan parce qu'il agit dans un but illégitime. En conséquence, le nouveau plan n'a aucune possibilité raisonnable d'être avalisé et il n'est pas soumis au vote des créanciers. Le juge surveillant accueille la demande des compagnies débitrices et les autorise à conclure un accord de financement de litige par un tiers. À l'issue d'un appel formé par le créancier garanti et certains des créanciers non garantis, la Cour d'appel annule l'ordonnance du juge surveillant, estimant qu'il est parvenu à tort aux conclusions qui précèdent.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge surveillant est rétablie.

Le juge surveillant n'a commis aucune erreur en empêchant le créancier garanti de voter ou en approuvant l'accord de financement de litige par un tiers. Un juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter sur un plan d'arrangement s'il décide que le créancier agit dans un but illégitime. Un juge surveillant peut aussi approuver le financement de litige par un tiers à titre de financement temporaire, en vertu de l'art. 11.2 de la *LACC*. La Cour d'appel n'était pas justifiée de modifier les décisions discrétionnaires du juge surveillant à cet égard et n'a pas fait preuve de la déférence à laquelle elle était tenue par rapport à ces décisions.

La *LACC* est l'une des trois principales lois canadiennes en matière d'insolvabilité. Elle poursuit un grand nombre d'objectifs réparateurs généraux qui témoignent de la vaste gamme des conséquences potentiellement catastrophiques qui peuvent découler de l'insolvabilité. Ces objectifs incluent les suivants : régler de façon rapide, efficace et impartiale l'insolvabilité d'un débiteur; préserver et maximiser la valeur des actifs d'un débiteur; assurer un traitement juste et équitable des réclamations déposées contre un débiteur; protéger l'intérêt public; et, dans le contexte d'une insolvabilité commerciale, établir un équilibre entre les coûts et les bénéfices découlant de la restructuration ou de la liquidation d'une compagnie. La structure de la *LACC* laisse au juge surveillant le soin de procéder à un examen et à une mise en balance au cas par cas de ces objectifs.

From beginning to end, each proceeding under the *CCAA* is overseen by a single supervising judge, who has broad discretion to make a variety of orders that respond to the circumstances of each case. The anchor of this discretionary authority is s. 11 of the *CCAA*, which empowers a judge to make any order that they consider appropriate in the circumstances. This discretionary authority is broad, but not boundless. It must be exercised in furtherance of the remedial objectives of the *CCAA* and with three baseline considerations in mind: (1) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (2) that the applicant has been acting in good faith and (3) with due diligence. The due diligence consideration discourages parties from sitting on their rights and ensures that creditors do not strategically manoeuvre or position themselves to gain an advantage. A high degree of deference is owed to discretionary decisions made by judges supervising *CCAA* proceedings and, as such, appellate intervention will only be justified if the supervising judge erred in principle or exercised their discretion unreasonably.

A creditor can generally vote on a plan of arrangement or compromise that affects its rights, subject to any specific provisions of the *CCAA* that may restrict its voting rights, or a proper exercise of discretion by the supervising judge to constrain or bar the creditor's right to vote. Given that the *CCAA* regime contemplates creditor participation in decision-making as an integral facet of the workout regime, the discretion to bar a creditor from voting should only be exercised where the circumstances demand such an outcome. Where a creditor is seeking to exercise its voting rights in a manner that frustrates, undermines, or runs counter to the remedial objectives of the *CCAA* — that is, acting for an improper purpose — s. 11 of the *CCAA* supplies the supervising judge with the discretion to bar that creditor from voting. This discretion parallels the similar discretion that exists under the *Bankruptcy and Insolvency Act* and advances the basic fairness that permeates Canadian insolvency law and practice. Whether this discretion ought to be exercised in a particular case is a circumstance-specific inquiry that the supervising judge is best-positioned to undertake.

In the instant case, the supervising judge's decision to bar the secured creditor from voting on the new plan discloses no error justifying appellate intervention. When he made this decision, the supervising judge was intimately

Chaque procédure fondée sur la *LACC* est supervisée du début à la fin par un seul juge surveillant, qui a le vaste pouvoir discrétionnaire de rendre toute une gamme d'ordonnances susceptibles de répondre aux circonstances de chaque cas. Le point d'ancrage de ce pouvoir discrétionnaire est l'art. 11 de la *LACC*, lequel confère au juge le pouvoir de rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée. Quoique vaste, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas sans limites. Son exercice doit tendre à la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC* et tenir compte de trois considérations de base : (1) que l'ordonnance demandée est indiquée, et (2) que le demandeur a agi de bonne foi et (3) avec la diligence voulue. La considération de diligence décourage les parties de rester sur leurs positions et fait en sorte que les créanciers n'usent pas stratégiquement de ruse ou ne se placent pas eux-mêmes dans une position pour obtenir un avantage. Les décisions discrétionnaires des juges chargés de la supervision des procédures intentées sous le régime de la *LACC* commandent un degré élevé de déférence. En conséquence, les cours d'appel ne seront justifiées d'intervenir que si le juge surveillant a commis une erreur de principe ou exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable.

En général, un créancier peut voter sur un plan d'arrangement ou une transaction qui a une incidence sur ses droits, sous réserve des dispositions de la *LACC* qui peuvent limiter son droit de voter, ou de l'exercice justifié par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire de limiter ou de supprimer ce droit. Étant donné que le régime de la *LACC*, dont l'un des aspects essentiels tient à la participation du créancier au processus décisionnel, les créanciers ne devraient être empêchés de voter que si les circonstances l'exigent. Lorsqu'un créancier cherche à exercer ses droits de vote de manière à contrecarrer ou à miner les objectifs réparateurs de la *LACC* ou à aller à l'encontre de ceux-ci — c'est-à-dire à agir dans un but illégitime — l'art. 11 de la *LACC* confère au juge surveillant le pouvoir discrétionnaire d'empêcher le créancier de voter. Ce pouvoir discrétionnaire s'apparente au pouvoir discrétionnaire semblable qui existe en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et favorise l'équité fondamentale qui imprègne le droit et la pratique en matière d'insolvabilité au Canada. La question de savoir s'il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée appelle une analyse fondée sur les circonstances propres à chaque situation que le juge surveillant est le mieux placé pour effectuer.

En l'espèce, la décision du juge surveillant d'empêcher le créancier garanti de voter sur le nouveau plan ne révèle aucune erreur justifiant l'intervention d'une cour d'appel. Lorsqu'il a rendu sa décision, le juge surveillant

familiar with these proceedings, having presided over them for over 2 years, received 15 reports from the monitor, and issued approximately 25 orders. He considered the whole of the circumstances and concluded that the secured creditor's vote would serve an improper purpose. He was aware that the secured creditor had chosen not to value any of its claim as unsecured prior to the vote on the first plan and did not attempt to vote on that plan, which ultimately failed to receive the other creditors' approval. Between the failure of the first plan and the proposal of the (essentially identical) new plan, none of the factual circumstances relating to the debtor companies' financial or business affairs had materially changed. However, the secured creditor sought to value the entirety of its security at nil and, on that basis, sought leave to vote on the new plan as an unsecured creditor. If the secured creditor were permitted to vote in this way, the new plan would certainly have met the double majority threshold for approval under s. 6(1) of the *CCAA*. The inescapable inference was that the secured creditor was attempting to strategically value its security to acquire control over the outcome of the vote and thereby circumvent the creditor democracy the *CCAA* protects. The secured creditor's course of action was also plainly contrary to the expectation that parties act with due diligence in an insolvency proceeding, which includes acting with due diligence in valuing their claims and security. The secured creditor was therefore properly barred from voting on the new plan.

Whether third party litigation funding should be approved as interim financing is a case-specific inquiry that should have regard to the text of s. 11.2 of the *CCAA* and the remedial objectives of the *CCAA* more generally. Interim financing is a flexible tool that may take on a range of forms. This is apparent from the wording of s. 11.2(1), which is broad and does not mandate any standard form or terms. At its core, interim financing enables the preservation and realization of the value of a debtor's assets. In some circumstances, like the instant case, litigation funding furthers this basic purpose. Third party litigation funding agreements may therefore be approved as interim financing in *CCAA* proceedings when the supervising judge determines that doing so would be fair and appropriate, having regard to all the circumstances and the objectives of the Act. This requires consideration of the specific factors set out in s. 11.2(4) of the *CCAA*. These factors need not be mechanically applied or individually reviewed by the supervising judge, as not all of them will be significant in every case, nor are they exhaustive.

connaissait très bien les procédures en cause, car il les avait présidées pendant plus de 2 ans, avait reçu 15 rapports du contrôleur et avait délivré environ 25 ordonnances. Il a tenu compte de l'ensemble des circonstances et a conclu que le vote du créancier garanti viserait un but illégitime. Il savait qu'avant le vote sur le premier plan, le créancier garanti avait choisi de n'évaluer aucune partie de sa réclamation à titre de créancier non garanti et n'avait pas tenté de voter sur ce plan, qui n'a finalement pas reçu l'aval des autres créanciers. Entre l'insuccès du premier plan et la proposition du nouveau plan (identique pour l'essentiel au premier plan), les circonstances factuelles se rapportant aux affaires financières ou commerciales des compagnies débitrices n'avaient pas réellement changé. Pourtant, le créancier garanti a tenté d'évaluer la totalité de sa sûreté à zéro et, sur cette base, a demandé l'autorisation de voter sur le nouveau plan à titre de créancier non garanti. Si le créancier garanti avait été autorisé à voter de cette façon, le nouveau plan aurait certainement satisfait au critère d'approbation à double majorité prévu par le par. 6(1) de la *LACC*. La seule conclusion possible était que le créancier garanti tentait d'évaluer stratégiquement la valeur de sa sûreté afin de prendre le contrôle du vote et ainsi contourner la démocratie entre les créanciers que défend la *LACC*. La façon d'agir du créancier garanti était manifestement contraire à l'attente selon laquelle les parties agissent avec diligence dans une procédure d'insolvenabilité, ce qui comprend le fait de faire preuve de diligence raisonnable dans l'évaluation de leurs réclamations et sûretés. Le créancier garanti a donc été empêché à bon droit de voter sur le nouveau plan.

La question de savoir s'il y a lieu d'approuver le financement d'un litige par un tiers à titre de financement temporaire commande une analyse fondée sur les faits de l'espèce qui doit tenir compte du libellé de l'art. 11.2 de la *LACC* et des objectifs réparateurs de la *LACC* de façon plus générale. Le financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes. Cela ressort du libellé du par. 11.2(1), qui est large et ne prescrit aucune forme ou condition type. Le financement temporaire permet essentiellement de préserver et de réaliser la valeur des éléments d'actif du débiteur. Dans certaines circonstances, comme en l'espèce, le financement de litige favorise la réalisation de cet objectif fondamental. Les accords de financement de litige par un tiers peuvent être approuvés à titre de financement temporaire dans le cadre des procédures fondées sur la *LACC* lorsque le juge surveillant estime qu'il serait juste et approprié de le faire, compte tenu de l'ensemble des circonstances et des objectifs de la Loi. Cela implique la prise en considération des facteurs précis énoncés au par. 11.2(4) de la *LACC*. Ces facteurs

Additionally, in order for a third party litigation funding agreement to be approved as interim financing, the agreement must not contain terms that effectively convert it into a plan of arrangement.

In the instant case, there is no basis upon which to interfere with the supervising judge's exercise of his discretion to approve the litigation funding agreement as interim financing. A review of the supervising judge's reasons as a whole, combined with a recognition of his manifest experience with the debtor companies' CCAA proceedings, leads to the conclusion that the factors listed in s. 11.2(4) concern matters that could not have escaped his attention and due consideration. It is apparent that he was focussed on the fairness at stake to all parties, the specific objectives of the CCAA, and the particular circumstances of this case when he approved the litigation funding agreement as interim financing. Further, the litigation funding agreement is not a plan of arrangement because it does not propose any compromise of the creditors' rights. The fact that the creditors may walk away with more or less money at the end of the day does not change the nature or existence of their rights to access the funds generated from the debtor companies' assets, nor can it be said to compromise those rights. Finally, the litigation financing charge does not convert the litigation funding agreement into a plan of arrangement. Holding otherwise would effectively extinguish the supervising judge's authority to approve these charges without a creditors' vote, which is expressly provided for in s. 11.2 of the CCAA.

ne doivent pas être appliqués machinalement ou examinés individuellement par le juge surveillant, car ils ne seront pas tous importants dans tous les cas, et ils ne sont pas non plus exhaustifs. En outre, pour qu'un accord de financement de litige par un tiers soit approuvé à titre de financement temporaire, il ne doit pas comporter des conditions qui le convertissent effectivement en plan d'arrangement.

En l'espèce, il n'y a aucune raison d'intervenir dans l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'accord de financement de litige à titre de financement temporaire. L'examen des motifs du juge surveillant dans leur ensemble, conjugué à la reconnaissance de son expérience évidente des procédures intentées par les compagnies débitrices sous le régime de la *LACC*, mène à la conclusion que les facteurs énumérés au par. 11.2(4) concernent des questions qui n'auraient pu échapper à son attention et à son examen adéquat. Il est manifeste que le juge surveillant a mis l'accent sur l'équité envers toutes les parties, les objectifs précis de la *LACC* et les circonstances particulières de la présente affaire lorsqu'il a approuvé l'accord de financement de litige à titre de financement temporaire. De plus, l'accord de financement de litige ne constitue pas un plan d'arrangement parce qu'il ne propose aucune transaction visant les droits des créanciers. Le fait que les créanciers puissent en fin de compte remporter plus ou moins d'argent ne modifie en rien la nature ou l'existence de leurs droits d'avoir accès aux fonds provenant des actifs des compagnies débitrices, pas plus qu'on ne saurait dire qu'il s'agit d'une transaction à l'égard de leurs droits. Enfin, la charge relative au financement de litige ne convertit pas l'accord de financement de litige en plan d'arrangement. Une conclusion contraire aurait pour effet d'annihiler le pouvoir du juge surveillant d'approuver ces charges sans un vote des créanciers, un résultat qui est expressément prévu par l'art. 11.2 de la *LACC*.

## Cases Cited

By Wagner C.J. and Moldaver J.

**Applied:** *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; **considered:** *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102; *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296; **referred to:** *Bayens v. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150; *Hayes v. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125; *Schenk v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332; *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199; *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271; *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund*

## Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner et le juge Moldaver

**Arrêt appliqué :** *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; **arrêts examinés :** *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102; *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296; **arrêts mentionnés :** *Bayens c. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150; *Hayes c. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125; *Schenk c. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332; *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271; *Ernst*

*Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299; *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323; *Uti Energy Corp. v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, aff'g 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204; *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24; *North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada v. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276; *Caterpillar Financial Services Ltd. v. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701; *Grant Forest Products Inc. v. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426; *Bridging Finance Inc. v. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175; *New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338; *Canadian Metropolitan Properties Corp. v. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Re 1078385 Ontario Ltd.* (2004), 206 O.A.C. 17; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283; *Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Boutiques San Francisco Inc. v. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955; *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Montgrain v. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; *Langtry v. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644; *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193; *Marcotte v. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915; *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, aff'd 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739; *Stanway v. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192; *Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169; *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577.

& *Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Third Eye Capital Corporation c. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299; *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323; *Uti Energy Corp. c. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, conf. 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204; *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24; *North American Tungsten Corp. c. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada c. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276; *Caterpillar Financial Services Ltd. c. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701; *Grant Forest Products Inc. c. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426; *Bridging Finance Inc. c. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175; *New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338; *Canadian Metropolitan Properties Corp. c. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Re 1078385 Ontario Ltd.* (2004), 206 O.A.C. 17; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283; *Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Boutiques San Francisco Inc. c. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955; *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Montgrain c. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; *Langtry c. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644; *McIntyre Estate c. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193; *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915; *Houle c. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, conf. par 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739; *Stanway c. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192; *Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169; *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. c. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577.

## Statutes and Regulations Cited

- An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327.
- Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 4.2, 43(7), 50(1), 54(3), 108(3), 187(9).
- Budget Implementation Act, 2019*, No. 1, S.C. 2019, c. 29, ss. 133, 138, 140.
- Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 2(1), 3(1), 4, 5, 6(1), 7, 11, 11.2(1), (2), (4), (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g), (5), 11.7, 11.8, 18.6, 22(1), (2), (3), 23(1)(d), (i), 23 to 25, 36.
- Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11, s. 6(1).

## Authors Cited

- Agarwal, Ranjan K., and Doug Fenton. “Beyond Access to Justice: Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context” (2017), 59 *Can. Bus. L.J.* 65.
- Canada. Innovation, Science and Economic Development Canada. *Archived—Bill C-55: clause by clause analysis*, last updated December 29, 2016 (online: <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/eng/cl00908.html#bill128e>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10\\_1\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_1_eng.pdf)).
- Canada. Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada. *Bill C-12: Clause by Clause Analysis*, developed by Industry Canada, last updated March 24, 2015 (online: <https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/eng/br01986.html#a79>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10\\_2\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_2_eng.pdf)).
- Canada. Senate. Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa, 2003.
- Houlden, Lloyd W., Geoffrey B. Morawetz and Janis P. Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2009 (loose-leaf updated 2020, release 3).
- Kaplan, Bill. “Liquidating CCAAs: Discretion Gone Awry?”, in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law*. Toronto: Carswell, 2008, 79.
- Klar, Lewis N., et al. *Remedies in Tort*, vol. 1, by Leanne Berry, ed. Toronto: Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2019, release 12).
- McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2019.
- Michaud, Guillaume. “New Frontier: The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape”, in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018*. Toronto: Thomson Reuters, 2019, 221.

## Lois et règlements cités

- An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327.
- Loi no 1 d'exécution du budget de 2019*, L.C. 2019, c. 29, art. 133, 138, 140.
- Loi sur la faillite et l'insolvenabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 4.2, 43(7), 50(1), 54(3), 108(3), 187(9).
- Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 2(1), 3(1), 4, 5, 6(1), 7, 11, 11.2(1), (2), (4), a, b, c, d, e, f, g, (5), 11.7, 11.8, 18.6, 22(1), (2), (3), 23(1)d, i, 23 à 25, 36.
- Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, c. W-11, art. 6(1).

