

COURT FILE NUMBER 2601-07007

COURT COURT OF KING'S BENCH OF ALBERTA

JUDICIAL CENTRE CALGARY

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

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR
ARRANGEMENT OF CANADABIS CAPITAL INC.,
1998643 ALBERTA LTD., STIGMA PHARMACEUTICALS
INC., 2103157 ALBERTA LTD., AND FULL SPECTRUM
LABS LTD.

PLAINTIFF(S)/APPLICANTS CANADABIS CAPITAL INC., 1998643 ALBERTA LTD.,
STIGMA PHARMACEUTICALS INC., 2103157 ALBERTA
LTD., AND FULL SPECTRUM LABS LTD.

DOCUMENT **BOOK OF AUTHORITIES**

ADDRESS FOR SERVICE **THORNTON GROUT FINNIGAN LLP**
AND CONTACT TD West Tower, Toronto-Dominion Centre
INFORMATION OF PARTY 100 Wellington Street West, Suite 3200
FILING THIS DOCUMENT Toronto, Ontario M5K 1K7

Attn: **Mitchell W. Grossell / Derek Harland / Andrew Nesbitt**

Telephone: 416-304-1616

Email: mgrossell@tgf.ca / dkharland@tgf.ca / anesbitt@tgf.ca

**Application before the Honourable Justice Jones to be held on April 27, 2026 at 2 PM on
the Commercial List**

TABLE OF AUTHORITIES

TAB	Authority
1	<i>Companies' Creditors Arrangement Act</i> , RSC 1985, c C36.
2	<i>Century Services Inc v Attorney General (Canada)</i> , 2010 SCC 60.
3	<i>Re Canada North Group Inc</i> , 2017 ABQB 508.
4	<i>Canwest Publishing Inc</i> , 2010 ONSC 222.
5	<i>Lydian International Limited (Re)</i> , 2019 ONSC 7473.
6	<i>Re Northstar Aerospace, Inc</i> , 2013 ONSC 1780.
7	<i>Re Jaguar Mining Inc</i> , 2014 ONSC 494.
8	<i>Re Canwest Global Communications Corp</i> , 2009 CarswellOnt 6184, 59 CBR (5th) 72 (Ont Sup Ct J [Commercial List]).
9	<i>Canada v Canada North Group Inc</i> , 2021 SCC 30.
10	<i>Canacol Energy Ltd (Re)</i> , Initial Order (18 November 2025), Court of King's Bench of Alberta (Court File No. 2501-18462).
11	<i>Cinram International Inc (Re)</i> , 2012 ONSC 3767.
12	<i>JTI-Macdonald Corp, Re</i> , 2019 ONSC 1625.
13	<i>McEwan Enterprises Inc, Re</i> , 2021 ONSC 6453.
14	<i>Ted Baker Canada Inc, et al, Re</i> , Initial Order (24 April 2024), Ontario Superior Court of Justice (Court File No. CV-24-00718993-00CL).
15	<i>Pride Group Holdings Inc., et al, Re</i> , 2024 ONSC 2026.
16	<i>Montréal (City) v Deloitte Restructuring Inc</i> , 2021 SCC 53.

TAB 1



CANADA

CONSOLIDATION

CODIFICATION

Companies' Creditors Arrangement Act

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies

R.S.C., 1985, c. C-36

L.R.C. (1985), ch. C-36

Current to March 17, 2026

À jour au 17 mars 2026

Last amended on December 12, 2024

Dernière modification le 12 décembre 2024

OFFICIAL STATUS OF CONSOLIDATIONS

Subsections 31(1) and (2) of the *Legislation Revision and Consolidation Act*, in force on June 1, 2009, provide as follows:

Published consolidation is evidence

31 (1) Every copy of a consolidated statute or consolidated regulation published by the Minister under this Act in either print or electronic form is evidence of that statute or regulation and of its contents and every copy purporting to be published by the Minister is deemed to be so published, unless the contrary is shown.

Inconsistencies in Acts

(2) In the event of an inconsistency between a consolidated statute published by the Minister under this Act and the original statute or a subsequent amendment as certified by the Clerk of the Parliaments under the *Publication of Statutes Act*, the original statute or amendment prevails to the extent of the inconsistency.

LAYOUT

The notes that appeared in the left or right margins are now in boldface text directly above the provisions to which they relate. They form no part of the enactment, but are inserted for convenience of reference only.

NOTE

This consolidation is current to March 17, 2026. The last amendments came into force on December 12, 2024. Any amendments that were not in force as of March 17, 2026 are set out at the end of this document under the heading “Amendments Not in Force”.

CARACTÈRE OFFICIEL DES CODIFICATIONS

Les paragraphes 31(1) et (2) de la *Loi sur la révision et la codification des textes législatifs*, en vigueur le 1^{er} juin 2009, prévoient ce qui suit :

Codifications comme élément de preuve

31 (1) Tout exemplaire d'une loi codifiée ou d'un règlement codifié, publié par le ministre en vertu de la présente loi sur support papier ou sur support électronique, fait foi de cette loi ou de ce règlement et de son contenu. Tout exemplaire donné comme publié par le ministre est réputé avoir été ainsi publié, sauf preuve contraire.

Incompatibilité — lois

(2) Les dispositions de la loi d'origine avec ses modifications subséquentes par le greffier des Parlements en vertu de la *Loi sur la publication des lois* l'emportent sur les dispositions incompatibles de la loi codifiée publiée par le ministre en vertu de la présente loi.

MISE EN PAGE

Les notes apparaissant auparavant dans les marges de droite ou de gauche se retrouvent maintenant en caractères gras juste au-dessus de la disposition à laquelle elles se rattachent. Elles ne font pas partie du texte, n'y figurant qu'à titre de repère ou d'information.

NOTE

Cette codification est à jour au 17 mars 2026. Les dernières modifications sont entrées en vigueur le 12 décembre 2024. Toutes modifications qui n'étaient pas en vigueur au 17 mars 2026 sont énoncées à la fin de ce document sous le titre « Modifications non en vigueur ».

Single judge may exercise powers, subject to appeal

(2) The powers conferred by this Act on a court may, subject to appeal as provided for in this Act, be exercised by a single judge thereof, and those powers may be exercised in chambers during term or in vacation.

R.S., c. C-25, s. 9.

Form of applications

10 (1) Applications under this Act shall be made by petition or by way of originating summons or notice of motion in accordance with the practice of the court in which the application is made.

Documents that must accompany initial application

(2) An initial application must be accompanied by

- (a) a statement indicating, on a weekly basis, the projected cash flow of the debtor company;
- (b) a report containing the prescribed representations of the debtor company regarding the preparation of the cash-flow statement; and
- (c) copies of all financial statements, audited or unaudited, prepared during the year before the application or, if no such statements were prepared in that year, a copy of the most recent such statement.

Publication ban

(3) The court may make an order prohibiting the release to the public of any cash-flow statement, or any part of a cash-flow statement, if it is satisfied that the release would unduly prejudice the debtor company and the making of the order would not unduly prejudice the company's creditors, but the court may, in the order, direct that the cash-flow statement or any part of it be made available to any person specified in the order on any terms or conditions that the court considers appropriate.

R.S., 1985, c. C-36, s. 10; 2005, c. 47, s. 127.

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.

R.S., 1985, c. C-36, s. 11; 1992, c. 27, s. 90; 1996, c. 6, s. 167; 1997, c. 12, s. 124; 2005, c. 47, s. 128.

Un seul juge peut exercer les pouvoirs, sous réserve d'appel

(2) Les pouvoirs conférés au tribunal par la présente loi peuvent être exercés par un seul de ses juges, sous réserve de l'appel prévu par la présente loi. Ces pouvoirs peuvent être exercés en chambre, soit durant une session du tribunal, soit pendant les vacances judiciaires.

S.R., ch. C-25, art. 9.

Forme des demandes

10 (1) Les demandes prévues par la présente loi peuvent être formulées par requête ou par voie d'assignation introductive d'instance ou d'avis de motion conformément à la pratique du tribunal auquel la demande est présentée.

Documents accompagnant la demande initiale

(2) La demande initiale doit être accompagnée :

- a) d'un état portant, projections à l'appui, sur l'évolution hebdomadaire de l'encaisse de la compagnie débitrice;
- b) d'un rapport contenant les observations réglementaires de la compagnie débitrice relativement à l'établissement de cet état;
- c) d'une copie des états financiers, vérifiés ou non, établis au cours de l'année précédant la demande ou, à défaut, d'une copie des états financiers les plus récents.

Interdiction de mettre l'état à la disposition du public

(3) Le tribunal peut, par ordonnance, interdire la communication au public de tout ou partie de l'état de l'évolution de l'encaisse de la compagnie débitrice s'il est convaincu que sa communication causerait un préjudice indu à celle-ci et que sa non-communication ne causerait pas de préjudice indu à ses créanciers. Il peut toutefois préciser dans l'ordonnance que tout ou partie de cet état peut être communiqué, aux conditions qu'il estime indiquées, à la personne qu'il nomme.

L.R. (1985), ch. C-36, art. 10; 2005, ch. 47, art. 127.

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.

L.R. (1985), ch. C-36, art. 11; 1992, ch. 27, art. 90; 1996, ch. 6, art. 167; 1997, ch. 12, art. 124; 2005, ch. 47, art. 128.

Relief reasonably necessary

11.001 An order made under section 11 at the same time as an order made under subsection 11.02(1) or during the period referred to in an order made under that subsection with respect to an initial application shall be limited to relief that is reasonably necessary for the continued operations of the debtor company in the ordinary course of business during that period.

2019, c. 29, s. 136.

Rights of suppliers

11.01 No order made under section 11 or 11.02 has the effect of

(a) prohibiting a person from requiring immediate payment for goods, services, use of leased or licensed property or other valuable consideration provided after the order is made; or

(b) requiring the further advance of money or credit.

2005, c. 47, s. 128.

Stays, etc. — initial application

11.02 (1) A court may, on an initial application in respect of a debtor company, make an order on any terms that it may impose, effective for the period that the court considers necessary, which period may not be more than 10 days,

(a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*;

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

Stays, etc. — other than initial application

(2) A court may, on an application in respect of a debtor company other than an initial application, make an order, on any terms that it may impose,

(a) staying, until otherwise ordered by the court, for any period that the court considers necessary, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in paragraph (1)(a);

Redressements normalement nécessaires

11.001 L'ordonnance rendue au titre de l'article 11 en même temps que l'ordonnance rendue au titre du paragraphe 11.02(1) ou pendant la période visée dans l'ordonnance rendue au titre de ce paragraphe relativement à la demande initiale n'est limitée qu'aux redressements normalement nécessaires à la continuation de l'exploitation de la compagnie débitrice dans le cours ordinaire de ses affaires durant cette période.

2019, ch. 29, art. 136.

Droits des fournisseurs

11.01 L'ordonnance prévue aux articles 11 ou 11.02 ne peut avoir pour effet :

a) d'empêcher une personne d'exiger que soient effectués sans délai les paiements relatifs à la fourniture de marchandises ou de services, à l'utilisation de biens loués ou faisant l'objet d'une licence ou à la fourniture de toute autre contrepartie de valeur qui ont lieu après l'ordonnance;

b) d'exiger le versement de nouvelles avances de fonds ou de nouveaux crédits.

2005, ch. 47, art. 128.

Suspension : demande initiale

11.02 (1) Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période maximale de dix jours qu'il estime nécessaire :

a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*;

b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

Suspension : demandes autres qu'initiales

(2) Dans le cas d'une demande, autre qu'une demande initiale, visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période qu'il estime nécessaire :

a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime des lois mentionnées à l'alinéa (1)a);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

Burden of proof on application

(3) The court shall not make the order unless

(a) the applicant satisfies the court that circumstances exist that make the order appropriate; and

(b) in the case of an order under subsection (2), the applicant also satisfies the court that the applicant has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

Restriction

(4) Orders doing anything referred to in subsection (1) or (2) may only be made under this section.

2005, c. 47, s. 128, 2007, c. 36, s. 62(F); 2019, c. 29, s. 137.

Stays — directors

11.03 (1) An order made under section 11.02 may provide that no person may commence or continue any action against a director of the company on any claim against directors that arose before the commencement of proceedings under this Act and that relates to obligations of the company if directors are under any law liable in their capacity as directors for the payment of those obligations, until a compromise or an arrangement in respect of the company, if one is filed, is sanctioned by the court or is refused by the creditors or the court.

Exception

(2) Subsection (1) does not apply in respect of an action against a director on a guarantee given by the director relating to the company's obligations or an action seeking injunctive relief against a director in relation to the company.

Persons deemed to be directors

(3) If all of the directors have resigned or have been removed by the shareholders without replacement, any person who manages or supervises the management of the business and affairs of the company is deemed to be a director for the purposes of this section.

2005, c. 47, s. 128.

b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

Preuve

(3) Le tribunal ne rend l'ordonnance que si :

a) le demandeur le convainc que la mesure est opportune;

b) dans le cas de l'ordonnance visée au paragraphe (2), le demandeur le convainc en outre qu'il a agi et continue d'agir de bonne foi et avec la diligence voulue.