## Doctrine et autres documents cités

- Agarwal, Ranjan K., and Doug Fenton. « Beyond Access to Justice : Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context » (2017), 59 *Rev. can. dr. comm.* 65.
- Canada. Bureau du surintendant des faillites Canada. *Projet de loi C-12 : analyse article par article*, élaboré par Industrie Canada, dernière mise à jour 24 mars 2015 (en ligne : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br01986.html#a77f>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10\\_2\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_2_fra.pdf)).
- Canada. Innovation, Sciences et Développement économique Canada. *Archivé — Projet de Loi C-55 : analyse article par article*, dernière mise à jour 29 décembre 2016 (en ligne : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/fra/cl00908.html#lacc11-2>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10\\_1\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_1_fra.pdf)).
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvenabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, Ottawa, 2003.
- Houlden, Lloyd W., Geoffrey B. Morawetz and Janis P. Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2009 (loose-leaf updated 2020, release 3).
- Kaplan, Bill. « Liquidating CCAAs : Discretion Gone Awry? », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law*, Toronto, Carswell, 2008, 79.
- Klar, Lewis N., et al. *Remedies in Tort*, vol. 1, by Leanne Berry, ed., Toronto, Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2019, release 12).
- McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2019.
- Michaud, Guillaume. « New Frontier : The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape », in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual*

- Nocilla, Alfonso. "Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36" (2012), 52 *Can. Bus. L.J.* 226.
- Nocilla, Alfonso. "The History of the Companies' Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada" (2014), 56 *Can. Bus. L.J.* 73.
- Rotsztain, Michael B., and Alexandra Dostal. "Debtors-In-Possession Financing", in Stephanie Ben-Ishai and Anthony Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007, 227.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2013.
- Sarra, Janis P. "The Oscillating Pendulum: Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law", in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*. Toronto: Thomson Reuters, 2017, 9.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.
- Review of Insolvency Law 2018*, Toronto, Thomson Reuters, 2019, 221.
- Nocilla, Alfonso. « Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36 » (2012), 52 *Rev. can. dr. comm.* 226.
- Nocilla, Alfonso. « The History of the Companies' Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada » (2014), 56 *Rev. can. dr. comm.* 73.
- Rotsztain, Michael B., and Alexandra Dostal. « Debtors-In-Possession Financing », in Stephanie Ben-Ishai and Anthony Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law : Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2007, 227.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2013.
- Sarra, Janis P. « The Oscillating Pendulum : Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*, Toronto, Thomson Reuters, 2017, 9.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.

**APPEALS** from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dutil, Schrager and Dumas JJ.A.), 2019 QCCA 171, [2019] AZ-51566416, [2019] Q.J. No. 670 (QL), 2019 CarswellQue 94 (WL Can.), setting aside a decision of Michaud J., 2018 QCCS 1040, [2018] AZ-51477967, [2018] Q.J. No. 1986 (QL), 2018 CarswellQue 1923 (WL Can.). Appeals allowed.

*Jean-Philippe Groleau, Christian Lachance, Gabriel Lavery Lepage and Hannah Toledano*, for the appellants/intervenors 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.

*Neil A. Peden*, for the appellants/intervenors IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway Limited) and Bentham IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital (Canada) Limited).

*Geneviève Cloutier and Clifton P. Prophet*, for the respondent Callidus Capital Corporation.

*Jocelyn Perreault, Noah Zucker and François Alexandre Toupin*, for the respondents International

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Dutil, Schrager et Dumas), 2019 QCCA 171, [2019] AZ-51566416, [2019] Q.J. No. 670 (QL), 2019 CarswellQue 94 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Michaud, 2018 QCCS 1040, [2018] AZ-51477967, [2018] Q.J. No. 1986 (QL), 2018 CarswellQue 1923 (WL Can.). Pourvois accueillis.

*Jean-Philippe Groleau, Christian Lachance, Gabriel Lavery Lepage et Hannah Toledano*, pour les appelantes/intervenantes 9354-9186 Québec inc. et 9354-9178 Québec inc.

*Neil A. Peden*, pour les appelantes/intervenantes IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom d'Omni Bridgeway Limited) et Corporation Bentham IMF Capital (maintenant connue sous le nom de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada)).

*Geneviève Cloutier et Clifton P. Prophet*, pour l'intimée Callidus Capital Corporation.

*Jocelyn Perreault, Noah Zucker et François Alexandre Toupin*, pour les intimés International

Game Technology, Deloitte LLP, Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx and François Pelletier.

*Joseph Reynaud* and *Nathalie Nouvet*, for the intervenor Ernst & Young Inc.

*Sylvain Rigaud, Arad Mojtahedi* and *Saam Pousht-Mashhad*, for the intervenors the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

The reasons for judgment of the Court were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MOLDAVER J.—

### I. Overview

[1] These appeals arise in the context of an ongoing proceeding instituted under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“*CCAA*”), in which substantially all of the assets of the debtor companies have been liquidated. The proceeding was commenced well over four years ago. Since then, a single supervising judge has been responsible for its oversight. In this capacity, he has made numerous discretionary decisions.

[2] Two of the supervising judge’s decisions are in issue before us. Each raises a question requiring this Court to clarify the nature and scope of judicial discretion in *CCAA* proceedings. The first is whether a supervising judge has the discretion to bar a creditor from voting on a plan of arrangement where they determine that the creditor is acting for an improper purpose. The second is whether a supervising judge can approve third party litigation funding as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*.

[3] For the reasons that follow, we would answer both questions in the affirmative, as did the supervising judge. To the extent the Court of Appeal disagreed

Game Technology, Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx et François Pelletier.

*Joseph Reynaud* et *Nathalie Nouvet*, pour l’intervenante Ernst & Young Inc.

*Sylvain Rigaud, Arad Mojtahedi* et *Saam Pousht-Mashhad*, pour les intervenants l’Institut d’insolvabilité du Canada et l’Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation.

Version française des motifs de jugement de la Cour rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE MOLDAVER —

### I. Aperçu

[1] Ces pourvois s’inscrivent dans le contexte d’une instance toujours en cours introduite sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers de compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« *LACC* »), dans le cadre de laquelle la quasi-totalité des éléments d’actif des compagnies débitrices ont été liquidés. L’instance a été introduite il y a plus de quatre ans. Depuis, un seul juge surveillant a été chargé de sa supervision. À ce titre, il a rendu de nombreuses décisions discrétionnaires.

[2] Deux de ces décisions du juge surveillant font l’objet du présent pourvoi. Chacune d’elles soulève une question exigeant de notre Cour qu’elle précise la nature et la portée du pouvoir discrétionnaire exercé par les tribunaux dans les instances relevant de la *LACC*. La première est de savoir si le juge surveillant dispose du pouvoir discrétionnaire d’interdire à un créancier de voter sur un plan d’arrangement s’il estime que ce créancier agit dans un but illégitime. La deuxième porte sur le pouvoir du juge surveillant d’approuver le financement du litige par un tiers à titre de financement temporaire, en vertu de l’art. 11.2 de la *LACC*.

[3] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis de répondre à ces deux questions par l’affirmative, à l’instar du juge surveillant. Dans la mesure où la

[62] Indeed, Parliament did not mindlessly reproduce s. 54(3) of the *BIA* in s. 22(3) of the *CCAA*. Rather, it made two modifications to the language of s. 54(3) to bring it into conformity with the language of the *CCAA*. First, it changed “proposal” (a defined term in the *BIA*) to “compromise or arrangement” (a term used throughout the *CCAA*). Second, it changed “debtor” to “company”, recognizing that companies are the only kind of debtor that exists in the *CCAA* context.

[63] Our view is further supported by Industry Canada’s explanation of the rationale for s. 22(3) as being to “reduce the ability of debtor companies to organize a restructuring plan that confers additional benefits to related parties” (Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada, *Bill C-12: Clause by Clause Analysis* (online), cl. 71, s. 22 (emphasis added); see also Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, at p. 151).

[64] Finally, we note that the *CCAA* contains other mechanisms that attenuate the concern that a creditor with conflicting legal interests with respect to a plan it proposes may distort the creditors’ vote. Although we reject the appellants’ interpretation of s. 22(3), that section still bars creditors who are related to the debtor company from voting in favour of *any* plan. Additionally, creditors who do not share a sufficient commonality of interest may be forced to vote in separate classes (s. 22(1) and (2)), and, as we will explain, a supervising judge may bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose.

(2) Discretion to Bar a Creditor From Voting in Furtherance of an Improper Purpose

[65] There is no dispute that the *CCAA* is silent on when a creditor who is otherwise entitled to vote on a plan can be barred from voting. However, *CCAA* supervising judges are often called upon “to sanction measures for which there is no explicit authority in the *CCAA*” (*Century Services*, at para. 61; see also para. 62). In *Century Services*, this Court endorsed

[62] En fait, le législateur n’a pas reproduit de façon irréfléchie, au par. 22(3) de la *LACC*, le texte du par. 54(3) de la *LFI*. Au contraire, il a apporté deux modifications au libellé du par. 54(3) pour l’adapter à celui employé dans la *LACC*. Premièrement, il a remplacé le terme « proposition » (défini dans la *LFI*) par les mots « transaction ou arrangement » (employés tout au long dans la *LACC*). Deuxièmement, il a remplacé « débiteur » par « compagnie », reconnaissant ainsi que les compagnies sont les seuls débiteurs qui existent dans le contexte de la *LACC*.

[63] Notre opinion est en outre appuyée par Industrie Canada, selon qui l’adoption du par. 22(3) se justifie par la volonté de « réduire la capacité des compagnies débitrices d’établir un plan de restructuration apportant des avantages supplémentaires à des personnes qui leur sont liées » (Bureau du surintendant des faillites Canada, *Projet de loi C-12 : analyse article par article* (en ligne), cl. 71, art. 22 (nous soulignons); voir aussi Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, p. 166).

[64] Enfin, nous soulignons que la *LACC* prévoit d’autres mécanismes qui réduisent le risque qu’un créancier en situation de conflit d’intérêts par rapport au plan qu’il propose puisse biaiser le vote des créanciers. Bien que nous rejetions l’interprétation donnée par les appellantes au par. 22(3), ce paragraphe interdit tout de même aux créanciers liés à la compagnie débitrice de voter en faveur de *tout* plan. De plus, les créanciers qui n’ont pas suffisamment d’intérêts en commun pourraient être contraints de voter dans des catégories distinctes (par. 22(1) et (2)); et, comme nous l’expliquerons, le juge surveillant peut empêcher un créancier de voter si ce dernier agit dans un but illégitime.

(2) Le pouvoir discrétionnaire d’interdire à un créancier de voter dans un but illégitime

[65] Il est acquis aux débats que la *LACC* ne contient aucune disposition énonçant les circonstances dans lesquelles un créancier, autrement admissible à voter sur un plan, peut être empêché de le faire. Toutefois, les juges chargés d’appliquer la *LACC* sont souvent appelés à « sanctionner des mesures non expressément prévues par la *LACC* »

a “hierarchical” approach to determining whether jurisdiction exists to sanction a proposed measure: “. . . courts [must] rely first on an interpretation of the provisions of the *CCAA* text before turning to inherent or equitable jurisdiction to anchor measures taken in a *CCAA* proceeding” (para. 65). In most circumstances, a purposive and liberal interpretation of the provisions of the *CCAA* will be sufficient “to ground measures necessary to achieve its objectives” (para. 65).

[66] Applying this approach, we conclude that jurisdiction exists under s. 11 of the *CCAA* to bar a creditor from voting on a plan of arrangement or compromise where the creditor is acting for an improper purpose.

[67] Courts have long recognized that s. 11 of the *CCAA* signals legislative endorsement of the “broad reading of *CCAA* authority developed by the jurisprudence” (*Century Services*, at para. 68). Section 11 states:

#### General power of court

**11** Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

On the plain wording of the provision, the jurisdiction granted by s. 11 is constrained only by restrictions set out in the *CCAA* itself, and the requirement that the order made be “appropriate in the circumstances”.

[68] Where a party seeks an order relating to a matter that falls within the supervising judge’s purview, and for which there is no *CCAA* provision conferring more specific jurisdiction, s. 11 necessarily is the

(*Century Services*, par. 61; voir aussi par. 62). Dans l’arrêt *Century Services*, notre Cour a souscrit à l’approche « hiérarchisée » qui vise à déterminer si le tribunal a compétence pour sanctionner une mesure proposée : « . . . les tribunaux procéderont d’abord à une interprétation des dispositions de la *LACC* avant d’invoyer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour justifier des mesures prises dans le cadre d’une procédure fondée sur la *LACC* » (par. 65). Dans la plupart des cas, une interprétation téléologique et large des dispositions de la *LACC* suffira à « justifier les mesures nécessaires à la réalisation de ses objectifs » (par. 65).

[66] Après avoir appliqué cette approche, nous concluons que l’art. 11 de la *LACC* confère au tribunal le pouvoir d’interdire à un créancier de voter sur un plan d’arrangement ou une transaction s’il agit dans un but illégitime.

[67] Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que le libellé de l’art. 11 de la *LACC* indique que le législateur a sanctionné « l’interprétation large du pouvoir conféré par la *LACC* qui a été élaborée par la jurisprudence » (*Century Services*, par. 68). L’article 11 est ainsi libellé :

#### Pouvoir général du tribunal

**11** Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie débitrice, rendre, sur demande d’un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu’il estime indiquée.

Selon le libellé clair de la disposition, le pouvoir conféré par l’art. 11 n’est limité que par les restrictions imposées par la *LACC* elle-même, ainsi que par l’exigence que l’ordonnance soit « indiquée » dans les circonstances.

[68] Lorsqu’une partie sollicite une ordonnance relativement à une question qui entre dans le champ de compétence du juge surveillant, mais pour laquelle aucune disposition de la *LACC* ne confère plus

provision of first resort in anchoring jurisdiction. As Blair J.A. put it in *Stelco*, s. 11 “for the most part supplants the need to resort to inherent jurisdiction” in the *CCAA* context (para. 36).

[69] Oversight of the plan negotiation, voting, and approval process falls squarely within the supervising judge’s purview. As indicated, there are no specific provisions in the *CCAA* which govern when a creditor who is otherwise eligible to vote on a plan may nonetheless be barred from voting. Nor is there any provision in the *CCAA* which suggests that a creditor has an absolute right to vote on a plan that cannot be displaced by a proper exercise of judicial discretion. However, given that the *CCAA* regime contemplates creditor participation in decision-making as an integral facet of the workout regime, creditors should only be barred from voting where the circumstances demand such an outcome. In other words, it is necessarily a discretionary, circumstance-specific inquiry.

[70] Thus, it is apparent that s. 11 serves as the source of the supervising judge’s jurisdiction to issue a discretionary order barring a creditor from voting on a plan of arrangement. The exercise of this discretion must further the remedial objectives of the *CCAA* and be guided by the baseline considerations of appropriateness, good faith, and due diligence. This means that, where a creditor is seeking to exercise its voting rights in a manner that frustrates, undermines, or runs counter to those objectives — that is, acting for an “improper purpose” — the supervising judge has the discretion to bar that creditor from voting.

[71] The discretion to bar a creditor from voting in furtherance of an improper purpose under the *CCAA* parallels the similar discretion that exists under the *BIA*, which was recognized in *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296. In *Laserworks*, the Nova Scotia

précisément compétence, l’art. 11 est nécessairement la disposition à laquelle on peut recourir d’emblée pour fonder la compétence du tribunal. Comme l’a dit le juge Blair dans l’arrêt *Stelco*, l’art. 11 [TRADUCTION] « fait en sorte que la plupart du temps, il est inutile de recourir à la compétence inhérente » dans le contexte de la *LACC* (par. 36).

[69] La supervision des négociations entourant le plan, tout comme le vote et le processus d’approbation, relève nettement de la compétence du juge surveillant. Comme nous l’avons dit, aucune disposition de la *LACC* ne vise le cas où un créancier par ailleurs admissible à voter sur un plan peut néanmoins être empêché de le faire. Il n’existe non plus aucune disposition de la *LACC* selon laquelle le droit que possède un créancier de voter sur un plan est absolu et que ce droit ne peut pas être écarté par l’exercice légitime du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Toutefois, étant donné le régime de la *LACC*, dont l’un des aspects essentiels tient à la participation du créancier au processus décisionnel, les créanciers ne devraient être empêchés de voter que si les circonstances l’exigent. Autrement dit, il faut nécessairement procéder à un examen discrétionnaire axé sur les circonstances propres à chaque situation.

[70] L’article 11 constitue donc manifestement la source de la compétence du juge surveillant pour rendre une ordonnance discrétionnaire empêchant un créancier de voter sur un plan d’arrangement. L’exercice du pouvoir discrétionnaire doit favoriser la réalisation des objets réparateurs de la *LACC* et être fondé sur les considérations de base que sont l’opportunité, la bonne foi et la diligence. Cela signifie que, lorsqu’un créancier cherche à exercer ses droits de vote de manière à contrecarrer, à miner ces objectifs ou à aller à l’encontre de ceux-ci — c’est-à-dire à agir dans un « but illégitime » — le juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire d’empêcher le créancier de voter.

[71] Le pouvoir discrétionnaire d’empêcher un créancier de voter dans un but illégitime au sens de la *LACC* s’apparente au pouvoir discrétionnaire semblable qui existe en vertu de la *LFI*, lequel a été reconnu dans l’arrêt *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R.

Court of Appeal concluded that the discretion to bar a creditor from voting in this way stemmed from the court's power, inherent in the scheme of the *BIA*, to supervise “[e]ach step in the bankruptcy process” (at para. 41), as reflected in ss. 43(7), 108(3), and 187(9) of the Act. The court explained that s. 187(9) specifically grants the power to remedy a “substantial injustice”, which arises “when the *BIA* is used for an improper purpose” (para. 54). The court held that “[a]n improper purpose is any purpose collateral to the purpose for which the bankruptcy and insolvency legislation was enacted by Parliament” (para. 54).

[72] While not determinative, the existence of this discretion under the *BIA* lends support to the existence of similar discretion under the *CCAA* for two reasons.

[73] First, this conclusion would be consistent with this Court's recognition that the *CCAA* “offers a more flexible mechanism with greater judicial discretion” than the *BIA* (*Century Services*, at para. 14 (emphasis added)).