Restriction

(4) L'ordonnance qui prévoit l'une des mesures visées aux paragraphes (1) ou (2) ne peut être rendue qu'en vertu du présent article.

2005, ch. 47, art. 128, 2007, ch. 36, art. 62(F); 2019, ch. 29, art. 137.

Suspension — administrateurs

11.03 (1) L'ordonnance prévue à l'article 11.02 peut interdire l'introduction ou la continuation de toute action contre les administrateurs de la compagnie relativement aux réclamations qui sont antérieures aux procédures intentées sous le régime de la présente loi et visent des obligations de la compagnie dont ils peuvent être, es qualités, responsables en droit, tant que la transaction ou l'arrangement, le cas échéant, n'a pas été homologué par le tribunal ou rejeté par celui-ci ou les créanciers.

Exclusion

(2) La suspension ne s'applique toutefois pas aux actions contre les administrateurs pour les garanties qu'ils ont données relativement aux obligations de la compagnie ni aux mesures de la nature d'une injonction les visant au sujet de celle-ci.

Présomption : administrateurs

(3) Si tous les administrateurs démissionnent ou sont destitués par les actionnaires sans être remplacés, quiconque dirige ou supervise les activités commerciales et les affaires internes de la compagnie est réputé un administrateur pour l'application du présent article.

2005, ch. 47, art. 128.

is satisfied that the director is unreasonably impairing or is likely to unreasonably impair the possibility of a viable compromise or arrangement being made in respect of the company or is acting or is likely to act inappropriately as a director in the circumstances.

Filling vacancy

(2) The court may, by order, fill any vacancy created under subsection (1).

1997, c. 12, s. 124; 2005, c. 47, s. 128.

Security or charge relating to director's indemnification

11.51 (1) On application by a debtor company and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, the court may make an order declaring that all or part of the property of the company is subject to a security or charge — in an amount that the court considers appropriate — in favour of any director or officer of the company to indemnify the director or officer against obligations and liabilities that they may incur as a director or officer of the company after the commencement of proceedings under this Act.

Priority

(2) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

Restriction — indemnification insurance

(3) The court may not make the order if in its opinion the company could obtain adequate indemnification insurance for the director or officer at a reasonable cost.

Negligence, misconduct or fault

(4) The court shall make an order declaring that the security or charge does not apply in respect of a specific obligation or liability incurred by a director or officer if in its opinion the obligation or liability was incurred as a result of the director's or officer's gross negligence or wilful misconduct or, in Quebec, the director's or officer's gross or intentional fault.

2005, c. 47, s. 128; 2007, c. 36, s. 66.

Court may order security or charge to cover certain costs

11.52 (1) On notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, the court may make an order declaring that all or part of the property of a debtor company is subject to a security or charge — in an amount that the court considers appropriate — in respect of the fees and expenses of

convaincu que ce dernier, sans raisons valables, compromet ou compromettra vraisemblablement la possibilité de conclure une transaction ou un arrangement viable ou agit ou agira vraisemblablement de façon inacceptable dans les circonstances.

Vacance

(2) Le tribunal peut, par ordonnance, combler toute vacance découlant de la révocation.

1997, ch. 12, art. 124; 2005, ch. 47, art. 128.

Biens grevés d'une charge ou sûreté en faveur d'administrateurs ou de dirigeants

11.51 (1) Sur demande de la compagnie débitrice, le tribunal peut par ordonnance, sur préavis de la demande aux créanciers garantis qui seront vraisemblablement touchés par la charge ou sûreté, déclarer que tout ou partie des biens de celle-ci sont grevés d'une charge ou sûreté, d'un montant qu'il estime indiqué, en faveur d'un ou de plusieurs administrateurs ou dirigeants pour l'exécution des obligations qu'ils peuvent contracter en cette qualité après l'introduction d'une procédure sous le régime de la présente loi.

Priorité

(2) Il peut préciser, dans l'ordonnance, que la charge ou sûreté a priorité sur toute réclamation des créanciers garantis de la compagnie.

Restriction — assurance

(3) Il ne peut toutefois rendre une telle ordonnance s'il estime que la compagnie peut souscrire, à un coût qu'il estime juste, une assurance permettant d'indemniser adéquatement les administrateurs ou dirigeants.

Négligence, inconduite ou faute

(4) Il déclare, dans l'ordonnance, que la charge ou sûreté ne vise pas les obligations que l'administrateur ou le dirigeant assume, selon lui, par suite de sa négligence grave ou de son inconduite délibérée ou, au Québec, par sa faute lourde ou intentionnelle.

2005, ch. 47, art. 128; 2007, ch. 36, art. 66.

Biens grevés d'une charge ou sûreté pour couvrir certains frais

11.52 (1) Le tribunal peut par ordonnance, sur préavis aux créanciers garantis qui seront vraisemblablement touchés par la charge ou sûreté, déclarer que tout ou partie des biens de la compagnie débitrice sont grevés d'une charge ou sûreté, d'un montant qu'il estime indiqué, pour couvrir :

(a) the monitor, including the fees and expenses of any financial, legal or other experts engaged by the monitor in the performance of the monitor's duties;

(b) any financial, legal or other experts engaged by the company for the purpose of proceedings under this Act; and

(c) any financial, legal or other experts engaged by any other interested person if the court is satisfied that the security or charge is necessary for their effective participation in proceedings under this Act.

Priority

(2) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

2005, c. 47, s. 128; 2007, c. 36, s. 66.

Bankruptcy and Insolvency Act matters

11.6 Notwithstanding the *Bankruptcy and Insolvency Act*,

(a) proceedings commenced under Part III of the *Bankruptcy and Insolvency Act* may be taken up and continued under this Act only if a proposal within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act* has not been filed under that Part; and

(b) an application under this Act by a bankrupt may only be made with the consent of inspectors referred to in section 116 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* but no application may be made under this Act by a bankrupt whose bankruptcy has resulted from

(i) the operation of subsection 50.4(8) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, or

(ii) the refusal or deemed refusal by the creditors or the court, or the annulment, of a proposal under the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

1997, c. 12, s. 124.

Court to appoint monitor

11.7 (1) When an order is made on the initial application in respect of a debtor company, the court shall at the same time appoint a person to monitor the business and financial affairs of the company. The person so appointed must be a trustee, within the meaning of subsection 2(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

a) les débours et honoraires du contrôleur, ainsi que ceux des experts — notamment en finance et en droit — dont il retient les services dans le cadre de ses fonctions;

b) ceux des experts dont la compagnie retient les services dans le cadre de procédures intentées sous le régime de la présente loi;

c) ceux des experts dont tout autre intéressé retient les services, si, à son avis, la charge ou sûreté était nécessaire pour assurer sa participation efficace aux procédures intentées sous le régime de la présente loi.