[74] Second, this Court has recognized the benefits of harmonizing the two statutes to the extent possible. For example, in *Indalex*, the Court observed that “in order to avoid a race to liquidation under the *BIA*, courts will favour an interpretation of the *CCAA* that affords creditors analogous entitlements” to those received under the *BIA* (para. 51; see also *Century Services*, at para. 24; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283, at paras. 34-46). Thus, where the statutes are capable of bearing a harmonious interpretation, that interpretation ought to be preferred “to avoid the ills that can arise from [insolvency] ‘statute-shopping’” (*Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274, at para. 78; see also para. 73). In our view, the articulation of “improper purpose” set out in *Laserworks* — that is, any purpose collateral to the purpose of insolvency legislation — is entirely harmonious with the nature and scope of judicial discretion afforded by the *CCAA*. Indeed, as we have explained, this

(2d) 296. Dans *Laserworks*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter de cette façon découlait du pouvoir du tribunal, inhérent au régime établi par la *LFI*, de superviser [TRADUCTION] « [c]haque étape du processus de faillite » (par. 41), comme l'indiquent les par. 43(7), 108(3) et 187(9) de la Loi. La cour a expliqué que le par. 187(9) confère expressément le pouvoir de remédier à une « injustice grave », laquelle se produit « lorsque la *LFI* est utilisée dans un but illégitime » (par. 54). La cour a statué que « [I]l est illégitime est un but qui est accessoire à l'objet pour lequel la loi en matière de faillite et d'insolvabilité a été adoptée par le législateur » (par. 54).

[72] Bien qu'elle ne soit pas déterminante, l'existence de ce pouvoir discrétionnaire en vertu de la *LFI* étaye l'existence d'un pouvoir discrétionnaire semblable en vertu de la *LACC* pour deux raisons.

[73] D'abord, cette conclusion serait compatible avec le fait que la Cour a reconnu que la *LACC* « établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire » que sous le régime de la *LFI* (*Century Services*, par. 14 (nous soulignons)).

[74] Ensuite, la Cour a reconnu les bienfaits de l'harmonisation, dans la mesure du possible, des deux lois. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Indalex*, la Cour a souligné que « pour éviter de précipiter une liquidation sous le régime de la *LFI*, les tribunaux privilégieront une interprétation de la *LACC* qui confère [ . . . ] aux créanciers [des droits analogues] » à ceux dont ils jouissent en vertu de la *LFI* (par. 51; voir également *Century Services*, par. 24; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283, par. 34-46). Ainsi, lorsque les lois permettent une interprétation harmonieuse, il y a lieu de retenir cette interprétation [TRADUCTION] « afin d'écartier les embûches pouvant découler du choix des créanciers de “recourir à la loi la plus favorable” [en matière d'insolvabilité] » (*Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274, par. 78; voir aussi par. 73). À notre avis, la manière dont a été formulé le « but illégitime » dans l'arrêt *Laserworks* — c'est-à-dire un but accessoire à l'objet de la loi en

discretion is to be exercised in accordance with the CCAA's objectives as an insolvency statute.

[75] We also observe that the recognition of this discretion under the CCAA advances the basic fairness that "permeates Canadian insolvency law and practice" (Sarra, "The Oscillating Pendulum: Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law", at p. 27; see also *Century Services*, at paras. 70 and 77). As Professor Sarra observes, fairness demands that supervising judges be in a position to recognize and meaningfully address circumstances in which parties are working against the goals of the statute:

The Canadian insolvency regime is based on the assumption that creditors and the debtor share a common goal of maximizing recoveries. The substantive aspect of fairness in the insolvency regime is based on the assumption that all involved parties face real economic risks. Unfairness resides where only some face these risks, while others actually benefit from the situation . . . If the CCAA is to be interpreted in a purposive way, the courts must be able to recognize when people have conflicting interests and are working actively against the goals of the statute. [Emphasis added.]

("The Oscillating Pendulum: Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law", at p. 30)

In this vein, the supervising judge's oversight of the CCAA voting regime must not only ensure strict compliance with the Act, but should further its goals as well. We are of the view that the policy objectives of the CCAA necessitate the recognition of the discretion to bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose.

matière d'insolvabilité — s'harmonise parfaitement avec la nature et la portée du pouvoir discrétionnaire judiciaire que confère la *LACC*. En effet, comme nous l'avons expliqué, ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément aux objets de la *LACC* en tant que loi en matière d'insolvabilité.

[75] Nous soulignons également que la reconnaissance de l'existence de ce pouvoir discrétionnaire sous le régime de la *LACC* favorise l'équité fondamentale qui [TRADUCTION] « imprègne le droit et la pratique en matière d'insolvabilité au Canada » (Sarra, « The Oscillating Pendulum : Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 27; voir également *Century Services*, par. 70 et 77). Comme le fait observer la professeure Sarra, l'équité commande que les juges surveillants soient en mesure de reconnaître les situations où les parties empêchent la réalisation des objectifs de la loi et de prendre des mesures utiles à leur égard :

[TRADUCTION] Le régime d'insolvabilité canadien repose sur la présomption que les créanciers et le débiteur ont pour objectif commun de maximiser les recouvrements. L'aspect substantiel de la justice dans le régime d'insolvabilité repose sur la présomption que toutes les parties concernées sont exposées à de réels risques économiques. L'injustice réside dans les situations où seules certaines personnes sont exposées aux risques, tandis que d'autres tirent en fait avantage de la situation. [ . . . ] Si l'on veut que la *LACC* reçoive une interprétation téléologique, les tribunaux doivent être en mesure de reconnaître les situations où les gens ont des intérêts opposés et s'emploient activement à contrecarrer les objectifs de la loi. [Nous soulignons.]

(« The Oscillating Pendulum : Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 30)

Dans le même ordre d'idées, la surveillance du régime de droit de vote prévu par la *LACC* qu'exerce le juge surveillant ne doit pas seulement assurer une application stricte de la Loi, mais doit aussi favoriser la réalisation de ses objectifs. Nous estimons que la réalisation des objectifs de politique de la *LACC* nécessite la reconnaissance du pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter s'il agit dans un but illégitime.

[76] Whether this discretion ought to be exercised in a particular case is a circumstance-specific inquiry that must balance the various objectives of the *CCAA*. As this case demonstrates, the supervising judge is best-positioned to undertake this inquiry.

**(3) The Supervising Judge Did Not Err in Prohibiting Callidus From Voting**

[77] In our view, the supervising judge's decision to bar Callidus from voting on the New Plan discloses no error justifying appellate intervention. As we have explained, discretionary decisions like this one must be approached from the appropriate posture of deference. It bears mentioning that, when he made this decision, the supervising judge was intimately familiar with Bluberi's *CCAA* proceedings. He had presided over them for over 2 years, received 15 reports from the Monitor, and issued approximately 25 orders.

[78] The supervising judge considered the whole of the circumstances and concluded that Callidus's vote would serve an improper purpose (paras. 45 and 48). We agree with his determination. He was aware that, prior to the vote on the First Plan, Callidus had chosen not to value *any* of its claim as unsecured and later declined to vote at all — despite the Monitor explicitly inviting it do so.<sup>4</sup> The supervising judge was also aware that Callidus's First Plan had failed to receive the other creditors' approval at the creditors' meeting of December 15, 2017, and that Callidus had chosen not to take the opportunity to amend or increase the value of its plan at that time, which it was entitled to do (see *CCAA*, ss. 6 and 7; Monitor, I.F., at para. 17). Between the failure of the First Plan and the proposal of the New Plan — which was identical to the First Plan, save for a modest increase of \$250,000 — none of the factual circumstances relating to Bluberi's financial or business

[76] La question de savoir s'il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée appelle une analyse fondée sur les circonstances propres à chaque situation qui doit mettre en balance les divers objectifs de la *LACC*. Comme le démontre le présent dossier, le juge surveillant est le mieux placé pour procéder à cette analyse.

**(3) Le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en interdisant à Callidus de voter**

[77] À notre avis, la décision du juge surveillant d'empêcher Callidus de voter sur le nouveau plan ne révèle aucune erreur justifiant l'intervention d'une cour d'appel. Comme nous l'avons expliqué, il faut adopter l'attitude de déférence appropriée à l'égard des décisions discrétionnaires de ce genre. Il convient de mentionner que, lorsqu'il a rendu sa décision, le juge surveillant connaissait très bien les procédures fondées sur la *LACC* relatives à Bluberi. Il les avait présidées pendant plus de 2 ans, avait reçu 15 rapports du contrôleur et avait délivré environ 25 ordonnances.

[78] Le juge surveillant a tenu compte de l'ensemble des circonstances et a conclu que le vote de Callidus viserait un but illégitime (par. 45 et 48). Nous sommes d'accord avec cette conclusion. Il savait qu'avant le vote sur le premier plan, Callidus avait choisi de n'évaluer *aucune partie* de sa réclamation à titre de créancier non garanti et s'était par la suite abstenu de voter — bien que le contrôleur l'ait expressément invité à le faire<sup>4</sup>. Le juge surveillant savait aussi que le premier plan de Callidus n'avait pas reçu l'aval des autres créanciers à l'assemblée des créanciers tenue le 15 décembre 2017, et que Callidus avait choisi de ne pas profiter de l'occasion pour modifier ou augmenter la valeur de son plan à ce moment-là, ce qu'elle était en droit de faire (voir *LACC*, art. 6 et 7; contrôleur, m.i., par. 17). Entre l'insuccès du premier plan et la proposition du nouveau plan — qui était identique au premier plan, hormis la modeste augmentation de 250 000 \$ — les

<sup>4</sup> It bears noting that the Monitor's statement in this regard did not decide whether Callidus would ultimately have been entitled to vote on the First Plan. Because Callidus did not even attempt to vote on the First Plan, this question was never put to the supervising judge.

<sup>4</sup> Il convient de souligner que la déclaration du contrôleur à cet égard ne permettait pas de décider si Callidus aurait finalement eu le droit de voter sur le premier plan. Comme Callidus n'a même pas essayé de voter sur le premier plan, cette question n'a jamais été soumise au juge surveillant.

**Her Majesty The Queen in Right of Canada**  
**Appellant**

v.

**Canada North Group Inc.,**  
**Canada North Camps Inc.,**  
**Campcorp Structures Ltd.,**  
**DJ Catering Ltd.,**  
**816956 Alberta Ltd.,**  
**1371047 Alberta Ltd.,**  
**1919209 Alberta Ltd.,**  
**Ernst & Young Inc. in its capacity as monitor and**  
**Business Development Bank of Canada**  
*Respondents*

and

**Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADA v. CANADA NORTH GROUP INC.**

**2021 SCC 30**

File No.: 38871.

2020: December 1; 2021: July 28.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ALBERTA**

*Bankruptcy and insolvency — Priority — Source deductions — Priming charges — Employee source deductions not remitted to Crown by companies in receivership — Judge supervising restructuring proceedings under Companies' Creditors Arrangement Act ordering priming charges over debtor companies' assets in favour of interim lender, monitor and directors — Order giving priority to priming charges over claims of secured creditors and providing that they are not to be limited or impaired in any way by provisions of any federal or*

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada**  
**Appelante**

c.

**Canada North Group Inc.,**  
**Canada North Camps Inc.,**  
**Campcorp Structures Ltd.,**  
**DJ Catering Ltd.,**  
**816956 Alberta Ltd.,**  
**1371047 Alberta Ltd.,**  
**1919209 Alberta Ltd.,**  
**Ernst & Young Inc. en sa qualité de contrôleur et**  
**Business Development Bank of Canada**  
*Intimées*

et

**Institut d'insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation**  
*Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CANADA c. CANADA NORTH GROUP INC.**

**2021 CSC 30**

N° du greffe : 38871.

2020 : 1<sup>er</sup> décembre; 2021 : 28 juillet.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer.

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

*Faillite et insolvabilité — Priorité — Retenues à la source — Charges super prioritaires — Retenues à la source des employés non versées à la Couronne par les compagnies mises sous séquestre — Juge chargé de surveiller la procédure de restructuration intentée sous le régime de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies ordonnant que les actifs des compagnies soient grevés de charges super prioritaires en faveur du prêteur temporaire, du contrôleur et des administrateurs — Ordonnance accordant aux charges super*

*provincial statute — Property of debtor companies subject to deemed trust in favour of Crown for unremitted source deductions under Income Tax Act — Whether court has authority to rank priming charges ahead of Crown's deemed trust for unremitted source deductions — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. I (5th Supp.), s. 227(4.1) — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11, 11.2, 11.51, 11.52.*

Canada North Group and six related corporations initiated restructuring proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act* (“*CCAA*”). In their initial *CCAA* application, they requested a package of relief including the creation of three priming charges (or court-ordered super-priority charges): an administration charge in favour of counsel, a monitor and a chief restructuring officer for the fees they incurred, a financing charge in favour of an interim lender, and a directors’ charge protecting their directors and officers against liabilities incurred after the commencement of the proceedings. The application included an affidavit from one of their directors attesting to a debt to Her Majesty The Queen for unremitted employee source deductions and GST. The *CCAA* judge made an order (“Initial Order”) that the priming charges were to “rank in priority to all other security interests, . . . charges and encumbrances, claims of secured creditors, statutory or otherwise”, and that they were not to be “otherwise . . . limited or impaired in any way by . . . the provisions of any federal or provincial statutes” (“*Priming Charges*”). The Crown subsequently filed a motion for variance, arguing that the *Priming Charges* could not take priority over the deemed trust created by s. 227(4.1) of the *Income Tax Act* (“*ITA*”) for unremitted source deductions. The motion to vary was dismissed, and the Crown’s appeal to the Court of Appeal was also dismissed.

*Held* (Abella, Moldaver, Brown and Rowe JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Wagner C.J. and Côté and Kasirer JJ.: The *Priming Charges* prevail over the deemed trust. Section 227(4.1)

*prioritaires priorité sur les réclamations des créanciers garantis et précisant que ces charges ne doivent pas être limitées ou compromises de quelque façon que ce soit par les dispositions de toute loi fédérale ou provinciale — Biens des compagnies débitrices assujettis à la fiducie réputée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées en application de la Loi de l’impôt sur le revenu — Le tribunal a-t-il le pouvoir d’accorder aux charges super prioritaires priorité de rang sur la fiducie réputée de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées? — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. I (5<sup>e</sup> suppl.), art. 227(4.1) — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 11, 11.2, 11.51, 11.52.*

Canada North Group et six sociétés liées ont intenté une procédure de restructuration sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« *LACC* »). Dans la demande initiale qu’elles ont présentée en vertu de la *LACC*, elles réclamaient une série de mesures, y compris la création de trois charges super prioritaires : une charge visant des frais administratifs constituée en faveur des avocats, du contrôleur et du directeur de la restructuration pour les frais qu’ils ont engagés, une charge de financement en faveur d’un prêteur temporaire, et une charge constituée en faveur des administrateurs en vue de les protéger ainsi que les dirigeants contre les obligations contractées après l’introduction de l’instance. La demande comprenait un affidavit de l’un de leurs administrateurs pour attester l’existence d’une dette envers Sa Majesté la Reine à l’égard de la TPS et de retenues à la source des employés non versées. Le juge chargé d’appliquer la *LACC* a rendu une ordonnance (« *ordonnance initiale* ») précisant que les charges super prioritaires devaient avoir « priorité sur tou[tes] les autres [ . . . ], garanties, [ . . . ], charges et sûretés, créances de créanciers garantis, d’origine législative ou autre », et ne devaient pas être « autrement limitées ou compromises de quelque façon que ce soit par [ . . . ] les dispositions de toute loi fédérale ou provinciale ». La Couronne a par la suite déposé une requête en modification, plaident que les charges super prioritaires ne pouvaient avoir priorité sur la fiducie réputée créée par le par. 227(4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (« *LIR* ») à l’égard des retenues à la source non versées. La requête en modification a été rejetée, tout comme l’appel de la Couronne à la Cour d’appel.

*Arrêt* (les juges Abella, Moldaver, Brown et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Le juge en chef Wagner et les juges Côté et Kasirer : Les charges super prioritaires l’emportent sur la fiducie*

does not create a proprietary interest in the debtor's property. Further, a court-ordered super-priority charge under the *CCAA* is not a security interest within the meaning of s. 224(1.3) of the *ITA*. As a result, there is no conflict between s. 227(4.1) of the *ITA* and the Initial Order made in this case, or between the *ITA* and s. 11 of the *CCAA*.

In general, courts supervising a *CCAA* reorganization have the authority to order super-priority charges to facilitate the restructuring process. The most important feature of the *CCAA* is the broad discretionary power it vests in the supervising court: s. 11 of the *CCAA* confers jurisdiction on the supervising court to "make any order that it considers appropriate in the circumstances". This jurisdiction is constrained only by restrictions set out in the *CCAA* itself and the requirement that the order made be appropriate in the circumstances — its general language is not restricted by the availability of more specific orders in ss. 11.2, 11.4, 11.51 and 11.52. As restructuring under the *CCAA* often requires the assistance of many professionals, giving super priority to priming charges in favour of those professionals is required to derive the most value for the stakeholders. For a monitor and financiers to put themselves at risk to restructure and develop assets, only to later discover that a deemed trust supersedes all claims, would defy fairness and common sense.

Her Majesty does not have a proprietary interest in a debtor's property that is adequate to prevent the exercise of a supervising judge's discretion to order super-priority charges under s. 11 of the *CCAA* or any of the sections that follow it. Section 227(4.1) does not create a beneficial interest that can be considered a proprietary interest, and it does not give the Crown the same property interest a common law trust would. Without attaching to specific property, creating the usual right to the enjoyment of property or the fiduciary obligations of a trustee, the interest created by s. 227(4.1) lacks the qualities that allow a court to refer to a beneficiary as a beneficial owner.

Furthermore, under Quebec civil law, it is clear that s. 227(4.1) does not establish a legal trust as it does not meet the three requirements set out in arts. 1260 and 1261 of the *Civil Code of Québec*. Although s. 227(4.1) provides

réputée. Le paragraphe 227(4.1) ne crée pas un intérêt à titre de propriétaire sur les biens du débiteur. En outre, une charge super prioritaire ordonnée par un tribunal en vertu de la *LACC* n'est pas une garantie au sens du par. 224(1.3) de la *LIR*. Il n'y a donc pas de conflit entre le par. 227(4.1) de la *LIR* et l'ordonnance initiale rendue en l'espèce, ni entre la *LIR* et l'art. 11 de la *LACC*.

En général, les tribunaux chargés de surveiller les restructurations sous le régime de la *LACC* ont le pouvoir d'ordonner des charges super prioritaires afin de faciliter le processus de restructuration. La caractéristique la plus importante de la *LACC* est le vaste pouvoir discrétionnaire qu'elle confère au tribunal de surveillance : l'art. 11 de la *LACC* accorde à ce tribunal le pouvoir de « rendre [...] toute ordonnance qu'il estime indiquée ». Ce pouvoir n'est limité que par les restrictions imposées par la *LACC* elle-même, ainsi que par la condition requérant que l'ordonnance soit indiquée dans les circonstances — la possibilité de rendre ces ordonnances plus spécifiques en vertu des art. 11.2, 11.4, 11.51 et 11.52 n'a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux qui y sont employés. Comme il faut souvent obtenir l'aide de nombreux professionnels pour restructurer une compagnie sous le régime de la *LACC*, il est nécessaire de constituer des charges super prioritaires en faveur de ces professionnels pour que les parties prenantes bénéficient d'une valorisation maximale. Il serait contraire à l'équité et au bon sens qu'un contrôleur et des prêteurs s'exposent à des risques afin de restructurer une compagnie et de l'aider à se développer, puis découvrent par la suite qu'une fiducie réputée prévaut sur l'ensemble des créances.