Priorité

(2) Il peut préciser, dans l'ordonnance, que la charge ou sûreté a priorité sur toute réclamation des créanciers garantis de la compagnie.

2005, ch. 47, art. 128; 2007, ch. 36, art. 66.

Lien avec la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*

11.6 Par dérogation à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* :

a) les procédures intentées sous le régime de la partie III de cette loi ne peuvent être traitées et continuées sous le régime de la présente loi que si une proposition au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* n'a pas été déposée au titre de cette même partie;

b) le failli ne peut faire une demande au titre de la présente loi qu'avec l'aval des inspecteurs visés à l'article 116 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, aucune demande ne pouvant toutefois être faite si la faillite découle, selon le cas :

(i) de l'application du paragraphe 50.4(8) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*,

(ii) du rejet — effectif ou présumé — de sa proposition par les créanciers ou le tribunal ou de l'annulation de celle-ci au titre de cette loi.

1997, ch. 12, art. 124.

Nomination du contrôleur

11.7 (1) Le tribunal qui rend une ordonnance sur la demande initiale nomme une personne pour agir à titre de contrôleur des affaires financières ou autres de la compagnie débitrice visée par la demande. Seul un syndic au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* peut être nommé pour agir à titre de contrôleur.

TAB 2

Century Services Inc. Appellant

v.

**Attorney General of Canada on behalf
of Her Majesty The Queen in Right of
Canada Respondent**

**INDEXED AS: CENTURY SERVICES INC. v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL)**

2010 SCC 60

File No.: 33239.

2010: May 11; 2010: December 16.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Bankruptcy and Insolvency — Priorities — Crown applying on eve of bankruptcy of debtor company to have GST monies held in trust paid to Receiver General of Canada — Whether deemed trust in favour of Crown under Excise Tax Act prevails over provisions of Companies' Creditors Arrangement Act purporting to nullify deemed trusts in favour of Crown — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 18.3(1) — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222(3).

Bankruptcy and insolvency — Procedure — Whether chambers judge had authority to make order partially lifting stay of proceedings to allow debtor company to make assignment in bankruptcy and to stay Crown's right to enforce GST deemed trust — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 11.

Trusts — Express trusts — GST collected but unremitted to Crown — Judge ordering that GST be held by Monitor in trust account — Whether segregation of Crown's GST claim in Monitor's account created an express trust in favour of Crown.

Century Services Inc. Appelante

c.

**Procureur général du Canada au
nom de Sa Majesté la Reine du chef du
Canada Intimé**

**RÉPERTORIÉ : CENTURY SERVICES INC. c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

2010 CSC 60

N° du greffe : 33239.

2010 : 11 mai; 2010 : 16 décembre.

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

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

Faillite et insolvabilité — Priorités — Demande de la Couronne à la société débitrice, la veille de la faillite, sollicitant le paiement au receveur général du Canada de la somme détenue en fiducie au titre de la TPS — La fiducie réputée établie par la Loi sur la taxe d'accise en faveur de la Couronne l'emporte-t-elle sur les dispositions de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies censées neutraliser ces fiducies? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 18.3(1) — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222(3).

Faillite et insolvabilité — Procédure — Le juge en cabinet avait-il le pouvoir, d'une part, de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre à la compagnie débitrice de faire cession de ses biens en faillite et, d'autre part, de suspendre les mesures prises par la Couronne pour bénéficier de la fiducie réputée se rapportant à la TPS? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11.

Fiducies — Fiducies expresses — Somme perçue au titre de la TPS mais non versée à la Couronne — Ordonnance du juge exigeant que la TPS soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie — Le fait que le montant de TPS réclamé par la Couronne soit détenu séparément dans le compte du contrôleur a-t-il créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne?

The debtor company commenced proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA"), obtaining a stay of proceedings to allow it time to reorganize its financial affairs. One of the debtor company's outstanding debts at the commencement of the reorganization was an amount of unremitted Goods and Services Tax ("GST") payable to the Crown. Section 222(3) of the *Excise Tax Act* ("ETA") created a deemed trust over unremitted GST, which operated despite any other enactment of Canada except the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA"). However, s. 18.3(1) of the CCAA provided that any statutory deemed trusts in favour of the Crown did not operate under the CCAA, subject to certain exceptions, none of which mentioned GST.

Pursuant to an order of the CCAA chambers judge, a payment not exceeding \$5 million was approved to the debtor company's major secured creditor, Century Services. However, the chambers judge also ordered the debtor company to hold back and segregate in the Monitor's trust account an amount equal to the unremitted GST pending the outcome of the reorganization. On concluding that reorganization was not possible, the debtor company sought leave of the court to partially lift the stay of proceedings so it could make an assignment in bankruptcy under the BIA. The Crown moved for immediate payment of unremitted GST to the Receiver General. The chambers judge denied the Crown's motion, and allowed the assignment in bankruptcy. The Court of Appeal allowed the appeal on two grounds. First, it reasoned that once reorganization efforts had failed, the chambers judge was bound under the priority scheme provided by the ETA to allow payment of unremitted GST to the Crown and had no discretion under s. 11 of the CCAA to continue the stay against the Crown's claim. Second, the Court of Appeal concluded that by ordering the GST funds segregated in the Monitor's trust account, the chambers judge had created an express trust in favour of the Crown.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The apparent conflict between s. 222(3) of the ETA and s. 18.3(1) of the CCAA can be resolved through an interpretation that properly recognizes the history of the CCAA, its function amidst the body of insolvency legislation enacted by

La compagnie débitrice a déposé une requête sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC ») et obtenu la suspension des procédures dans le but de réorganiser ses finances. Parmi les dettes de la compagnie débitrice au début de la réorganisation figurait une somme due à la Couronne, mais non versée encore, au titre de la taxe sur les produits et services (« TPS »). Le paragraphe 222(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* (« LTA ») crée une fiducie réputée visant les sommes de TPS non versées. Cette fiducie s'applique malgré tout autre texte législatif du Canada sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI »). Toutefois, le par. 18.3(1) de la LACC prévoyait que, sous réserve de certaines exceptions, dont aucune ne concerne la TPS, les fiducies réputées établies par la loi en faveur de la Couronne ne s'appliquaient pas sous son régime.

Le juge siégeant en son cabinet chargé d'appliquer la LACC a approuvé par ordonnance le paiement à Century Services, le principal créancier garanti du débiteur, d'une somme d'au plus cinq millions de dollars. Toutefois, il a également ordonné à la compagnie débitrice de retenir un montant égal aux sommes de TPS non versées et de le déposer séparément dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à l'issue de la réorganisation. Ayant conclu que la réorganisation n'était pas possible, la compagnie débitrice a demandé au tribunal de lever partiellement la suspension des procédures pour lui permettre de faire cession de ses biens en vertu de la LFI. La Couronne a demandé par requête le paiement immédiat au receveur général des sommes de TPS non versées. Le juge siégeant en son cabinet a rejeté la requête de la Couronne et autorisé la cession des biens. La Cour d'appel a accueilli l'appel pour deux raisons. Premièrement, elle a conclu que, après que la tentative de réorganisation eut échoué, le juge siégeant en son cabinet était tenu, en raison de la priorité établie par la LTA, d'autoriser le paiement à la Couronne des sommes qui lui étaient dues au titre de la TPS, et que l'art. 11 de la LACC ne lui conférait pas le pouvoir discrétionnaire de maintenir la suspension de la demande de la Couronne. Deuxièmement, la Cour d'appel a conclu que, en ordonnant la ségrégation des sommes de TPS dans le compte en fiducie du contrôleur, le juge siégeant en son cabinet avait créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell : Il est possible de résoudre le conflit apparent entre le par. 222(3) de la LTA et le par. 18.3(1) de la LACC en les interprétant d'une manière qui tienne compte adéquatement de l'historique de la LACC, de la fonction de cette loi parmi

Parliament and the principles for interpreting the *CCAA* that have been recognized in the jurisprudence. The history of the *CCAA* distinguishes it from the *BIA* because although these statutes share the same remedial purpose of avoiding the social and economic costs of liquidating a debtor's assets, the *CCAA* offers more flexibility and greater judicial discretion than the rules-based mechanism under the *BIA*, making the former more responsive to complex reorganizations. Because the *CCAA* is silent on what happens if reorganization fails, the *BIA* scheme of liquidation and distribution necessarily provides the backdrop against which creditors assess their priority in the event of bankruptcy. The contemporary thrust of legislative reform has been towards harmonizing aspects of insolvency law common to the *CCAA* and the *BIA*, and one of its important features has been a cutback in Crown priorities. Accordingly, the *CCAA* and the *BIA* both contain provisions nullifying statutory deemed trusts in favour of the Crown, and both contain explicit exceptions exempting source deductions deemed trusts from this general rule. Meanwhile, both Acts are harmonious in treating other Crown claims as unsecured. No such clear and express language exists in those Acts carving out an exception for GST claims.

When faced with the apparent conflict between s. 222(3) of the *ETA* and s. 18.3(1) of the *CCAA*, courts have been inclined to follow *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* and resolve the conflict in favour of the *ETA*. *Ottawa Senators* should not be followed. Rather, the *CCAA* provides the rule. Section 222(3) of the *ETA* evinces no explicit intention of Parliament to repeal *CCAA* s. 18.3. Where Parliament has sought to protect certain Crown claims through statutory deemed trusts and intended that these deemed trusts continue in insolvency, it has legislated so expressly and elaborately. Meanwhile, there is no express statutory basis for concluding that GST claims enjoy a preferred treatment under the *CCAA* or the *BIA*. The internal logic of the *CCAA* appears to subject a GST deemed trust to the waiver by Parliament of its priority. A strange asymmetry would result if differing treatments of GST deemed trusts under the *CCAA* and the *BIA* were found to exist, as this would encourage statute shopping, undermine the *CCAA*'s remedial purpose and invite the very social ills that the statute was enacted to avert. The later in time enactment of the more general s. 222(3) of the *ETA* does not require application of the doctrine of implied repeal to the earlier and more specific s. 18.3(1) of the *CCAA* in the circumstances of this case. In any event,

l'ensemble des textes adoptés par le législateur fédéral en matière d'insolvabilité et des principes d'interprétation de la *LACC* reconnus dans la jurisprudence. L'historique de la *LACC* permet de distinguer celle-ci de la *LFI* en ce sens que, bien que ces lois aient pour objet d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de l'actif d'un débiteur, la *LACC* offre plus de souplesse et accorde aux tribunaux un plus grand pouvoir discrétionnaire que le mécanisme fondé sur des règles de la *LFI*, ce qui rend la première mieux adaptée aux réorganisations complexes. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence permettant aux créanciers de savoir s'ils ont la priorité dans l'éventualité d'une faillite. Le travail de réforme législative contemporain a principalement visé à harmoniser les aspects communs à la *LACC* et à la *LFI*, et l'une des caractéristiques importantes de cette réforme est la réduction des priorités dont jouit la Couronne. Par conséquent, la *LACC* et la *LFI* contiennent toutes deux des dispositions neutralisant les fiducies réputées établies en vertu d'un texte législatif en faveur de la Couronne, et toutes deux comportent des exceptions expresses à la règle générale qui concernent les fiducies réputées établies à l'égard des retenues à la source. Par ailleurs, ces deux lois considèrent les autres créances de la Couronne comme des créances non garanties. Ces lois ne comportent pas de dispositions claires et expresses établissant une exception pour les créances relatives à la TPS.

Les tribunaux appelés à résoudre le conflit apparent entre le par. 222(3) de la *LTA* et le par. 18.3(1) de la *LACC* ont été enclins à appliquer l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* et à trancher en faveur de la *LTA*. Il ne convient pas de suivre cet arrêt. C'est plutôt la *LACC* qui énonce la règle applicable. Le paragraphe 222(3) de la *LTA* ne révèle aucune intention explicite du législateur d'abroger l'art. 18.3 de la *LACC*. Quand le législateur a voulu protéger certaines créances de la Couronne au moyen de fiducies réputées et voulu que celles-ci continuent de s'appliquer en situation d'insolvabilité, il l'a indiqué de manière explicite et minutieuse. En revanche, il n'existe aucune disposition législative expresse permettant de conclure que les créances relatives à la TPS bénéficient d'un traitement préférentiel sous le régime de la *LACC* ou de la *LFI*. Il semble découler de la logique interne de la *LACC* que la fiducie réputée établie à l'égard de la TPS est visée par la renonciation du législateur à sa priorité. Il y aurait une étrange asymétrie si l'on concluait que la *LACC* ne traite pas les fiducies réputées à l'égard de la TPS de la même manière que la *LFI*, car cela encouragerait les créanciers à recourir à la loi la plus favorable, minerait les objectifs réparateurs de la *LACC* et risquerait de favoriser les maux sociaux que l'édiction de ce texte législatif visait justement à

recent amendments to the *CCAA* in 2005 resulted in s. 18.3 of the Act being renumbered and reformulated, making it the later in time provision. This confirms that Parliament's intent with respect to GST deemed trusts is to be found in the *CCAA*. The conflict between the *ETA* and the *CCAA* is more apparent than real.