Sa Majesté n'a pas sur les biens du débiteur un intérêt à titre de propriétaire suffisant pour empêcher le juge surveillant d'ordonner des charges super prioritaires en vertu du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 11 de la *LACC*, ou de l'un ou l'autre des articles qui le suivent. Le paragraphe 227(4.1) ne crée pas un droit de bénéficiaire qui peut être considéré comme un intérêt à titre de propriétaire, et il ne confère pas à la Couronne le même droit de propriété qu'une fiducie de common law. N'étant associé à aucun bien précis, ce qui conférerait à son titulaire le droit habituel à la jouissance du bien ou lui imposerait les obligations d'un fiduciaire, l'intérêt créé par le par. 227(4.1) ne possède pas les attributs qui permettent à un tribunal de qualifier le bénéficiaire de propriétaire bénéficiaire.

En outre, en droit civil québécois, il est clair que le par. 227(4.1) ne crée pas de fiducie légale, car il ne satisfait pas aux trois conditions prévues aux art. 1260 et 1261 du *Code civil du Québec*. Bien que le par. 227(4.1)

that the assets are deemed to be held “separate and apart from the property of the person” and “to form no part of the estate or property of the person”, the main element of a civilian trust is absent in the deemed trust established by s. 227(4.1): no specific property is transferred to a trust patrimony, and there is no autonomous patrimony to which specific property is transferred.

Section 227(4.1) states that the Receiver General shall be paid the proceeds of a debtor’s property “in priority to all such security interests”, as defined in s. 224(1.3), but court-ordered super-priority charges under s. 11 of the *CCAA* or any of the sections that follow it are not security interests within the meaning of s. 224(1.3). Section 224(1.3) defines “security interest” as meaning “any interest in, or for civil law any right in, property that secures payment or performance of an obligation” and including “an interest, or for civil law a right, created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for”. The grammatical structure of this provision evidences Parliament’s intent that the list have limiting effect, such that only the instruments enumerated and instruments that are similar in nature fall within the definition. Court-ordered super-priority charges are utterly different from any of the interests listed in s. 227(4.1) because they were not made for the sole benefit of the holder of the charge, nor were they made by consensual agreement or by operation of law. Instead, they were ordered by the *CCAA* judge to facilitate the restructuring in furtherance of the interests of all stakeholders. This interpretation is consistent with the presumption against tautology, which suggests that Parliament intended interpretive weight to be placed on the examples, and with the *ejusdem generis* principle, which limits the generality of the final words on the basis of the narrow enumeration that precedes them.

Preserving the deemed trusts under s. 37(2) of the *CCAA* does not modify the characteristics of these trusts. They continue to operate as they would have if the insolvent company had not sought *CCAA* protection. Similarly, granting Her Majesty the right to insist that a compromise or arrangement not be sanctioned by a court unless it provides for payment in full under s. 6(3) does not modify

dispose que les biens soient réputés détenus « séparés des propres biens de la personne » et « ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne », on ne retrouve pas l’élément principal d’une fiducie civiliste dans la fiducie réputée créée en application du par. 227(4.1) : aucun bien précis n’est transféré au patrimoine fiduciaire, et il n’existe aucun patrimoine autonome auquel sont transférés des biens précis.

Le paragraphe 227(4.1) précise que le receveur général reçoit le produit découlant des biens du débiteur « par priorité sur une telle garantie », au sens du par. 224(1.3), mais les charges super prioritaires ordonnées par le tribunal en vertu de l’art. 11 de la *LACC* ou de l’un ou l’autre des articles qui le suivent ne sont pas des garanties au sens du par. 224(1.3). Selon la définition de ce terme au par. 224(1.3), « garantie » s’entend d’un « [i]ntérêt ou, pour l’application du droit civil, [d’un] droit sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement », et « [s]ont en particulier des garanties les intérêts ou, pour l’application du droit civil, les droits nés ou découlant de débentures, hypothèques, priviléges, nantissements, sûretés, fiducies réputées ou réelles, cessions et charges, quelle qu’en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu’elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs ». La structure grammaticale de cette disposition témoigne de l’intention du législateur de restreindre la portée de l’énumération, si bien que seuls les instruments énumérés ou les instruments de nature similaire répondent à la définition. Les charges super prioritaires d’origine judiciaire sont radicalement différentes de n’importe lequel des intérêts énumérés au par. 227(4.1), puisqu’elles n’ont pas été constituées au seul bénéfice de leur détenteur, ni par accord consensuel ou par application de la loi. Elles ont plutôt été ordonnées par le juge chargé d’appliquer la *LACC* dans le but de faciliter la restructuration dans l’intérêt de toutes les parties prenantes. Cette interprétation s’accorde avec la présomption d’absence de tautologie, laquelle donne à penser que le législateur voulait que l’on attribue une valeur interprétative aux exemples, de même qu’avec la règle *ejusdem generis*, qui limite la portée générale des derniers termes sur la base de l’énumération des exemples précis qui les précède.

Le fait que les fiducies réputées soient protégées par le par. 37(2) de la *LACC* ne modifie en rien les caractéristiques de ces fiducies. Elles continuent à produire leur effet comme si la compagnie insolvable n’avait pas demandé la protection de la *LACC*. De même, le fait d’accorder à Sa Majesté le droit d’insister auprès du tribunal afin qu’il refuse d’homologuer une transaction ou un arrangement

the deemed trust created by s. 227(4.1) in any way. In any event, s. 6(3) comes into operation only at the end of the *CCAA* process when parties seek court approval of their arrangement or compromise.

Finally, whether Her Majesty is a “secured creditor” under the *CCAA* or not, the supervising court’s power in s. 11 provides a very broad jurisdiction that is not restricted by the availability of more specific orders. Although ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* may attach only to the property of the debtor’s company, there is no such restriction in s. 11. That said, courts should still recognize the distinct nature of Her Majesty’s interest and ensure that they grant a charge with priority over the deemed trust only when necessary.

*Per Karakatsanis and Martin JJ.:* There is no conflict between the *ITA* and *CCAA* provisions at issue in this appeal. The broad discretionary power under s. 11 of the *CCAA* permits a court to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions.

Section 227(4.1) of the *ITA* provides that a deemed trust attaches to property of the employer to the extent of unremitted source deductions “notwithstanding any security interest in such property” or “any other enactment of Canada”. Although this provision clearly specifies that the Crown’s right operates notwithstanding other security interests, the content of that right for the purposes of insolvency cannot be inferred solely from the text of the *ITA*. Section 227(4.1) states that the amount of the unremitted source deductions is “beneficially owned” by the Crown, but there is no settled doctrinal meaning of the term “beneficial ownership”, and s. 227(4.1) modifies even those features of beneficial ownership that are widely associated with it under the common law.

As a creature of statute, a statutory deemed trust does not have to fulfill the ordinary requirements of trust law. In the case of the deemed trust in s. 227(4.1), there is no identifiable trust property and therefore no certainty of subject matter. Moreover, without specific property being transferred to the trust patrimony, s. 227(4.1) does not satisfy the requirements of an autonomous patrimony contemplated by the *Civil Code of Québec* in arts. 1260, 1261 and 1278. As a result, s. 227(4.1) traces the value of the unremitted source deductions, capping the Crown’s

qui ne pourvoit pas au paiement intégral prévu au par. 6(3) ne modifie d’aucune façon la fiducie présumée créée par le par. 227(4.1). Quoi qu’il en soit, le par. 6(3) ne s’applique qu’à l’issue de la procédure de la *LACC*, lorsque les parties cherchent à faire homologuer par le tribunal leur arrangement ou leur transaction.

Enfin, que Sa Majesté soit ou non un « créancier garanti » au sens de la *LACC*, la possibilité de rendre des ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre le vaste pouvoir conféré au tribunal de surveillance par l’art. 11. Même si les art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC* peuvent se rattacher uniquement aux biens de la compagnie débitrice, aucune restriction de ce genre ne figure à l’art. 11. Cela dit, les tribunaux devraient tout de même reconnaître le caractère distinct de l’intérêt de Sa Majesté et n’accorder une charge ayant priorité sur la fiducie réputée que dans les cas où c’est nécessaire.

*Les juges Karakatsanis et Martin :* Il n’existe aucun conflit entre les dispositions de la *LIR* et celles de la *LACC* en cause dans le présent pourvoi. Le vaste pouvoir discrétionnaire conféré par l’art. 11 de la *LACC* permet au tribunal de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées.

Le paragraphe 227(4.1) de la *LIR* prévoit qu’une fiducie réputée s’attache aux biens de l’employeur jusqu’à concurrence de la valeur des retenues à la source non versées « malgré toute autre garantie sur ces biens » et « [m]algré [...] tout autre texte législatif fédéral ». Bien que la disposition indique clairement que le droit de la Couronne s’applique malgré toute autre garantie, la teneur de ce droit dans un contexte d’insolvabilité ne peut être déduite uniquement du texte de la *LIR*. Le paragraphe 227(4.1) précise que la Couronne a un « droit de bénéficiaire » sur le montant des retenues à la source non versées, mais ce terme n’a pas de signification établie dans la doctrine, et ce paragraphe modifie même les caractéristiques qui sont généralement associées à ce droit de bénéficiaire dans la common law.

Tirant son origine de la législation, la fiducie réputée créée par la loi n’a pas à satisfaire aux exigences ordinaires du droit des fiducies. Dans le cas de la fiducie réputée au par. 227(4.1), les biens de la fiducie ne sont pas identifiables et il n’y a donc aucune certitude quant à sa matière. De plus, sans transfert de biens précis au patrimoine fiduciaire, le par. 227(4.1) ne satisfait pas aux conditions d’un patrimoine autonome prévues aux art. 1260, 1261 et 1278 du *Code civil du Québec*. Par conséquent, le par. 227(4.1) permet d’établir la valeur des retenues à la

right at that value, and the specific property that constitutes the debtor's estate remains unchanged, with the debtor continuing to have control over it.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA") and the *CCAA* each give the deemed trust meaning for their own purposes. The purpose of a *BIA* liquidation is to give the debtor a fresh start and pay out creditors to the extent possible. To realize these goals, the *BIA* is strictly rules-based and has a comprehensive scheme for the liquidation process. In the *BIA*, the deemed trust for unremitted source deductions appears in s. 67(3). Section 67(1)(a) excludes property held in trust by the bankrupt from property of the bankrupt that is divisible among creditors. Section 67(2) provides an exception for deemed trusts that are not true trusts. Section 67(3) provides a further exception by stating that s. 67(2) does not apply in respect of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions under the *ITA* and other statutes. The result of this scheme is that the debtor's estate — to the extent of the unremitted source deductions — is not "property of a bankrupt divisible among his creditors", as required by s. 67(1) of the *BIA*. Section 67 therefore gives content to the Crown's right of beneficial ownership under s. 227(4.1) of the *ITA*: the amount of the unremitted source deductions is taken out of the pool of money that is distributed to creditors in a *BIA* liquidation.

In contrast, the purpose of the *CCAA* is remedial; it provides a means for companies to avoid the devastating social and economic consequences of commercial bankruptcies. Due to its remedial nature, the *CCAA* is famously skeletal in nature and there is no rigid formula for the division of assets. When a debtor's restructuring is on the table, the goal pivots, and interim financing is introduced to facilitate restructuring. Entitlements and priorities shift to accommodate the presence of the interim lender — a new and necessary player who is absent from the liquidation scheme under the *BIA*.

The Crown's right to unremitted source deductions in a *CCAA* restructuring is protected by both ss. 37(2) and 6(3) of the *CCAA*. Section 37(2) provides that the Crown continues to beneficially own the debtor's property equal in value to the unremitted source deductions; the unremitted source deductions "shall . . . be regarded as being held

source non versées, limitant automatiquement le droit de la Couronne à cette valeur, et les biens précis qui constituent le patrimoine du débiteur ne changent pas, le débiteur en conservant la maîtrise.

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« *LFI* ») et la *LACC* donnent chacune à la fiducie réputée le sens qui convient à leurs fins. L'objectif d'une liquidation sous le régime de la *LFI* est de permettre au débiteur de prendre un nouveau départ et de rembourser ses créanciers dans la mesure du possible. Pour réaliser ces objectifs, la *LFI* repose strictement sur des règles et elle établit un régime complet pour le processus de liquidation. Dans la *LFI*, la fiducie réputée créée à l'égard des retenues à la source non versées figure au par. 67(3). L'alinéa 67(1)a exclut du patrimoine attribué aux créanciers du failli les biens détenus par le failli en fiducie. Le paragraphe 67(2) prévoit une exception pour les fiducies réputées qui ne sont pas des fiducies véritables. Le paragraphe 67(3) établit une autre exception en mentionnant que le par. 67(2) ne s'applique pas à la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées prévues par la *LIR* et par d'autres lois. Il en résulte que le patrimoine du débiteur — jusqu'à concurrence du montant des retenues à la source non versées — ne fait pas partie des « biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers », comme l'exige le par. 67(1) de la *LFI*. L'article 67 détermine donc la teneur du droit de bénéficiaire de la Couronne prévu au par. 227(4.1) de la *LIR* : le montant des retenues à la source non versées est soustrait des fonds qui sont distribués aux créanciers dans le cadre d'une liquidation sous le régime de la *LFI*.

En revanche, la *LACC* est de nature réparatrice; elle fournit aux compagnies un moyen d'éviter les effets dévastateurs, tant sur le plan social qu'économique, d'une faillite commerciale. Étant donné son caractère réparateur, la *LACC* est notoirement schématique par nature, et il n'existe pas de formule stricte de répartition des actifs. Lorsqu'il est question de restructurer les affaires d'un débiteur, l'objectif change, et le financement temporaire est introduit pour faciliter la restructuration. Les droits et les priorités changent du fait de l'entrée en scène d'un acteur essentiel, le prêteur temporaire, lequel ne joue aucun rôle dans la liquidation aux termes de la *LFI*.

Le droit de la Couronne sur les retenues à la source non versées dans le cadre d'une restructuration sous le régime de la *LACC* est protégé tant par le par. 37(2) que par le par. 6(3) de la *LACC*. Le paragraphe 37(2) prévoit que la Couronne conserve un droit de bénéficiaire sur les biens du débiteur jusqu'à concurrence du montant des retenues

in trust for Her Majesty". Although this signals that, unlike deemed trusts captured by s. 37(1), the Crown's deemed trust continues and confers a stronger right, s. 37(2) does not explain what to do with that right for the purposes of a *CCAA* proceeding. It does not, for example, provide that trust property should be put aside, as it would be in the *BIA* context. Section 6(3) gives specific effect to the Crown's right by requiring that a plan of compromise provide for payment in full of the Crown's deemed trust claims within six months of the plan's approval. As such, the Crown can demand to be paid in full in priority to all "security interests", including priming charges. The remedial goal of the *CCAA* is at the forefront of providing flexibility in preserving the Crown's right to unremitting source deductions in s. 37(2), and in giving a concrete effect to that right in s. 6(3) of the *CCAA*. The fact that the Crown's right under s. 227(4.1) of the *ITA* is treated differently between the two statutes is consistent with the different schemes and purposes of the *BIA* and *CCAA*.

Sections 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA*, which allow the court to order priming charges over a company's property, do not give the court the authority to rank priming charges ahead of the Crown's deemed trust for unremitting source deductions. Instead, that authority comes from s. 11 of the *CCAA*. Section 11 allows the court to make any order that it considers appropriate in the circumstances, subject to the requirements of good faith and due diligence on the part of the applicant. It can be used to rank priming charges ahead of the Crown's deemed trust for unremitting source deductions for two reasons. First, ranking a priming charge ahead of the Crown's deemed trust does not conflict with the *ITA* provision. So long as the Crown is paid in full under a plan of compromise, the Crown's right under s. 227(4.1) remains intact "notwithstanding any security interest" in the amount of the unremitting source deductions. Second, depending on the circumstances, such an order may further the remedial objectives of the *CCAA*. Interim financing is often crucial to the restructuring process. If there is evidence that interim lending cannot be obtained without ranking the interim loan ahead of the Crown's deemed trust, such an order could further the *CCAA*'s remedial goals. In general, the court should have flexibility to order super-priority charges in favour of parties whose function is to facilitate

à la source non versées, lesquelles sont « assimil[ées] à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté ». Bien que cela indique que, contrairement aux fiducies réputées visées par le par. 37(1), la fiducie réputée de la Couronne est maintenue et confère un droit plus fort, le par. 37(2) n'explique pas quoi faire de ce droit dans le cadre d'une procédure engagée sous le régime de la *LACC*. Il ne prévoit pas, par exemple, que les biens de la fiducie devraient être écartés, comme ce serait le cas dans le contexte de la *LFI*. Le paragraphe 6(3) donne un effet précis au droit de la Couronne en exigeant que le plan de transaction prévoie le paiement intégral des créances de la Couronne visées par la fiducie réputée dans les six mois suivant l'homologation du plan. Par conséquent, la Couronne peut exiger que le plan prévoie le paiement intégral de sa créance par priorité sur toutes les « garanties », y compris les charges super prioritaires. L'objectif réparateur de la *LACC* joue un rôle de premier plan lorsqu'il s'agit de prévoir la souplesse nécessaire pour protéger le droit que le par. 37(2) confère à la Couronne sur les retenues à la source non versées et pour donner concrètement effet à ce droit prévu au par. 6(3) de la *LACC*. Le fait que les deux lois traitent différemment le droit que confère à la Couronne le par. 227(4.1) de la *LIR* est conforme aux régimes et aux objectifs différents de la *LFI* et de la *LACC*.