The exercise of judicial discretion has allowed the *CCAA* to adapt and evolve to meet contemporary business and social needs. As reorganizations become increasingly complex, *CCAA* courts have been called upon to innovate. In determining their jurisdiction to sanction measures in a *CCAA* proceeding, courts should first interpret the provisions of the *CCAA* before turning to their inherent or equitable jurisdiction. Noteworthy in this regard is the expansive interpretation the language of the *CCAA* is capable of supporting. The general language of the *CCAA* should not be read as being restricted by the availability of more specific orders. The requirements of appropriateness, good faith and due diligence are baseline considerations that a court should always bear in mind when exercising *CCAA* authority. The question is whether the order will usefully further efforts to avoid the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company, which extends to both the purpose of the order and the means it employs. Here, the chambers judge's order staying the Crown's GST claim was in furtherance of the *CCAA*'s objectives because it blunted the impulse of creditors to interfere in an orderly liquidation and fostered a harmonious transition from the *CCAA* to the *BIA*, meeting the objective of a single proceeding that is common to both statutes. The transition from the *CCAA* to the *BIA* may require the partial lifting of a stay of proceedings under the *CCAA* to allow commencement of *BIA* proceedings, but no gap exists between the two statutes because they operate in tandem and creditors in both cases look to the *BIA* scheme of distribution to foreshadow how they will fare if the reorganization is unsuccessful. The breadth of the court's discretion under the *CCAA* is sufficient to construct a bridge to liquidation under the *BIA*. Hence, the chambers judge's order was authorized.

prévenir. Le paragraphe 222(3) de la *LTA*, une disposition plus récente et générale que le par. 18.3(1) de la *LACC*, n'exige pas l'application de la doctrine de l'abrogation implicite dans les circonstances de la présente affaire. En tout état de cause, par suite des modifications apportées récemment à la *LACC* en 2005, l'art. 18.3 a été reformulé et renuméroté, ce qui en fait la disposition postérieure. Cette constatation confirme que c'est dans la *LACC* qu'est exprimée l'intention du législateur en ce qui a trait aux fiducies réputées visant la TPS. Le conflit entre la *LTA* et la *LACC* est plus apparent que réel.

L'exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs discrétionnaires a fait en sorte que la *LACC* a évolué et s'est adaptée aux besoins commerciaux et sociaux contemporains. Comme les réorganisations deviennent très complexes, les tribunaux chargés d'appliquer la *LACC* ont été appelés à innover. Les tribunaux doivent d'abord interpréter les dispositions de la *LACC* avant d'invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour établir leur pouvoir de prendre des mesures dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. À cet égard, il faut souligner que le texte de la *LACC* peut être interprété très largement. La possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n'a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux utilisés dans la *LACC*. L'opportunité, la bonne foi et la diligence sont des considérations de base que le tribunal devrait toujours garder à l'esprit lorsqu'il exerce les pouvoirs conférés par la *LACC*. Il s'agit de savoir si l'ordonnance contribuera utilement à la réalisation de l'objectif d'éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d'une compagnie insolvable. Ce critère s'applique non seulement à l'objectif de l'ordonnance, mais aussi aux moyens utilisés. En l'espèce, l'ordonnance du juge siégeant en son cabinet qui a suspendu l'exécution des mesures de recouvrement de la Couronne à l'égard de la TPS contribuait à la réalisation des objectifs de la *LACC*, parce qu'elle avait pour effet de dissuader les créanciers d'entraver une liquidation ordonnée et favorisait une transition harmonieuse entre la *LACC* et la *LFI*, répondant ainsi à l'objectif — commun aux deux lois — qui consiste à avoir une seule procédure. Le passage de la *LACC* à la *LFI* peut exiger la levée partielle d'une suspension de procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, de façon à permettre l'engagement des procédures fondées sur la *LFI*, mais il n'existe aucun hiatus entre ces lois étant donné qu'elles s'appliquent de concert et que, dans les deux cas, les créanciers examinent le régime de distribution prévu par la *LFI* pour connaître la situation qui serait la leur en cas d'échec de la réorganisation. L'ampleur du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par la *LACC* suffit pour établir une passerelle vers une liquidation opérée sous le régime de la *LFI*. Le juge siégeant en son cabinet pouvait donc rendre l'ordonnance qu'il a prononcée.

No express trust was created by the chambers judge's order in this case because there is no certainty of object inferable from his order. Creation of an express trust requires certainty of intention, subject matter and object. At the time the chambers judge accepted the proposal to segregate the monies in the Monitor's trust account there was no certainty that the Crown would be the beneficiary, or object, of the trust because exactly who might take the money in the final result was in doubt. In any event, no dispute over the money would even arise under the interpretation of s. 18.3(1) of the CCAA established above, because the Crown's deemed trust priority over GST claims would be lost under the CCAA and the Crown would rank as an unsecured creditor for this amount.

Per Fish J.: The GST monies collected by the debtor are not subject to a deemed trust or priority in favour of the Crown. In recent years, Parliament has given detailed consideration to the Canadian insolvency scheme but has declined to amend the provisions at issue in this case, a deliberate exercise of legislative discretion. On the other hand, in upholding deemed trusts created by the *ETA* notwithstanding insolvency proceedings, courts have been unduly protective of Crown interests which Parliament itself has chosen to subordinate to competing prioritized claims. In the context of the Canadian insolvency regime, deemed trusts exist only where there is a statutory provision creating the trust and a CCAA or BIA provision explicitly confirming its effective operation. The *Income Tax Act*, the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act* all contain deemed trust provisions that are strikingly similar to that in s. 222 of the *ETA* but they are all also confirmed in s. 37 of the CCAA and in s. 67(3) of the BIA in clear and unmistakable terms. The same is not true of the deemed trust created under the *ETA*. Although Parliament created a deemed trust in favour of the Crown to hold unremitted GST monies, and although it purports to maintain this trust notwithstanding any contrary federal or provincial legislation, it did not confirm the continued operation of the trust in either the BIA or the CCAA, reflecting Parliament's intention to allow the deemed trust to lapse with the commencement of insolvency proceedings.

L'ordonnance du juge siégeant en son cabinet n'a pas créé de fiducie expresse en l'espèce, car aucune certitude d'objet ne peut être inférée de cette ordonnance. La création d'une fiducie expresse exige la présence de certitudes quant à l'intention, à la matière et à l'objet. Lorsque le juge siégeant en son cabinet a accepté la proposition que les sommes soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur, il n'existait aucune certitude que la Couronne serait le bénéficiaire ou l'objet de la fiducie, car il y avait un doute quant à la question de savoir qui au juste pourrait toucher l'argent en fin de compte. De toute façon, suivant l'interprétation du par. 18.3(1) de la LACC dégagee précédemment, aucun différend ne saurait même exister quant à l'argent, étant donné que la priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur la fiducie réputée visant la TPS ne s'applique pas sous le régime de la LACC et que la Couronne est reléguée au rang de créancier non garanti à l'égard des sommes en question.

Le juge Fish : Les sommes perçues par la débitrice au titre de la TPS ne font l'objet d'aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne. Au cours des dernières années, le législateur fédéral a procédé à un examen approfondi du régime canadien d'insolvabilité, mais il a refusé de modifier les dispositions qui sont en cause dans la présente affaire. Il s'agit d'un exercice délibéré du pouvoir discrétionnaire de légiférer. Par contre, en maintenant, malgré l'existence des procédures d'insolvabilité, la validité de fiducies réputées créées en vertu de la LTA, les tribunaux ont protégé indûment des droits de la Couronne que le Parlement avait lui-même choisi de subordonner à d'autres créances prioritaires. Dans le contexte du régime canadien d'insolvabilité, il existe une fiducie réputée uniquement lorsqu'une disposition législative crée la fiducie et qu'une disposition de la LACC ou de la LFI confirme explicitement l'existence de la fiducie. La *Loi de l'impôt sur le revenu*, le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-emploi* renferment toutes des dispositions relatives aux fiducies réputées dont le libellé offre une ressemblance frappante avec celui de l'art. 222 de la LTA, mais le maintien en vigueur des fiducies réputées créées en vertu de ces dispositions est confirmé à l'art. 37 de la LACC et au par. 67(3) de la LFI en termes clairs et explicites. La situation est différente dans le cas de la fiducie réputée créée par la LTA. Bien que le législateur crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée dans laquelle seront conservées les sommes recueillies au titre de la TPS mais non encore versées, et bien qu'il prétende maintenir cette fiducie en vigueur malgré les dispositions à l'effet contraire de toute loi fédérale ou provinciale, il ne confirme pas l'existence de la fiducie dans la LFI ou la LACC, ce qui témoigne de son intention de laisser la fiducie réputée devenir caduque au moment de l'introduction de la procédure d'insolvabilité.

Per Abella J. (dissenting): Section 222(3) of the *ETA* gives priority during *CCAA* proceedings to the Crown's deemed trust in unremitted GST. This provision unequivocally defines its boundaries in the clearest possible terms and excludes only the *BIA* from its legislative grasp. The language used reflects a clear legislative intention that s. 222(3) would prevail if in conflict with any other law except the *BIA*. This is borne out by the fact that following the enactment of s. 222(3), amendments to the *CCAA* were introduced, and despite requests from various constituencies, s. 18.3(1) was not amended to make the priorities in the *CCAA* consistent with those in the *BIA*. This indicates a deliberate legislative choice to protect the deemed trust in s. 222(3) from the reach of s. 18.3(1) of the *CCAA*.

The application of other principles of interpretation reinforces this conclusion. An earlier, specific provision may be overruled by a subsequent general statute if the legislature indicates, through its language, an intention that the general provision prevails. Section 222(3) achieves this through the use of language stating that it prevails despite any law of Canada, of a province, or "any other law" other than the *BIA*. Section 18.3(1) of the *CCAA* is thereby rendered inoperative for purposes of s. 222(3). By operation of s. 44(f) of the *Interpretation Act*, the transformation of s. 18.3(1) into s. 37(1) after the enactment of s. 222(3) of the *ETA* has no effect on the interpretive queue, and s. 222(3) of the *ETA* remains the "later in time" provision. This means that the deemed trust provision in s. 222(3) of the *ETA* takes precedence over s. 18.3(1) during *CCAA* proceedings. While s. 11 gives a court discretion to make orders notwithstanding the *BIA* and the *Winding-up Act*, that discretion is not liberated from the operation of any other federal statute. Any exercise of discretion is therefore circumscribed by whatever limits are imposed by statutes other than the *BIA* and the *Winding-up Act*. That includes the *ETA*. The chambers judge in this case was, therefore, required to respect the priority regime set out in s. 222(3) of the *ETA*. Neither s. 18.3(1) nor s. 11 of the *CCAA* gave him the authority to ignore it. He could not, as a result, deny the Crown's request for payment of the GST funds during the *CCAA* proceedings.

La juge Abella (dissidente) : Le paragraphe 222(3) de la *LTA* donne préséance, dans le cadre d'une procédure relevant de la *LACC*, à la fiducie réputée qui est établie en faveur de la Couronne à l'égard de la TPS non versée. Cette disposition définit sans équivoque sa portée dans des termes on ne peut plus clairs et n'exclut que la *LFI* de son champ d'application. Les termes employés révèlent l'intention claire du législateur que le par. 222(3) l'emporte en cas de conflit avec toute autre loi sauf la *LFI*. Cette opinion est confortée par le fait que des modifications ont été apportées à la *LACC* après l'édiction du par. 222(3) et que, malgré les demandes répétées de divers groupes, le par. 18.3(1) n'a pas été modifié pour aligner l'ordre de priorité établi par la *LACC* sur celui de la *LFI*. Cela indique que le législateur a délibérément choisi de soustraire la fiducie réputée établie au par. 222(3) à l'application du par. 18.3(1) de la *LACC*.

Cette conclusion est renforcée par l'application d'autres principes d'interprétation. Une disposition spécifique antérieure peut être supplantée par une loi ultérieure de portée générale si le législateur, par les mots qu'il a employés, a exprimé l'intention de faire prévaloir la loi générale. Le paragraphe 222(3) accomplit cela de par son libellé, lequel précise que la disposition l'emporte sur tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial ou « toute autre règle de droit » sauf la *LFI*. Le paragraphe 18.3(1) de la *LACC* est par conséquent rendu inopérant aux fins d'application du par. 222(3). Selon l'alinéa 44f) de la *Loi d'interprétation*, le fait que le par. 18.3(1) soit devenu le par. 37(1) à la suite de l'édiction du par. 222(3) de la *LTA* n'a aucune incidence sur l'ordre chronologique du point de vue de l'interprétation, et le par. 222(3) de la *LTA* demeure la disposition « postérieure ». Il s'ensuit que la disposition créant une fiducie réputée que l'on trouve au par. 222(3) de la *LTA* l'emporte sur le par. 18.3(1) dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. Bien que l'art. 11 accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances malgré les dispositions de la *LFI* et de la *Loi sur les liquidations*, ce pouvoir discrétionnaire demeure assujéti à l'application de toute autre loi fédérale. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est donc circonscrit par les limites imposées par toute loi autre que la *LFI* et la *Loi sur les liquidations*, et donc par la *LTA*. En l'espèce, le juge siégeant en son cabinet était donc tenu de respecter le régime de priorités établi au par. 222(3) de la *LTA*. Ni le par. 18.3(1), ni l'art. 11 de la *LACC* ne l'autorisaient à en faire abstraction. Par conséquent, il ne pouvait pas refuser la demande présentée par la Couronne en vue de se faire payer la TPS dans le cadre de la procédure introduite en vertu de la *LACC*.