Les articles 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC*, aux termes desquels un tribunal peut, par ordonnance, déclarer que les biens d'une compagnie sont grevés de charges super prioritaires, ne confèrent pas au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées. Ce pouvoir provient plutôt de l'art. 11 de la *LACC*. L'article 11 permet au tribunal de rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée, sous réserve du respect par le demandeur des exigences de bonne foi et de diligence voulue. Cette disposition peut, pour deux raisons, être utilisée pour faire passer toute charge super prioritaire devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées. Premièrement, le fait de faire passer une charge super prioritaire devant la fiducie réputée de la Couronne n'entre pas en conflit avec la disposition de la *LIR*. Dès lors que les sommes qui lui sont dues lui sont payées intégralement dans le cadre d'un plan de transaction, le droit que possède la Couronne en vertu du par. 227(4.1) demeure intact « malgré toute autre garantie » sur le montant des retenues à la source non versées. Deuxièmement, selon les circonstances, une telle ordonnance peut favoriser la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC*. Le financement temporaire est souvent crucial

the proposal of a plan of compromise that, in any event, will be required to pay the Crown in full.

*Per Abella, Brown and Rowe JJ. (dissenting):* The appeal should be allowed. The text, context, and purpose of s. 227(4.1) of the *ITA* support the conclusion that s. 227(4.1) and the related deemed trust provisions under the the *ITA*, the *CPP*, and the *EIA* (collectively, the “Fiscal Statutes”) bear only one plausible interpretation: the Crown’s deemed trust enjoys priority over all other claims, including priming charges granted under the *CCAA*. Parliament’s intention when it amended and expanded s. 227(4) and 227(4.1) of the *ITA* was clear and unmistakable: it granted this unassailable priority by employing the unequivocal language of “notwithstanding any . . . enactment of Canada”. This is a blanket paramountcy clause; it prevails over all other statutes. No similar “notwithstanding” provision appears in the *CCAA*. Indeed, it is quite the opposite: unlike most deemed trusts which are nullified in *CCAA* proceedings by the operation of s. 37(1) of the *CCAA*, s. 37(2) preserves the deemed trusts of the Fiscal Statutes.

The Fiscal Statutes give absolute priority to the deemed trusts for source deductions over all security interests notwithstanding the *CCAA*, and the priming charges provisions in ss. 11.2(1), 11.51(1) and 11.52(1) of the *CCAA* fall under the definition of “security interest”, because they are “interests in the debtor’s property securing payment or performance of an obligation”, i.e. the payment of the monitor, the interim lender, and directors. As the definition of “security interest” in the *ITA* includes “encumbrances of any kind, whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for”, there is no reason that the definition would preclude the inclusion of an interest that is designed to operate to the benefit of all creditors. This is sufficient to decide the appeal.

This finding does not leave the deemed trust provisions in the Fiscal Statutes in conflict with the *CCAA*. Section 11

pour le processus de restructuration. S’il est démontré que le financement temporaire ne peut être obtenu sans que le prêt temporaire prenne rang devant la fiducie réputée de la Couronne, pareille ordonnance pourrait favoriser la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC*. En général, les tribunaux devraient disposer de la latitude nécessaire pour ordonner des charges super prioritaires en faveur des parties dont la fonction est de faciliter la proposition d’un plan de transaction qui, dans tous les cas, devra prévoir le paiement intégral des sommes dues à la Couronne.

*Les juges Abella, Brown et Rowe (dissidents) : Le pourvoi devrait être accueilli. Le texte, le contexte et l’objectif du par. 227(4.1) de la *LIR* appuient la conclusion selon laquelle il n’existe qu’une seule interprétation plausible de ce paragraphe et des dispositions connexes concernant la fiducie réputée qui figurent dans la *LIR*, le *RPC* et la *LAE* (collectivement, les « lois fiscales ») : la fiducie réputée de la Couronne a préséance sur toute autre réclamation, y compris sur les charges super prioritaires accordées en vertu de la *LACC*. Lorsque le législateur a modifié les par. 227(4) et 227(4.1) de la *LIR* et élargi leur portée, son intention était claire et sans équivoque. Il a accordé cette priorité inattaquable en employant ces termes non équivoques : « [m]algré [ . . . ] tout autre texte législatif fédéral . . . » Il s’agit d’une disposition générale attributive de préséance; elle a préséance sur toute autre loi. Aucune disposition dérogatoire semblable ne figure dans la *LACC*. En fait, c’est tout l’inverse : contrairement à la plupart des fiducies réputées qui sont neutralisées dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la *LACC* par l’application du par. 37(1) de la *LACC*, le par. 37(2) préserve la fiducie réputée prévue par les lois fiscales.*

Les lois fiscales donnent à la fiducie réputée créée à l’égard des retenues à la source priorité absolue sur toute garantie malgré la *LACC*, et les dispositions relatives aux charges super prioritaires figurant aux par. 11.2(1), 11.51(1) et 11.52(1) de la *LACC* entrent dans la définition de « garantie », puisqu’elles constituent un « [i]ntérêt [ . . . ] sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement », par exemple le paiement du contrôleur, du prêteur temporaire et des dirigeants. Comme la définition de « garantie » énoncée dans la *LIR* englobe les « charges, quelle qu’en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu’elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs », il n’y a aucune raison pour laquelle la définition permettrait d’exclure une garantie conçue pour fonctionner au profit de tous les créanciers. Il n’en faut pas davantage pour trancher le pourvoi.

Cette conclusion n’a pas pour effet de créer de conflit entre les dispositions relatives à la fiducie réputée

of the *CCA* contains a grant of broad supervisory discretion and the power to “make any order that it considers appropriate in the circumstances”, but that grant of authority is not unlimited. Parliament avoided any conflict between the *CCA* and the *ITA* by imposing three restrictions that are significant here. First, although s. 37(1) of the *CCA* provides that “property of the debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision”, s. 37(2) provides for the continued operation of the deemed trusts under the Fiscal Statutes in a *CCA* proceeding. In addition, while the deemed trusts are not “true trusts” and the commingling of assets renders the money subject to the deemed trusts untraceable, tracing has no application to s. 227(4.1). Second, the unremitted source deductions are deemed not to form part of the property of the debtor’s company. If there is a default in remittances, the Crown is deemed to obtain beneficial ownership in the tax debtor’s property in the amount of the unremitted source deductions that it can collect “notwithstanding” any other enactment or security interest. However, priming charges can attach only to the debtor’s property, so the Crown’s interest under the deemed trust is not subject to the Priming Charges. Third, under the definition of “secured creditor” in s. 2 of the *CCA*, the Crown is not a “secured creditor” in respect of its deemed trust claims under the Fiscal Statutes. That definition must be read as “secured creditor means . . . a holder of any bond of the debtor company secured by . . . a trust in respect of, all or any property of the debtor company”, which makes it manifestly clear that the Crown is not a “secured creditor” in respect of its deemed trust claims under the Fiscal Statutes.

Giving effect to Parliament’s clear intent to grant absolute priority to the deemed trust does not render s. 6(3) or s. 11.09 of the *CCA* meaningless. To the contrary, s. 6(3) and s. 11.09 respect the ultimate priority of the deemed trusts by allowing for the ultimate priority of the Crown claim to persist, while not frustrating the remedial purpose of the *CCA*. Section 6(3) of the *CCA*, which protects the Crown’s claims under the deemed trusts as well as claims not subject to the deemed trusts under the Fiscal Statutes, operates only where there is an arrangement or compromise put to the court. In contrast, the deemed trusts

contenues dans les lois fiscales et la *LACC*. L’article 11 de la *LACC* confère au tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire de surveillance ainsi que le pouvoir de « rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée », mais les pouvoirs conférés ne sont pas sans limites. Le législateur a évité tout conflit entre la *LACC* et la *LIR* en imposant trois restrictions qui importent en l’espèce. Premièrement, même si le par. 37(1) de la *LACC* précise qu’« aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme [un bien détenu en fiducie pour Sa Majesté] par le seul effet d’une telle disposition », le par. 37(2) prévoit le maintien en vigueur de la fiducie réputée créée par les lois fiscales dans le cadre d’une procédure engagée sous le régime de la *LACC*. Qui plus est, bien que les fiducies réputées ne soient pas des « fiducie[s] véritable[s] » et que le regroupement des biens rende non identifiable le montant assujetti à la fiducie réputée, le retraçage de l’origine du montant ne s’applique pas au par. 227(4.1). Deuxièmement, les retenues à la source non versées sont réputées ne pas faire partie des biens de la compagnie débitrice. En cas de non-versement, la Couronne est réputée obtenir un droit de bénéficiaire sur les biens du débiteur fiscal jusqu’à concurrence du montant des retenues à la source non versées, droit dont elle peut se prévaloir « malgré » tout autre texte législatif ou toute autre garantie. Toutefois, les charges super prioritaires ne peuvent se rattacher qu’aux biens du débiteur, de telle sorte que l’intérêt de la Couronne au titre de la fiducie réputée n’est pas subordonné aux charges super prioritaires. Troisièmement, selon la définition de « créancier garanti » énoncée à l’art. 2 de la *LACC*, la Couronne n’est pas un « créancier garanti » à l’égard de ses réclamations relatives à une fiducie réputée créée par les lois fiscales. Cette définition de « créancier garanti » inclut donc un « détenteur de quelque obligation d’une compagnie débitrice garantie par [ . . . ] une fiducie à [l’égard de l’ensemble ou d’une partie des biens de la compagnie débitrice] », ce qui indique de façon tout à fait claire que la Couronne ne peut être considérée comme tel au regard des réclamations relatives à la fiducie réputée que lui accordent les lois fiscales.

Donner effet à l’intention claire du législateur d’accorder la priorité absolue à la fiducie réputée ne rend pas le par. 6(3) ou l’art. 11.09 de la *LACC* dénué de sens. Au contraire, le par. 6(3) et l’art. 11.09 respectent la priorité absolue de la fiducie réputée en permettant le maintien de la priorité absolue de la réclamation de la Couronne sans contrecarrer l’objet réparateur de la *LACC*. Le paragraphe 6(3) de la *LACC*, qui protège les réclamations de la Couronne au titre d’une fiducie réputée ainsi que les réclamations qui ne sont pas assujetties à une fiducie réputée créée par les lois fiscales, s’applique seulement si une

arise immediately and operate continuously from the time the amount was deducted or withheld from employee's remuneration, and apply to only unremitted source deductions. Without s. 6(3), the Crown would be guaranteed entitlement only to unremitted source deductions when the court sanctions a compromise or arrangement, and not to its other claims under s. 224(1.2) of the *ITA*, because most of the Crown's claims rank as unsecured under s. 38 of the *CCAA*. However, s. 6(3) does not explain the survival of the deemed trust or the rights conferred on the Crown under the deemed trust. Their survival is explained by s. 37(2), which continues the operation of s. 227(4.1), or by s. 227(4.1), which provides that the proceeds of the trust property "shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests". Finally, s. 6(3) protects different interests than those captured by the deemed trusts, and the right not to have to compromise under s. 6(3) is a right independent of the Crown's right under deemed trusts.

Section 11.09 of the *CCAA*, which permits the court to stay the Crown's enforcement of its claims under the deemed trust claims, can apply to the Crown's deemed trust claims, but it does not remove the priority granted by the deemed trusts.

Further, no concerns regarding certainty of subject matter or autonomous patrimony arise here. The deemed trust is not a "true" trust and it does not confer an ownership interest or the rights of a beneficiary to the Crown as they are understood at common law or within the meaning of the *Civil Code of Québec*. The requirements of "true" trusts of civil and common law are irrelevant to ascertaining the operation of a statutorily deemed trust as the deemed trust is a legal fiction with *sui generis* characteristics that are described in s. 227(4) and (4.1) of the *ITA*.

Finally, concluding that the deemed trusts under the Fiscal Statutes have priority over the priming charges would not lead to absurd consequences. The conclusion that interim financing would simply end was not supported by the record, and there are usually enough funds available to satisfy both the Crown claim and the court-ordered priming charges. Equally unfounded is the claim that confirming the priority of the deemed trusts would inject an unacceptable level of uncertainty into the insolvency

transaction ou un arrangement est soumis au tribunal. En revanche, la fiducie réputée s'applique immédiatement et de façon continue à compter du moment où le montant est déduit ou retenu sur le salaire d'un employé, et elle s'applique uniquement aux retenues à la source non versées. En l'absence du par. 6(3), les réclamations de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées seraient garanties une fois que le tribunal aurait homologué une transaction ou un arrangement, mais pas ses autres réclamations visées par le par. 224(1.2) de la *LIR*, étant donné que la plupart des réclamations de la Couronne prennent rang comme réclamations non garanties en application de l'art. 38 de la *LACC*. Toutefois, le par. 6(3) n'explique ni la survie de la fiducie réputée ni les droits conférés à la Couronne au titre de la fiducie réputée. Leur survie s'explique par le par. 37(2), qui maintient l'application du par. 227(4.1), ou par le par. 227(4.1), lequel précise que le produit des biens de la fiducie « est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie ». Enfin, le par. 6(3) protège des droits différents de ceux visés par la fiducie réputée, et le droit de ne pas avoir à transiger qu'accorde le par. 6(3) est indépendant du droit de la Couronne au titre de la fiducie réputée.

L'article 11.09 de la *LACC*, qui permet au tribunal de suspendre l'exercice par la Couronne de ses droits à l'égard de ses réclamations relatives à une fiducie réputée, peut s'appliquer à ces réclamations de la Couronne, mais il n'écarte pas la priorité accordée par la fiducie réputée.

En outre, il n'existe en l'espèce aucune préoccupation concernant la certitude quant à la matière ou le patrimoine autonome. La fiducie réputée n'est pas une fiducie « véritable » et elle ne confère pas à la Couronne un intérêt propriétaire ou des droits de bénéficiaire tels qu'on les entend en common law ou au sens du *Code civil du Québec*. Les conditions des fiducies « véritables » en droit civil et en common law ne sont d'aucune utilité pour déterminer le fonctionnement d'une fiducie réputée créée en application de la loi, puisque la fiducie réputée est une fiction juridique assortie de caractéristiques *sui generis* décrites aux par. 227(4) et 227(4.1) de la *LIR*.

Enfin, le fait de conclure que la fiducie réputée créée par les lois fiscales a préséance sur les charges super prioritaires n'entraînerait pas de conséquences absurdes. La conclusion selon laquelle le financement temporaire prendrait tout simplement fin n'était pas étayée par le dossier, et les fonds disponibles suffisent généralement à couvrir la réclamation de la Couronne et les charges super prioritaires ordonnées par le tribunal. Est également sans fondement l'affirmation suivant laquelle le fait de

process. Interim lenders can rely on the company's financial statements to evaluate the risk of providing financing.

*Per* Moldaver J. (dissenting): There is substantial agreement with the analysis and conclusions of Brown and Rowe JJ. However, there are two points to be addressed. First, the question of the nature of the Crown's interest should be left to another day. This is because, properly interpreted, the relevant provisions of the *CCA* and *ITA* work in harmony to direct that the Crown's interest under s. 227(4.1) of the *ITA* — in whatever form it takes — must be given priority over court-ordered priming charges. This conclusion is sufficient to dispose of the appeal.

Second, while there is agreement that s. 37(2) of the *CCA* can be interpreted as an internal restriction on s. 11, if this interpretation is mistaken, s. 11 is nonetheless restricted by s. 227(4.1), as Parliament has expressly indicated the supremacy of s. 227(4.1) over the provisions of the *CCA*. The Crown's deemed trust claim must thus take priority over all court-ordered priming charges, whether they arise under the specific priming charge provisions, or under the court's discretionary authority. A necessary consequence of the absolute supremacy of the Crown's deemed trust claim is that the Crown's interest under s. 227(4.1) cannot be given effect by s. 6(3) of the *CCA*. Unlike s. 227(4.1), which is focused on ensuring the priority of the Crown's claim, s. 6(3) merely establishes a six-month timeframe for payment to the Crown in the event that the debtor company succeeds in staying viable as a going concern. Accordingly, if s. 6(3) gave effect to the Crown's interest, the Crown could be ranked last, so long as it is paid within six months of any arrangement. Such an outcome would be plainly inconsistent with the absolute priority of the Crown's claim. Further, as s. 6(3) does not apply where a liquidation occurs under the *CCA*, the Crown would be deprived of its priority over security interests in such circumstances.

It cannot be doubted that Parliament considered the potential consequences of its legislative actions, including any consequences for *CCA* proceedings. If circumstances do arise in which the priority of the Crown's claim threatens the viability of a particular restructuring, it clearly lies with the Crown to be flexible so as to avoid

confirmer la priorité de la fiducie réputée introduirait un niveau d'incertitude inacceptable dans le processus de faillite. Les prêteurs temporaires peuvent se fonder sur les états financiers de la compagnie pour évaluer le risque d'offrir un financement.

*Le* juge Moldaver (dissident) : Il y a accord, pour l'essentiel, avec l'analyse et les conclusions des juges Brown et Rowe. Toutefois, deux points doivent être abordés. En premier lieu, l'examen de la nature du droit de la Couronne devrait être remis à une autre occasion. C'est le cas parce que, correctement interprétées, les dispositions pertinentes de la *LACC* et de la *LIR* s'harmonisent de façon à ce que l'intérêt que possède la Couronne en vertu du par. 227(4.1) de la *LIR* — quel qu'il soit — ait priorité sur les charges super prioritaires d'origine judiciaire. Cette conclusion suffit pour trancher le pourvoi.

En deuxième lieu, bien qu'il y ait accord pour dire que le par. 37(2) de la *LACC* peut être interprété comme une restriction interne à l'art. 11, si cette interprétation est inexacte, la portée de l'art. 11 est néanmoins restreinte par le par. 227(4.1), étant donné que le législateur a expressément indiqué que ce paragraphe a priorité sur les dispositions de la *LACC*. La réclamation de la Couronne au titre d'une fiducie réputée a donc priorité sur toutes les charges super prioritaires d'origine judiciaire, peu importe que celles-ci aient été créées en vertu des dispositions expressées à cet effet ou en vertu du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Une conséquence nécessaire de la primauté absolue dont jouit la réclamation de la Couronne au titre d'une fiducie présumée est que le par. 6(3) de la *LACC* ne permet pas de donner effet à l'intérêt conféré à la Couronne par le par. 227(4.1). À l'inverse du par. 227(4.1), qui vise à accorder priorité à la réclamation de la Couronne, le par. 6(3) établit simplement un délai de six mois pour payer la Couronne au cas où la compagnie débitrice parviendrait à assurer sa viabilité. Par conséquent, si le par. 6(3) donnait effet à l'intérêt de la Couronne, celle-ci pourrait être reléguée au dernier rang pourvu qu'elle soit payée dans les six mois suivant tout arrangement. Un tel résultat serait de toute évidence incompatible avec la priorité absolue accordée à la réclamation de la Couronne. De plus, puisque le par. 6(3) ne s'applique pas en cas de liquidation sous le régime de la *LACC*, la Couronne perdirait alors sa priorité au profit d'autres garanties.

Il ne fait aucun doute que le législateur a réfléchi aux conséquences possibles de ses mesures législatives, y compris sur les procédures engagées sous le régime de la *LACC*. S'il devait arriver que la priorité accordée à la réclamation de la Couronne menace la viabilité d'une restructuration, c'est de toute évidence à la Couronne

any consequences that would undermine the remedial purposes of the CCAA.

### Cases Cited

By Côté J.

**Distinguished:** *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; **considered:** *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond v. Canada*, 2009 SCC 29, [2009] 2 S.C.R. 94; **referred to:** *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; 9354-9186 Québec inc. v. *Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 368; *Grant Forest Products Inc., Re* (2009), 57 C.B.R. (5th) 128; *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169; *In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of Green Growth Brands Inc.*, 2020 ONSC 3565, 84 C.B.R. (6th) 146; *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299; *Triton Électronique inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 1202; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d'Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31; *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, 2004 SCC 29, [2004] 1 S.C.R. 758; *Valard Construction Ltd. v. Bird Construction Co.*, 2018 SCC 8, [2018] 1 S.C.R. 224; *Pecore v. Pecore*, 2007 SCC 17, [2007] 1 S.C.R. 795; *Csak v. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567; *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 1182; *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikounoris*, [1990] 2 S.C.R. 1029; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715.

By Karakatsanis J.

**Considered:** *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Quebec (Revenue) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009]

qu'il appartient de faire preuve de souplesse afin d'éviter toute conséquence qui compromettrait l'objet réparateur de la LACC.

### Jurisprudence

Citée par la juge Côté

**Distinction d'avec l'arrêt :** *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; **arrêts examinés :** *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94; **arrêts mentionnés :** *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; 9354-9186 Québec inc. c. *Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, [2020] 1 R.C.S. 521; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 368; *Grant Forest Products Inc., Re* (2009), 57 C.B.R. (5th) 128; *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169; *In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of Green Growth Brands Inc.*, 2020 ONSC 3565, 84 C.B.R. (6th) 146; *Ernst & Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299; *Triton Électronique inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 1202; *Chef Ready Foods Ltd. c. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d'Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31; *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 R.C.S. 758; *Valard Construction Ltd. c. Bird Construction Co.*, 2018 CSC 8, [2018] 1 R.C.S. 224; *Pecore c. Pecore*, 2007 CSC 17, [2007] 1 R.C.S. 795; *Csak c. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567; *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182; *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikounoris*, [1990] 2 R.C.S. 1029; *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715.

Citée par la juge Karakatsanis

**Arrêts examinés :** *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009]

3 S.C.R. 286; **referred to:** *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271; *Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166; *Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 952; *Town of Lunenburg v. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386; *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402; *Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d'Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31; *Guarantee Company of North America v. Royal Bank of Canada*, 2019 ONCA 9, 144 O.R. (3d) 225; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Friends of Toronto Public Cemeteries Inc. v. Public Guardian and Trustee*, 2020 ONCA 282, 59 E.T.R. (4th) 174; *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, 2004 SCC 29, [2004] 1 S.C.R. 758; *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70; *Foskett v. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102; 9354-9186 Québec inc. v. *Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521; *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *U.S. Steel Canada Inc. Re*, 2016 ONCA 662, 402 D.L.R. (4th) 450; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Canada (Superintendent of Bankruptcy) v. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161; *Royal Oak Mines Inc. Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293; *Royal Oak Mines Inc. Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Urbancorp Cumberland 2 GP Inc. (Re)*, 2020 ONCA 197, 444 D.L.R. (4th) 273; *Temple City Housing Inc. Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274.

By Brown and Rowe JJ. (dissenting)

*Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d'Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31; *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, 2004 SCC 29, [2004] 1 S.C.R. 758; *R. v. Verette*, [1978] 2 S.C.R. 838; *Toronto-Dominion Bank v. Canada*, 2020 FCA 80, [2020] 3 F.C.R. 201; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771*, 2005 SCC 70, [2005] 3 S.C.R. 425; *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond v. Canada*, 2009 SCC 29, [2009] 2 S.C.R. 94; *DaimlerChrysler Financial Services (Debis) Canada Inc. v. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 1 B.C.L.R. (4th) 237; *Minister of National Revenue v. Schwab Construction Ltd.*, 2002 SKCA 6, 213 Sask. R. 278; *Temple City Housing Inc. Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274; 9354-9186 Québec inc. v. *Callidus*

3 R.C.S. 286; **arrêts mentionnés :** *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271; *Saulnier c. Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166; *Wotherspoon c. Canadien Pacifique Ltée*, [1987] 1 R.C.S. 952; *Town of Lunenburg c. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402; *Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d'Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31; *Guarantee Company of North America c. Royal Bank of Canada*, 2019 ONCA 9, 144 O.R. (3d) 225; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Friends of Toronto Public Cemeteries Inc. c. Public Guardian and Trustee*, 2020 ONCA 282, 59 E.T.R. (4th) 174; *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 R.C.S. 758; *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70; *Foskett c. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102; 9354-9186 Québec inc. c. *Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, [2020] 1 R.C.S. 521; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *U.S. Steel Canada Inc. Re*, 2016 ONCA 662, 402 D.L.R. (4th) 450; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Canada (Superintendent of Bankruptcy) c. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161; *Royal Oak Mines Inc. Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293; *Royal Oak Mines Inc. Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Urbancorp Cumberland 2 GP Inc. (Re)*, 2020 ONCA 197, 444 D.L.R. (4th) 273; *Temple City Housing Inc. Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274.

Citée par les juges Brown et Rowe (dissidents)

*Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d'Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31; *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 R.C.S. 758; *R. c. Verette*, [1978] 2 R.C.S. 838; *Banque Toronto-Dominion c. Canada*, 2020 CAF 80, [2020] 3 R.C.F. 201; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornamental et d'armature, section locale 771*, 2005 CSC 70, [2005] 3 R.C.S. 425; *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94; *DaimlerChrysler Financial Services (Debis) Canada Inc. c. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 1 B.C.L.R. (4th) 237; *Minister of National Revenue c. Schwab Construction Ltd.*, 2002 SKCA 6, 213 Sask. R. 278; *Temple City Housing Inc. Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274; 9354-9186 Québec inc.

*Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *Baxter Student Housing Ltd. v. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 475; *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78; *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591; *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686.

By Moldaver J. (dissenting)

9354-9186 *Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5.

### Statutes and Regulations Cited

*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 43(1), 50.4(1), 67, 81.1, 81.2, 86(3).

*Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 23(3), (4).

*Civil Code of Québec*, arts. 1260, 1261, 1278, 1306, 1313.

*Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 2(1) “secured creditor”, 3(1), 6(3), 10(2)(c), 11, 11.09, 11.2, 11.4, 11.51, 11.52, 36, 37 to 39.

*Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 23(4), 86(2), (2.1).

*Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222(3).

*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 18(5) “security interest”, 116, 153(1), Part XII.5, Part XIII, 222, 223(1) to (3), (5), (6), 224(1), (1.2), (1.3) “secured creditor”, “security interest”, 227(4), (4.1), (4.2), (9), (9.2), (9.3), (9.4), (10.1), (10.2).

*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, s. 2201.

*Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97 [previously S.C. 1917, c. 28], s. 92(6), (7) [ad. 1942-43, c. 28, s. 31].

*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 8.1, 8.2.

*Regulatory Impact Analysis Statement*, SOR/99-322, *Canada Gazette*, Part II, vol. 133, No. 17, August 18, 1999, pp. 2041-42.

*Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11, s. 6(1).

*c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, [2020] 1 R.C.S. 521; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *Baxter Student Housing Ltd. c. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 475; *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78; *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686.

Citée par le juge Moldaver (dissident)

9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, art. 1260, 1261, 1278, 1306, 1313.

*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 8.1, 8.2.

*Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, c. 97 [auparavant S.C. 1917, c. 28], art. 92(6), (7) [aj. 1942-1943, c. 28, art. 31].

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 18(5) « garantie », 116, 153(1), partie XII.5, partie XIII, 222, 223(1) à (3), (5), (6), 224(1), (1.2), (1.3) « créancier garanti », « garantie », 227(4), (4.1), (4.2), (9), (9.2), (9.3), (9.4), (10.1), (10.2).

*Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, c. 23, art. 23(4), 86(2), (2.1).

*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 43(1), 50.4(1), 67, 81.1, 81.2, 86(3).

*Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, c. E-15, art. 222(3).

*Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 2(1) « créancier garanti », 3(1), 6(3), 10(2)c), 11, 11.09, 11.2, 11.4, 11.51, 11.52, 36, 37 à 39.

*Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, c. W-11, art. 6(1).

*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-8, art. 23(3), (4).

*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., c. 945, art. 2201.

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/99-322, *Gazette du Canada*, partie II, vol. 133, n° 17, 18 août 1999, p. 2041-2042.

### Doctrine et autres documents cités

*Black's Law Dictionary*, 11th ed., by Bryan A. Garner, St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2019, “beneficial owner”.

- Brender, Mark D. "Beneficial Ownership in Canadian Income Tax Law: Required Reform and Impact on Harmonization of Quebec Civil Law and Federal Legislation" (2003), 51 *Can. Tax J.* 311.
- Brown, Catherine. "Beneficial Ownership and the Income Tax Act" (2003), 51 *Can. Tax J.* 401.
- Canada. Canada Revenue Agency. *Tax collections policies* (online: <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/services/forms-publications/publications/ic98-1/tax-collections-policies.html>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC30\\_1\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC30_1_eng.pdf)).
- Canada. Department of Finance. *Unremitted Source Deductions and Unpaid GST*. Ottawa, April 7, 1997.
- Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh, and Roderick J. Wood. *Personal Property Security Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
- Duggan, Anthony, and Jacob Ziegel. "Justice Iacobucci and the Canadian Law of Deemed Trusts and Chattel Security" (2007), 57 *U.T.L.J.* 227.
- Gillese, Eileen E. *The Law of Trusts*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2014.
- Grenon, Aline. "Common Law and Statutory Trusts: In Search of Missing Links" (1995), 15 *Est. & Tr. J.* 109.
- Halsbury's Laws of Canada — Bankruptcy and Insolvency*, 2017 Reissue, contributed by Michael J. Hanlon. Toronto: LexisNexis, 2017.
- Hanlon, Michael J., Vicki Tickle, and Emily Csiszar. "Conflicting Case Law, Competing Statutes, and the Confounding Priority Battle of the Interim Financing Charge and the Crown's Deemed Trust for Source Deductions", in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018*. Toronto: Thomson Reuters, 2019, 897.
- Houlden, L. W., G. B. Morawetz, and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed. rev. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2021, release 3).
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto: Thomson Reuters, 2021 (loose-leaf updated 2021, release 2).
- Lamoureux, Martin. *The Harmonization of Tax Legislation Dissociation: A Mechanism of Exception Part III* (online: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/harmonization/lamou/harm3.html>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC30\\_2\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC30_2_eng.pdf)).
- Le Robert* (online: <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/particulier>), "en particulier".
- McFarlane, Ben, and Robert Stevens. "The nature of equitable property" (2010), 4 *J. Eq.* 1.
- Brender, Mark D. « Propriété effective dans la législation fiscale canadienne : Réforme nécessaire et incidences sur l'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil du Québec » (2003), 51 *Rev. fisc. can.* 355.
- Brown, Catherine. « Propriété effective et Loi de l'impôt sur le revenu » (2003), 51 *Rev. fisc. can.* 454.
- Canada. Agence du revenu du Canada. *Politiques de recouvrement de l'impôt* (en ligne : <https://www.canada.ca/fr/agence-revenu/services/formulaires-publications/publications/ic98-1/politiques-recouvrement-impot.html>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC30\\_1\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC30_1_fra.pdf)).
- Canada. Ministère des Finances. *Retenues à la source non versées et TPS impayée*, Ottawa, 7 avril 1997.
- Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh, and Roderick J. Wood. *Personal Property Security Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.
- Duggan, Anthony, and Jacob Ziegel. « Justice Iacobucci and the Canadian Law of Deemed Trusts and Chattel Security » (2007), 57 *U.T.L.J.* 227.
- Gillese, Eileen E. *The Law of Trusts*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2014.
- Grenon, Aline. « Common Law and Statutory Trusts : In Search of Missing Links » (1995), 15 *Est. & Tr. J.* 109.
- Halsbury's Laws of Canada — Bankruptcy and Insolvency*, 2017 Reissue, contributed by Michael J. Hanlon, Toronto, LexisNexis, 2017.
- Hanlon, Michael J., Vicki Tickle, and Emily Csiszar. « Conflicting Case Law, Competing Statutes, and the Confounding Priority Battle of the Interim Financing Charge and the Crown's Deemed Trust for Source Deductions », in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018*, Toronto, Thomson Reuters, 2019, 897.
- Houlden, L. W., G. B. Morawetz, and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed. rev., Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2021, release 3).
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*, Toronto, Thomson Reuters, 2021 (loose-leaf updated 2021, release 2).
- Lamoureux, Martin. *L'harmonisation des lois fiscales — La dissociation : un mécanisme d'exception Partie III* (en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/harmonization/lamou/harm3.html>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC30\\_2\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC30_2_fra.pdf)).
- Le Robert* (en ligne : <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/particulier>), « en particulier ».
- McFarlane, Ben, and Robert Stevens. « The nature of equitable property » (2010), 4 *J. Eq.* 1.

- Penner, J. E. "The (True) Nature of a Beneficiary's Equitable Proprietary Interest under a Trust" (2014), 27 *Can. J.L. & Jur.* 473.
- Prévost, Alain. "Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite?" (2016), 75 *R. du B.* 23.
- Salembier, Paul. *Legal and Legislative Drafting*, 2nd ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2013.
- Sarra, Janis P., Geoffrey B. Morawetz, and L. W. Houlden. *The 2020-2021 Annotated Bankruptcy And Insolvency Act*. Toronto: Thomson Reuters, 2020.
- Simard, Roger P. "Priorités et droits spéciaux de la couronne", dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Sûretés*, vol. 1, par Pierre-Claude Lafond, dir. Montréal: LexisNexis, 2011, fascicule 4 (feuilles mobiles mises à jour novembre 2020, envoi n° 17).
- Smith, Lionel D. *The Law of Tracing*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- Smith, Lionel D. "Trust and Patrimony" (2008), 38 *R.G.D.* 379.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Waters, D. W. M. "The Nature of the Trust Beneficiary's Interest" (1967), 45 *Can. Bar Rev.* 219.
- Waters' Law of Trusts in Canada*, 4th ed., by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen, and Lionel D. Smith. Toronto: Carswell, 2012.
- Wood, Roderick J. "Irresistible Force Meets Immovable Object: *Canada v. Canada North Group Inc.*" (2020), 63 *Can. Bus. L.J.* 85.
- Wood, Roderick J. "The Floating Charge in Canada" (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191.
- Wood, Roderick J., and Rick T. G. Reeson. "The Continuing Saga of the Statutory Deemed Trust: *Royal Bank v. Tuxedo Transportation Ltd.*" (2000), 15 *B.F.L.R.* 515.
- Ziegel, Jacob S. "Crown Priorities, Deemed Trusts and Floating Charges: *First Vancouver Finance v. Minister of National Revenue*" (2004), 45 *C.B.R.* (4th) 244.
- Penner, J. E. « The (True) Nature of a Beneficiary's Equitable Proprietary Interest under a Trust » (2014), 27 *Can. J.L. & Jur.* 473.
- Prévost, Alain. « Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite? » (2016), 75 *R. du B.* 23.
- Salembier, Paul. *Legal and Legislative Drafting*, 2nd ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2013.
- Sarra, Janis P., Geoffrey B. Morawetz and L. W. Houlden. *The 2020-2021 Annotated Bankruptcy And Insolvency Act*, Toronto, Thomson Reuters, 2020.
- Simard, Roger P. « Priorités et droits spéciaux de la couronne », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Sûretés*, vol. 1, par Pierre-Claude Lafond, dir., Montréal, LexisNexis, 2011, fascicule 4 (feuilles mobiles mises à jour novembre 2020, envoi n° 17).
- Smith, Lionel D. *The Law of Tracing*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- Smith, Lionel D. « Trust and Patrimony » (2008), 38 *R.G.D.* 379.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Waters, D. W. M. « The Nature of the Trust Beneficiary's Interest » (1967), 45 *R. du B. can.* 219.
- Waters' Law of Trusts in Canada*, 4th ed., by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen, and Lionel D. Smith, Toronto, Carswell, 2012.
- Wood, Roderick J. « Irresistible Force Meets Immovable Object : *Canada v. Canada North Group Inc.* » (2020), 63 *Rev. can. dr. comm.* 85.
- Wood, Roderick J. « The Floating Charge in Canada » (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191.
- Wood, Roderick J., and Rick T. G. Reeson. « The Continuing Saga of the Statutory Deemed Trust : *Royal Bank v. Tuxedo Transportation Ltd.* » (2000), 15 *B.F.L.R.* 515.
- Ziegel, Jacob S. « Crown Priorities, Deemed Trusts and Floating Charges : *First Vancouver Finance v. Minister of National Revenue* » (2004), 45 *C.B.R.* (4th) 244.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Rowbotham, Wakeling and Schutz JJ.A.), 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29, 437 D.L.R. (4th) 122, 72 C.B.R. (6th) 161, 95 B.L.R. (5th) 222, [2019] 12 W.W.R. 635, 11 P.P.S.A.C. (4th) 157, 2019 D.T.C. 5111, [2019] A.J. No. 1154 (QL), 2019 CarswellAlta 1815 (WL Can.), affirming a decision of Topolniski J., 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103, 52 C.B.R. (6th) 308, [2018] 2 W.W.R. 731, [2017] A.J. No. 930 (QL), 2017 CarswellAlta 1631

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Rowbotham, Wakeling et Schutz), 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29, 437 D.L.R. (4th) 122, 72 C.B.R. (6th) 161, 95 B.L.R. (5th) 222, [2019] 12 W.W.R. 635, 11 P.P.S.A.C. (4th) 157, 2019 D.T.C. 5111, [2019] A.J. No. 1154 (QL), 2019 CarswellAlta 1815 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Topolniski, 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103, 52 C.B.R. (6th) 308, [2018] 2 W.W.R. 731, [2017] A.J. No. 930 (QL),

(WL Can.). Appeal dismissed, Abella, Moldaver, Brown and Rowe JJ. dissenting.

*Michael Taylor and Louis L'Heureux*, for the appellant.

*Darren R. Bieganek, Q.C.*, and *Brad Angove*, for the respondents Canada North Group Inc., Canada North Camps Inc., Campcorp Structures Ltd., DJ Catering Ltd., 816956 Alberta Ltd., 1371047 Alberta Ltd., 1919209 Alberta Ltd. and Ernst & Young Inc. in its capacity as monitor.

*Jeffrey Oliver and Mary I. A. Buttery, Q.C.*, for the respondent the Business Development Bank of Canada.

*Kelly J. Bourassa*, for the intervenor the Insolvency Institute of Canada.

*Randal Van de Mosselaer*, for the intervenor the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

The reasons of Wagner C.J. and Côté and Kasirer. JJ. were delivered by

CÔTÉ J. —

## I. Overview

[1] The *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“*CCAA*”), has a long and storied history. From its origins in the Great Depression to its revival and reinvention during the 1970s and 1980s, the *CCAA* has played an important role in Canada’s economy. Today, the *CCAA* provides an opportunity for insolvent companies with more than \$5,000,000 in liabilities to restructure their affairs through a plan of arrangement. The goal of the *CCAA* process is to avoid bankruptcy and maximize value for all stakeholders.

[2] In order to facilitate the restructuring process, courts supervising *CCAA* restructurings may

2017 CarswellAlta 1631 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Abella, Moldaver, Brown et Rowe sont dissidents.

*Michael Taylor et Louis L'Heureux*, pour l’appelante.

*Darren R. Bieganek, c.r.*, et *Brad Angove*, pour les intimés Canada North Group Inc., Canada North Camps Inc., Campcorp Structures Ltd., DJ Catering Ltd., 816956 Alberta Ltd., 1371047 Alberta Ltd., 1919209 Alberta Ltd. et Ernst & Young Inc. en sa qualité de contrôleur.

*Jeffrey Oliver et Mary I. A. Buttery, c.r.*, pour l’intimée la Banque de développement du Canada.

*Kelly J. Bourassa*, pour l’intervenant l’Institut d’insolvabilité du Canada.

*Randal Van de Mosselaer*, pour l’intervenante l’Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Côté et Kasirer rendus par

LA JUGE CÔTÉ —

## I. Vue d’ensemble

[1] L’histoire de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« *LACC* »), est longue et mouvementée. Depuis ses origines, à l’époque de la Grande Dépression, jusqu’à sa renaissance et sa métamorphose dans les années 1970 et 1980, la *LACC* n’a jamais cessé de jouer un rôle important dans l’économie canadienne. De nos jours, elle offre aux compagnies insolubles dont le passif excède cinq millions de dollars la possibilité de restructurer leurs affaires au moyen d’un plan d’arrangement. Le processus qu’elle prévoit a pour but d’éviter la faillite et de maximiser la valeur pour toutes les parties prenantes.

[2] Afin de faciliter le processus de restructuration, les tribunaux chargés de le surveiller peuvent autoriser

authorize an insolvent company to incur certain critical costs associated with this process. Supervising courts may also secure payment of these costs by ordering a super-priority charge against the insolvent company's assets. Today, our Court is called upon to determine whether a supervising court may order super-priority charges over assets that are subject to a claim of Her Majesty protected by a deemed trust created by s. 227(4.1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("ITA").

[3] The Crown raises two arguments as to why a supervising court should be unable to subordinate Her Majesty's interest to super-priority charges. First, the Crown says that s. 227(4.1) creates a proprietary interest in a debtor's assets and a court cannot attach a super-priority charge to assets subject to Her Majesty's interest. Second, the Crown says that even if s. 227(4.1) does not create a proprietary interest, it creates a security interest that has statutory priority over all other security interests, including super-priority charges.

[4] Both of these arguments must fail. As this Court has previously held, the *CCAA* generally empowers supervising judges to order super-priority charges that have priority over all other claims, including claims protected by deemed trusts. In all cases where a supervising court is faced with a deemed trust, the court must assess the nature of the interest established by the empowering enactment, and not simply rely on the title of deemed trust. In this case, when the relevant provisions of the *ITA* are examined in their entirety, it is clear that the *ITA* does not establish a proprietary interest because Her Majesty's claim does not attach to any specific asset. Further, there is no conflict between the *CCAA* order and the *ITA*, as the deemed trust created by the *ITA* has priority only over a defined set of security interests. A super-priority charge ordered under s. 11 of the *CCAA* does not fall within that definition. For the reasons that follow, I would therefore dismiss the appeal.

une compagnie insolvable à effectuer certaines dépenses importantes dans le cadre de ce processus. Ces tribunaux peuvent également garantir le paiement de ces dépenses par la constitution d'une charge super prioritaire grevant l'actif de la compagnie insolvable. Aujourd'hui, la Cour est appelée à décider si le juge surveillant peut grever de charges super prioritaires les actifs qui font l'objet d'une créance de Sa Majesté protégée par une fiducie réputée créée en vertu du par. 227(4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) (« *LIR* »).

[3] La Couronne fait valoir deux arguments en raison desquels un juge surveillant ne devrait pas pouvoir subordonner l'intérêt de Sa Majesté à des charges super prioritaires. En premier lieu, la Couronne affirme que le par. 227(4.1) crée un intérêt à titre de propriétaire dans les biens du débiteur et que le tribunal ne peut pas grever d'une charge super prioritaire les biens faisant l'objet d'un intérêt de Sa Majesté. En second lieu, la Couronne affirme que, même si le par. 227(4.1) ne crée pas d'intérêt à titre de propriétaire, il crée, en vertu de la loi, une garantie qui a priorité sur toutes les autres garanties, y compris les charges super prioritaires.

[4] Ces deux arguments doivent être rejetés. Ainsi que notre Cour l'a déjà jugé, la *LACC* habilité de façon générale les juges surveillants à ordonner des charges super prioritaires qui ont priorité sur toutes les autres créances, y compris celles qui sont protégées par des fiducies réputées. Chaque fois qu'il est en présence d'une fiducie réputée, le juge surveillant doit déterminer la nature du droit conféré par le texte de loi habilitant, et il ne peut se fonder uniquement sur cette notion de fiducie réputée. En l'espèce, lorsqu'on examine les dispositions pertinentes de la *LIR* dans leur intégralité, il est évident que la *LIR* ne crée pas d'intérêt à titre de propriétaire, parce que la créance de Sa Majesté ne se rattache à aucun bien spécifique. De plus, il n'y a pas de conflit entre la *LIR* et l'ordonnance rendue en vertu de la *LACC*, étant donné que la fiducie réputée créée en vertu de la *LIR* n'a priorité que sur un ensemble bien précis de garanties. La charge super prioritaire constituée en vertu de l'art. 11 de la *LACC* ne répond pas à cette définition. Pour les motifs qui suivent, je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

## II. Background

[5] Canada North Group and six related corporations (“Debtors”) initiated restructuring proceedings under s. 50.4(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”), but soon changed course and sought to restructure under the *CCAA*. In their initial *CCAA* application, they requested a package of relief standard to *CCAA* proceedings, including a thirty-day stay on all proceedings against them, the appointment of a monitor and the creation of three super-priority charges. The first charge they requested was an administration charge of up to \$1,000,000 in favour of counsel, a monitor and a chief restructuring officer for the fees they incurred. The second was a \$1,000,000 financing charge in favour of an interim lender. The third was a \$150,000 directors’ charge protecting their directors and officers against liabilities incurred after the commencement of the proceedings. The Debtors included in their initial motion an affidavit from one of their directors attesting to a \$1,140,000 debt to Her Majesty The Queen for source deductions and Goods and Services Tax (“GST”).

[6] Justice Nielsen of the Court of Queen’s Bench heard the motion together with a cross-motion by the Debtors’ primary lender, Canadian Western Bank, seeking the appointment of a receiver. Justice Nielsen granted an initial order in favour of the Debtors on the terms requested in the initial application, aside from a \$500,000 reduction in the administration charge (Alta. Q.B., No. 1703-12327, July 5, 2017 (“Initial Order”)). The terms of that order included the following with regard to priority:

Each of the Directors’ Charge, Administration Charge and the Interim Lender’s Charge (all as constituted and defined herein) shall constitute a charge on the Property

## II. Contexte

[5] Canada North Group et six sociétés liées (« débitrices ») ont entamé, en vertu du par. 50.4(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« LFI »), un processus de restructuration, mais ont rapidement changé de cap pour tenter de se restructurer sous le régime de la *LACC*. Dans la demande initiale qu’elles ont présentée en vertu de la *LACC*, elles réclamaient une série de mesures habituellement demandées dans le cadre des instances introduites sous ce régime, y compris les mesures suivantes : une suspension de trente jours de toutes les procédures engagées contre elles, la désignation d’un contrôleur et la création de trois charges super prioritaires. La première charge demandée visait des frais administratifs d’un million de dollars et devait être constituée en faveur des avocats, du contrôleur et du directeur de la restructuration pour les frais qu’ils ont engagés. La deuxième était une charge de financement d’un million de dollars en faveur d’un prêteur temporaire. La troisième était une garantie de 150 000 \$ constituée en faveur des administrateurs en vue de les protéger ainsi que les dirigeants contre les obligations contractées après l’introduction de l’instance. Les débitrices ont joint à leur demande initiale un affidavit de l’un de leurs administrateurs pour attester l’existence d’une dette de 1 140 000 \$ envers Sa Majesté la Reine pour des retenues à la source et pour la taxe sur les produits et services (« TPS »).

[6] Le juge Nielsen, de la Cour du Banc de la Reine, a instruit la requête, ainsi que la requête incidente présentée par le principal prêteur des débitrices, la Banque canadienne de l’Ouest, en vue d’obtenir la nomination d’un séquestre. Le juge Nielsen a rendu, en faveur des débitrices, une ordonnance initiale conforme aux modalités de leur demande initiale (hormis une réduction de 500 000 \$ de la charge au titre des frais administratifs) (B.R. Alb., n° 1703-12327, 5 juillet 2017 (« ordonnance initiale »)). Cette ordonnance prévoyait notamment ce qui suit au sujet de l’ordre de priorité :

[TRADUCTION] Chacune des charges relatives à l’administration, aux administrateurs et au prêteur temporaire (constituées et définies aux présentes) grèvent les biens et,

and subject always to section 34(11) of the CCAA such Charges shall rank in priority to all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, claims of secured creditors, statutory or otherwise (collectively, “Encumbrances”) in favour of any Person. [Emphasis deleted; para. 44.]

Justice Nielsen further ordered that these charges “shall not otherwise be limited or impaired in any way by . . . (d) the provisions of any federal or provincial statutes” (para. 46).

[7] Three weeks after the Initial Order was granted, the Debtors sought supplementary orders extending the stay of proceedings and increasing the interim financing to \$2,500,000. Canadian Western Bank again filed a motion to appoint a receiver. At the hearing of the three motions, counsel for Her Majesty appeared in order to advise that Her Majesty would be filing a motion to vary the Initial Order on the ground that the order failed to recognize Her priority interest in unremitted source deductions (the portion of remuneration that employers are required to withhold from employees and remit directly to the Canada Revenue Agency (“CRA”)).

[8] The Crown filed the motion soon after. Its argument for variance was grounded in the nature of Her Majesty’s interest in the Debtors’ property. It argued that the nature of Her Majesty’s interest is determined by s. 227(4.1) of the *ITA* and that that provision creates a proprietary interest:

(4) Every person who deducts or withholds an amount under this Act is deemed, notwithstanding any security interest (as defined in subsection 224(1.3)) in the amount so deducted or withheld, to hold the amount separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for the security interest would be property of the person, in trust for Her Majesty and for payment to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act.

sous réserve du paragraphe 34(11) de la LACC, toutes ces charges ont priorité sur tous les autres priviléges, garanties, fiducies, charges et sûretés, créances de créanciers garantis, d’origine législative ou autre (collectivement « les sûretés ») détenus par quiconque. [Caractères gras omis; par. 44.]

Le juge Nielsen a également précisé que les charges en question [TRADUCTION] « ne sont pas autrement limitées ou compromises de quelque façon que ce soit par [ . . . ] (d) les dispositions de toute loi fédérale ou provinciale » (par. 46).

[7] Trois semaines après le prononcé de l’ordonnance initiale, les débitrices ont demandé des ordonnances supplémentaires pour prolonger la suspension de l’instance et faire passer à 2,5 millions de dollars le financement temporaire. La Banque canadienne de l’Ouest a de nouveau déposé une requête en nomination d’un séquestre. Durant l’instruction de ces trois requêtes, l’avocat de Sa Majesté a comparu afin d’annoncer que celle-ci s’apprêtait à déposer une requête pour faire modifier l’ordonnance initiale au motif que cette ordonnance ne reconnaissait pas sa priorité sur les retenues à la source non versées (la partie de la rémunération que les employeurs ont l’obligation de retenir auprès de leurs employés et de remettre directement à l’Agence du revenu du Canada (« ARC »)).

[8] La Couronne a déposé sa requête peu de temps après. L’argument qu’elle invoquait pour justifier sa demande de modification de l’ordonnance initiale reposait sur la nature du droit que possédait Sa Majesté sur les biens des débitrices. Elle a fait valoir que la nature du droit de Sa Majesté était déterminée par le par. 227(4.1) de la *LIR*, qui créait un intérêt à titre de propriétaire :

(4) Toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de la présente loi est réputée, malgré toute autre garantie au sens du paragraphe 224(1.3) le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté, séparé de ses propres biens et des biens détenus par son créancier garanti au sens de ce paragraphe qui, en l’absence de la garantie, seraient ceux de la personne, et en vue de le verser à Sa Majesté selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi.

**(4.1)** Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection 227(4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person and property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for a security interest (as defined in subsection 224(1.3)) would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

- (a)** to be held, from the time the amount was deducted or withheld by the person, separate and apart from the property of the person, in trust for Her Majesty whether or not the property is subject to such a security interest, and
- (b)** to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was so deducted or withheld, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to such a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty notwithstanding any security interest in such property and in the proceeds thereof, and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

### III. Judgments Below

#### A. *Court of Queen's Bench, 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103*

[9] Justice Topolniski heard Her Majesty's motion to vary the Initial Order. Despite the delay between the Initial Order and the motion to vary, Topolniski J. found that she had jurisdiction to hear the motion based on the discretion and flexibility conferred by the *CCAA*. However, she dismissed the motion on the ground that s. 227(4.1) of the *ITA* creates a security interest that can be subordinated to court-ordered super-priority charges.

**(4.1)** Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne, et les biens détenus par son créancier garanti au sens du paragraphe 224(1.3) qui, en l'absence d'une garantie au sens du même paragraphe, seraient ceux de la personne, d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

- a)** être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;
- b)** ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire malgré toute autre garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie.

### III. Les décisions des juridictions inférieures

#### A. *Cour du Banc de la Reine, 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103*

[9] La juge Topolniski a instruit la requête présentée par Sa Majesté en vue de faire modifier l'ordonnance initiale. Malgré le délai écoulé entre l'ordonnance initiale et la requête en modification, la juge Topolniski a estimé qu'elle avait compétence pour entendre la requête vu le pouvoir discrétionnaire et la marge de manœuvre que lui confère la *LACC*. Elle a toutefois rejeté la requête au motif que le par. 227(4.1) de la *LIR* créait une garantie qui pouvait être subordonnée à des charges super prioritaires d'origine judiciaire.

[10] Justice Topolniski relied upon *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274, and *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, to conclude that the deemed trust created by s. 227(4.1) of the *ITA* is not a proprietary interest. Rather, the *ITA* creates something similar to a floating charge over all the debtor's assets, which permits the debtor to alienate property subject to the deemed trust. These characteristics are inconsistent with a proprietary interest, and thus s. 227(4.1) does not create such an interest.

[11] Justice Topolniski also considered whether s. 227(4.1) creates a security interest that requires Her Majesty's interest to take priority over court-ordered charges. She acknowledged that the *CCAA* preserves the operation of the deemed trust, but she found that it also authorizes the reorganization of priorities by court order. Because each of the charges included in the Initial Order was critical to the restructuring process, they were necessarily required by the *CCAA* regime.

**B. *Leave to Appeal*, 2017 ABCA 363, 54 C.B.R. (6th) 5**

[12] Following the dismissal of the Crown's motion, the Debtors determined that there were sufficient assets in the estate to satisfy both Her Majesty and the beneficiaries of the three court-ordered super-priority charges in full. However, the Crown sought and obtained leave to appeal in order to seek appellate guidance on the nature of Her Majesty's priority.

**C. *Court of Appeal of Alberta*, 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29**

[13] The Court of Appeal dismissed the appeal. It was divided as to whether the super-priority charges had priority over Her Majesty's claim. Justice Rowbotham wrote for the majority and agreed with the motion judge that s. 227(4.1) of the *ITA* creates a security interest, in accordance with this Court's earlier finding in *First Vancouver* that the deemed

[10] La juge Topolniski s'est appuyée sur les arrêts *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274, et *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, pour conclure que la fiducie réputée créée en application du par. 227(4.1) de la *LIR* ne conférait pas d'intérêt à titre de propriétaire. Selon elle, la *LIR* crée plutôt une sorte de charge flottante sur l'ensemble des actifs du débiteur, ce qui permet à ce dernier d'aliéner ses biens sous réserve de la fiducie réputée. Ces caractéristiques sont incompatibles avec un intérêt à titre de propriétaire, de sorte que le par. 227(4.1) ne crée pas un tel intérêt.

[11] La juge Topolniski s'est également demandé si le par. 227(4.1) crée une garantie qui exige que l'intérêt détenu par Sa Majesté prenne rang devant les charges d'origine judiciaire. Elle a reconnu que la *LACC* ne fait pas obstacle à la fiducie réputée, mais elle a estimé que cette loi autorise cependant le tribunal à réaménager l'ordre de priorité par ordonnance. Étant donné que chacune des charges énumérées dans l'ordonnance initiale était essentielle au processus de restructuration, elles étaient indispensables au bon fonctionnement du régime de la *LACC*.

**B. *Autorisation d'appel*, 2017 ABCA 363, 54 C.B.R. (6th) 5**

[12] Suite au rejet de la requête de la Couronne, les débitrices ont déterminé que les actifs du patrimoine étaient suffisants pour payer intégralement Sa Majesté et les bénéficiaires des trois charges super prioritaires d'origine judiciaire. Toutefois, la Couronne a demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel afin d'obtenir des directives de la Cour d'appel quant à la nature de la priorité de Sa Majesté.

**C. *Cour d'appel de l'Alberta*, 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29**

[13] La Cour d'appel a rejeté l'appel. Elle était divisée sur la question de savoir si les charges super prioritaires prenaient rang devant la créance de Sa Majesté. La juge Rowbotham a écrit au nom de la majorité et s'est dite d'accord avec le juge de première instance pour affirmer que le par. 227(4.1) de la *LIR* crée une garantie, conformément à la conclusion

trust is like a “floating charge over all of the assets of the tax debtor in the amount of the default” (*First Vancouver*, at para. 40). She found further support for this in the fact that the deemed trust also falls squarely within the *ITA*’s definition of “security interest” in s. 224(1.3).

[14] After determining that Her Majesty’s interest in the Debtors’ property was a security interest, Rowbotham J.A. turned to the question of whether the deemed trust could be subordinated to the court-ordered super-priority charges. She found that “while a conflict may appear to exist at the level of the ‘black letter’ wording” of the *ITA* and the *CCAA*, “the presumption of statutory coherence require[d] that the provisions be read to work together” (para. 45). A deemed trust that could not be subordinated to super-priority charges would undermine both Acts’ objectives because fewer restructurings could succeed and thus less tax revenue could be collected. If the Crown’s position prevailed, then absurd consequences could follow. Approximately 75 percent of restructurings require interim lenders. Without the assurance that they would be repaid in priority, these lenders would not come forward, nor would monitors or directors. The reality is that all of these services are provided in reliance on super priorities. Without these priorities, *CCAA* restructurings may be severely curtailed or at least delayed until Her Majesty’s exact claim could be ascertained, by which point the company might have totally collapsed.

[15] Justice Wakeling dissented. In his view, none of the arguments raised by the majority could overcome the text of the *ITA*. On his reading, the text of s. 227(4.1) is clear: Her Majesty is the beneficial owner of the amounts deemed to be held separate and apart from the debtor’s property, and these amounts must be paid to Her Majesty notwithstanding any

tirée par notre Cour dans l’arrêt *First Vancouver* selon laquelle la fiducie réputée est assimilable à une « charge flottante grevant, jusqu’à concurrence du montant en souffrance, l’ensemble des éléments d’actif du débiteur fiscal » (*First Vancouver*, par. 40). Elle s’est dite confortée dans son opinion par le fait que la fiducie réputée entre carrément dans la définition que la *LIR* donne de la « garantie » au par. 224(1.3).

[14] Après avoir conclu que le droit de Sa Majesté sur les biens des débitrices constituait une garantie, la juge Rowbotham s’est penchée sur la question de savoir si la fiducie réputée pouvait être subordonnée à des charges super prioritaires d’origine judiciaire. Elle a conclu que [TRADUCTION] « bien que, si l’on s’en tient rigoureusement à leur libellé respectif, il puisse sembler exister un conflit » entre la *LIR* et la *LACC*, « la présomption de cohérence entre les lois exige[ait] que l’on interprète ces dispositions en considérant qu’elles s’appliquent de concert » (par. 45). Une fiducie réputée qui ne pourrait être subordonnée à des charges super prioritaires irait à l’encontre de l’objectif des deux lois en question parce qu’il serait plus difficile de mener à bien une restructuration et que cela diminuerait par conséquent les recettes fiscales. L’acceptation de la thèse de la Couronne entraînerait selon elle des conséquences absurdes. Environ 75 p. 100 des compagnies qui se restructurent font appel à des prêteurs temporaires. Sans l’assurance d’être remboursés en priorité, ces prêteurs refuseraient de s’engager, tout comme les contrôleurs et les administrateurs. La réalité est que tous ces services sont fournis sur la foi de l’existence de super priorités. Sans elles, les restructurations effectuées sous le régime de la *LACC* risqueraient d’être fortement compromises, ou à tout le moins retardées, jusqu’à ce qu’on puisse établir le montant exact de la créance de Sa Majesté, alors que la compagnie se serait peut-être déjà totalement effondrée.

[15] Le juge Wakeling a exprimé sa dissidence. À son avis, aucun des arguments soulevés par la majorité ne permettait de faire abstraction du texte de la *LIR*. Selon lui, le libellé du par. 227(4.1) est sans équivoque : Sa Majesté a un droit de bénéficiaire sur les sommes réputées être détenues de façon distincte et séparée des biens du débiteur, et

type of security interest, including super-priority charges. In his view, nothing in the *CCAA* overrides this proprietary interest. Section 11 of the *CCAA* cannot permit discretion to be exercised without regard for s. 227(4.1) of the *ITA*, nor can ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* be used, as they only allow a court to make orders regarding “all or part of the company’s property” (s. 11.2(1)). In conclusion, since no part of the *CCAA* authorizes a court to override s. 227(4.1), a court must give effect to the clear text of s. 227(4.1) and cannot subordinate Her Majesty’s claims to super-priority charges.

#### IV. Issue

[16] The central issue in this appeal is whether the *CCAA* authorizes courts to grant super-priority charges with priority over a deemed trust created by s. 227(4.1) of the *ITA*. In order to answer this question, I proceed in three stages. First, I assess the nature of the *CCAA* regime and the power of supervising courts to order such charges. Given that supervising courts generally have the authority to order super-priority charges with priority over all other claims, I then turn to s. 227(4.1) of the *ITA* to determine whether it gives Her Majesty an interest that cannot be subordinated to super-priority charges. Here I assess the Crown’s two arguments as to why s. 227(4.1) provides for an exception to the general rule, namely that Her Majesty has a proprietary or ownership interest in the insolvent company’s assets and that, even if Her Majesty does not have such an interest, s. 227(4.1) provides Her with a security interest that has absolute priority over all claims. I conclude by assessing how courts should exercise their authority to order super-priority charges where Her Majesty has a claim against an insolvent company protected by a s. 227(4.1) deemed trust.

ces sommes doivent être payées à Sa Majesté, peu importe le type de garantie, y compris les charges super prioritaires. À son avis, rien dans le libellé de la *LACC* ne permettait d’écarter cet intérêt à titre de propriétaire. L’article 11 de la *LACC* ne saurait permettre au tribunal d’exercer son pouvoir discrétaire sans tenir compte du par. 227(4.1) de la *LIR*, et les art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC* ne sauraient non plus être utilisés à cette fin, car ils permettent uniquement au tribunal de rendre des ordonnances concernant « la totalité ou une partie des biens de la compagnie » (par. 11.2(1)). En conclusion, comme aucune des dispositions de la *LACC* ne lui permet d’écarter le par. 227(4.1), le tribunal doit donner effet au texte clair du par. 227(4.1) et il ne peut subordonner les créances de Sa Majesté à des charges super prioritaires.

#### IV. Question en litige

[16] La principale question à trancher dans le présent pourvoi est celle de savoir si la *LACC* autorise les tribunaux à constituer des charges super prioritaires ayant priorité sur une fiducie réputée créée en vertu du par. 227(4.1) de la *LIR*. Pour répondre à cette question, je vais procéder en trois étapes. D’abord, je vais examiner la nature du régime de la *LACC* et le pouvoir des tribunaux de surveillance d’ordonner pareilles charges. Étant donné que les tribunaux de surveillance ont généralement le pouvoir d’ordonner des charges super prioritaires qui ont priorité sur toutes les autres créances, je vais ensuite examiner le par. 227(4.1) de la *LIR* pour déterminer s’il confère à Sa Majesté un intérêt qui ne peut être subordonné à une charge super prioritaire. Je vais passer en revue les deux arguments invoqués par la Couronne pour affirmer que le par. 227(4.1) prévoit une exception à la règle générale, à savoir que Sa Majesté possède un intérêt à titre de propriétaire dans les actifs de la compagnie insolvable et que, même si elle ne possède pas un tel intérêt, le par. 227(4.1) lui confère une garantie qui a priorité absolue sur toutes les créances. Je vais conclure mon analyse en indiquant comment les tribunaux devraient exercer leur pouvoir d’ordonner des charges super prioritaires lorsque Sa Majesté fait valoir, contre la compagnie insolvable, une réclamation protégée par une fiducie réputée créée en vertu du par. 227(4.1).

## V. Analysis

[17] In order to determine whether the *CCAA* empowers a court to order super-priority charges over assets subject to a deemed trust created by s. 227(4.1) of the *ITA*, we must understand both the *CCAA* regime and the nature of the interest created by s. 227(4.1).

### A. *CCAA Regime*

[18] The *CCAA* is part of Canada's system of insolvency law, which also includes the *BIA* and the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11, s. 6(1), for banks and other specified institutions. Although both the *CCAA* and the *BIA* create reorganization regimes, what distinguishes the *CCAA* regime is that it is restricted to companies with liabilities of more than \$5,000,000 and “offers a more flexible mechanism with greater judicial discretion, making it more responsive to complex reorganizations” (*Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 14).

[19] The *CCAA* works by creating breathing room for an insolvent debtor to negotiate a way out of insolvency. Upon an initial application, the supervising judge makes an order that ordinarily preserves the status quo by freezing claims against the debtor while allowing it to remain in possession of its assets in order to continue carrying on business. During this time, it is hoped that the debtor will negotiate a plan of arrangement with creditors and other stakeholders. The goal is to enable the parties to reach a compromise that allows the debtor to reorganize and emerge from the *CCAA* process as a going concern (*Century Services*, at para. 18).

[20] The view underlying the entire *CCAA* regime is thus that debtor companies retain more value as going concerns than in liquidation scenarios

## V. Analyse

[17] Afin de déterminer si la *LACC* habilite un tribunal à ordonner des charges super prioritaires sur des biens assujettis à une fiducie réputée au titre du par. 227(4.1) de la *LIR*, il nous faut comprendre à la fois le régime de la *LACC* et la nature du droit créé par le par. 227(4.1).

### A. *Le régime de la LACC*

[18] La *LACC* fait partie de la législation canadienne en matière d'insolvabilité, qui comprend également la *LFI* et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, c. W-11, par. 6(1), laquelle s'applique aux banques et à d'autres institutions déterminées. Bien que la *LACC* et la *LFI* instaurent toutes deux un régime de réorganisation, ce qui distingue le régime de la *LACC* est le fait qu'il est réservé aux compagnies dont le passif dépasse cinq millions de dollars et qu'il « établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire, ce qui rend le mécanisme mieux adapté aux réorganisations complexes » (*Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 14).

[19] La *LACC* vise à accorder au débiteur insolvable la latitude nécessaire pour négocier avec ses créanciers afin de trouver une issue à son insolvabilité. À la suite d'une demande initiale, le juge surveillant rend une ordonnance aux termes de laquelle il préserve habituellement le statu quo en suspendant les réclamations qui visent le débiteur tout en permettant à ce dernier de conserver la possession de ses actifs afin de poursuivre ses activités. Dans l'intervalle, on espère que le débiteur négociera un plan d'arrangement avec ses créanciers et les autres parties prenantes. L'objectif est de permettre aux parties de parvenir à un compromis qui donne au débiteur la possibilité de se réorganiser et de poursuivre ses activités à l'issue du processus de la *LACC* (*Century Services*, par. 18).

[20] La vision sous-jacente au régime de la *LACC* est donc qu'une compagnie débitrice possède une plus grande valeur lorsqu'elle poursuit ses

(*Century Services*, at para. 18). The survival of a going-concern business is ordinarily the result with the greatest net benefit. It often enables creditors to maximize returns while simultaneously benefiting shareholders, employees, and other firms that do business with the debtor company (para. 60). Thus, this Court recently held that the *CCAA* embraces “the simultaneous objectives of maximizing creditor recovery, preservation of going-concern value where possible, preservation of jobs and communities affected by the firm’s financial distress . . . and enhancement of the credit system generally” (9354-9186 Québec inc. *v.* *Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521, at para. 42, quoting J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2nd ed. 2013), at p. 14).

[21] The most important feature of the *CCAA* — and the feature that enables it to be adapted so readily to each reorganization — is the broad discretionary power it vests in the supervising court (*Callidus Capital*, at paras. 47-48). Section 11 of the *CCAA* confers jurisdiction on the supervising court to “make any order that it considers appropriate in the circumstances”. This power is vast. As the Chief Justice and Moldaver J. recently observed in their joint reasons, “[o]n the plain wording of the provision, the jurisdiction granted by s. 11 is constrained only by restrictions set out in the *CCAA* itself, and the requirement that the order made be ‘appropriate in the circumstances’” (*Callidus Capital*, at para. 67). Keeping in mind the centrality of judicial discretion in the *CCAA* regime, our jurisprudence has developed baseline requirements of appropriateness, good faith and due diligence in order to exercise this power. The supervising judge must be satisfied that the order is appropriate and that the applicant has acted in good faith and with due diligence (*Century Services*, at para. 69). The judge must also be satisfied as to appropriateness, which is assessed by considering whether the order would advance the policy and remedial objectives of the *CCAA* (para. 70). For instance, given that the purpose of the *CCAA* is to facilitate the survival of going concerns, when crafting an initial order, “[a] court must first of all

activités que lorsqu’elle est liquidée (*Century Services*, par. 18). La survie d’une entreprise en activité est généralement le résultat qui présente le plus grand avantage net. Elle permet souvent aux créanciers de maximiser leur rendement, tout en profitant aux actionnaires, aux employés et aux autres entreprises qui font affaire avec la compagnie débitrice (par. 60). Ainsi, notre Cour a récemment jugé que la *LACC* a « comme objectifs simultanés de maximiser le recouvrement au profit des créanciers, de préserver la valeur d’exploitation dans la mesure du possible, de protéger les emplois et les collectivités touchées par les difficultés financières de l’entreprise [ . . . ] et d’améliorer le système de crédit de manière générale » (9354-9186 Québec inc. *c.* *Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, par. 42, citant J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2<sup>e</sup> éd. 2013), p. 14).

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

provide the conditions under which the debtor can attempt to reorganize” (para. 60).

[22] On review of a supervising judge’s order, an appellate court should be cognizant that supervising judges have been given this broad discretion in order to fulfill their difficult role of continuously balancing conflicting and changing interests. Appellate courts should also recognize that orders are generally temporary or interim in nature and that the restructuring process is constantly evolving. These considerations require not only that supervising judges be endowed with a broad discretion, but that appellate courts exercise particular caution before interfering with orders made in accordance with that discretion (*Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 368 (C.A.), at paras. 30-31).

[23] In addition to s. 11, there are more specific powers in some of the provisions following that section. They include the power to order a super-priority security or charge on all or part of a company’s assets in favour of interim financiers (s. 11.2), critical suppliers (s. 11.4), the monitor and financial, legal or other experts (s. 11.52), or indemnification of directors or officers (s. 11.51). Each of these provisions empowers the court to “order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company” (ss. 11.2(2), 11.4(4), 11.51(2) and 11.52(2)).

[24] As this Court held in *Century Services*, at para. 70, the general language of s. 11 is not restricted by the availability of these more specific orders. In fact, courts regularly grant super-priority charges in favour of persons not specifically referred to in the aforementioned provisions, including through orders that have priority over orders made under the specific provisions. These include, for example, key employee retention plan charges (*Grant Forest Products Inc., Re* (2009), 57 C.B.R. (5th) 128 (Ont.

faciliter la survie des entreprises en leur permettant de poursuivre leurs activités, lorsqu’il rend son ordonnance initiale, « [I]l tribunal doit d’abord créer les conditions propres à permettre au débiteur de tenter une réorganisation » (par. 60).

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

[23] En plus de l’art. 11, on trouve dans certaines des dispositions qui le suivent des pouvoirs plus spécifiques, dont celui d’ordonner une sûreté ou une charge super prioritaire grevant tout ou partie des actifs de la compagnie débitrice en faveur de prêteurs temporaires (art. 11.2), de fournisseurs essentiels (art. 11.4), du contrôleur et des experts — notamment en finance et en droit — (art. 11.52), ou afin d’indemniser les dirigeants ou administrateurs (art. 11.51). Chacune de ces dispositions habilite le tribunal à « préciser, dans l’ordonnance, que la charge ou sûreté a priorité sur toute réclamation des créanciers garantis de la compagnie » (par. 11.2(2), 11.4(4), 11.51(2) et 11.52(2)).

[24] Ainsi que notre Cour l’a jugé dans l’arrêt *Century Services*, par. 70, la possibilité pour le tribunal de rendre ces ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux employés à l’art. 11. En fait, les tribunaux constituent régulièrement des charges super prioritaires en faveur de personnes qui ne sont pas expressément mentionnées dans les dispositions susmentionnées, y compris au moyen d’ordonnances ayant préséance sur les ordonnances rendues en

No. : 500-06-000076-980

C O U R S U P É R I E U R E  
(Chambres des actions collectives)  
DISTRICT DE MONTRÉAL

**CONSEIL QUÉBÉCOIS SUR LE TABAC ET LA SANTÉ**

Demandeur

**JTI MACDONALD CORP. -et- IMPERIAL TOBACCO CANADA LIMITED -et- ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC.**

Défenderesses

**DELOITTE RESTRUCTURING INC. -et- FTI CONSULTING CANADA INC. -et- ERNST & YOUNG INC.**

Intervenants

**PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC -et- RÉGIE DE L'ASSURANCE MALADIE DU QUÉBEC -et- SERVICES PROACTIO INC. -et- EPIQ CLASS ACTION SERVICES CANADA INC. -et- THE LAW PRACTICE OF WAGNER & ASSOCIATES INC. -et- SANTÉ QUÉBEC**

Mis en cause

Court File No. CV-19-615862-00CL - Court File No. CV-19-616077-00CL - Court File No. CV-19-616779-00CL

ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE  
COMMERCIAL LIST

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

AND IN THE MATTER OF THE PLANS OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF: JTI-MACDONALD CORP.-and-IMPERIAL TOBACCO CANADA LIMITED AND IMPERIAL TOBACCO COMPANY LIMITED -and- ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC.

**BOOK OF AUTHORITIES  
QCAPS' WRITTEN SUBMISSIONS ON THE APPLICATION FOR AN EXTENSION OF THE OFFICIAL  
CONFIRMATIONS ORDER  
(Returnable February 20, 2026)**

**TRUDEL JOHNSTON & LESPÉRANCE,  
s.e.n.c.**  
750, Côte de la Place d'Armes, bureau 90  
Montréal (Québec) H2Y 2X8  
Tél. : 514 871-8385  
Fax : 514 871-8800  
BT-1415

**FISHMAN FLANZ MELAND PAQUIN LLP**  
Place du Canada  
1010, rue de la Gauchetière Ouest, Bureau  
1600  
Montréal, Québec, H3B 2N2  
Tél. : 514-932-4100  
BM-0309