Cases Cited

By Deschamps J.

Overruled: *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737; **distinguished:** *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; **referred to:** *Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] S.C.R. 659; *Quebec (Revenu) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192; *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), leave to appeal granted, 2010 QCCA 183 (CanLII); *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106; *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134; *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9; *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366; *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158; *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, aff'g (1999), 12 C.B.R. (4th) 144; *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Philip's Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25; *Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108.

By Fish J.

Referred to: *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737.

By Abella J. (dissenting)

Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re) (2005), 73 O.R. (3d) 737; *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board*, [1977] 2 F.C. 663.

Statutes and Regulations Cited

An Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêt renversé : *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737; **distinction d'avec l'arrêt :** *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; **arrêts mentionnés :** *Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] R.C.S. 659; *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192; *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), autorisation d'appel accordée, 2010 QCCA 183 (CanLII); *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134; *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9; *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366; *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158; *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, conf. (1999), 12 C.B.R. (4th) 144; *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Philip's Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25; *Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108.

Citée par le juge Fish

Arrêt mentionné : *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re) (2005), 73 O.R. (3d) 737; *Société Télé-Mobile Co. c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1977] 2 C.F. 663.

Lois et règlements cités

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 2 « texte », 44f).

- the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47, ss. 69, 128, 131.
- Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 67, 81.1, 81.2, 86 [am. 1992, c. 27, s. 39; 1997, c. 12, s. 73; 2000, c. 30, s. 148; 2005, c. 47, s. 69; 2009, c. 33, s. 25].
- Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 23.
- Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11 [am. 2005, c. 47, s. 128], 11.02 [ad. *idem*], 11.09 [ad. *idem*], 11.4 [am. *idem*], 18.3 [ad. 1997, c. 12, s. 125; rep. 2005, c. 47, s. 131], 18.4 [*idem*], 20 [am. 2005, c. 47, s. 131], 21 [ad. 1997, c. 12, s. 126; am. 2005, c. 47, s. 131], s. 37 [ad. 2005, c. 47, s. 131].
- Companies' Creditors Arrangement Act, 1933*, S.C. 1932-33, c. 36 [am. 1952-53, c. 3].
- Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 86(2), (2.1).
- Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222.
- Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 227(4), (4.1).
- Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 2 "enactment", 44(f).
- Winding-up Act*, R.S.C. 1985, c. W-11.
- Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 227(4), (4.1).
- Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47, art. 69, 128, 131.
- Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 86(2), (2.1).
- Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 67, 81.1, 81.2, 86 [mod. 1992, ch. 27, art. 39; 1997, ch. 12, art. 73; 2000, ch. 30, art. 148; 2005, ch. 47, art. 69; 2009, ch. 33, art. 25].
- Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222.
- Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11 [mod. 2005, ch. 47, art. 128], 11.02 [aj. *idem*], 11.09 [aj. *idem*], 11.4 [mod. *idem*], 18.3 [aj. 1997, ch. 12, art. 125; abr. 2005, ch. 47, art. 131], 18.4 [*idem*], 20 [mod. 2005, ch. 47, art. 131], 21 [aj. 1997, ch. 12, art. 126; mod. 2005, ch. 47, art. 131], 37 [aj. 2005, ch. 47, art. 131].
- Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, S.C. 1932-33, ch. 36 [mod. 1952-53, ch. 3].
- Loi sur les liquidations*, L.R.C. 1985, ch. W-11.
- Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 23.

Authors Cited

- Canada. Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency. *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 15, 3rd Sess., 34th Parl., October 3, 1991, 15:15.
- Canada. Industry Canada. Marketplace Framework Policy Branch. *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Corporate and Insolvency Law Policy Directorate, 2002.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 142, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, p. 2147.
- Canada. Senate. Standing Committee on Banking, Trade and Commerce. *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Senate of Canada, 2003.
- Canada. Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation. *Bankruptcy and Insolvency: Report of*

Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n^o 15, 3^e sess., 34^e lég., 3 octobre 1991, 15:15.
- Canada. Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité. *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986.
- Canada. Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité. *Faillite et Insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité*. Ottawa : Information Canada, 1970.
- Canada. Industrie Canada. Direction générale des politiques-cadres du marché. *Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : Direction des politiques du droit corporatif et de l'insolvabilité, 2002.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrange-*

- the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation*. Ottawa: Information Canada, 1970.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal: Thémis, 2009.
- Edwards, Stanley E. "Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act" (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587.
- Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals. Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. *Report* (2002) (online: <http://www.cairp.ca/publications/submissions-to-government/law-reform/index.php>).
- Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals. Legislative Review Task Force (Commercial). *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55* (2005).
- Jackson, Georgina R. and Janis Sarra. "Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto: Thomson Carswell, 2008, 41.
- Jones, Richard B. "The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005*. Toronto: Thomson Carswell, 2006, 481.
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto: Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2010, release 1).
- Morgan, Barbara K. "Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy" (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461.
- Sarra, Janis. *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations*. Toronto: University of Toronto Press, 2003.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*. Toronto: Thomson Carswell, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto: Irwin Law, 2009.
- ments avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : 2003.
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 142, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 novembre 2005, p. 2147.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
- Edwards, Stanley E. « Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587.
- Institut d'insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation. Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. *Report* (2002) (en ligne : <http://www.cairp.ca/publications/submissions-to-government/law-reform/index.php>).
- Institut d'insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation. Legislative Review Task Force (Commercial). *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55* (2005).
- Jackson, Georgina R. and Janis Sarra. « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto : Thomson Carswell, 2008, 41.
- Jones, Richard B. « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005*. Toronto : Thomson Carswell, 2006, 481.
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto : Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2010, release 1).
- Morgan, Barbara K. « Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy » (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461.
- Sarra, Janis. *Creditor Rights and the Public Interest : Restructuring Insolvent Corporations*. Toronto : University of Toronto Press, 2003.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*. Toronto : Thomson Carswell, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
- Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2005.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto : Irwin Law, 2009.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Tysoe and Smith J.J.A.), 2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, 270 B.C.A.C. 167, 454 W.A.C. 167, [2009] 12 W.W.R. 684, [2009] G.S.T.C. 79, [2009] B.C.J. No. 918 (QL), 2009 CarswellBC 1195, reversing a judgment of Brenner C.J.S.C., 2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221, [2008] B.C.J. No. 2611 (QL), 2008 CarswellBC 2895, dismissing a Crown application for payment of GST monies. Appeal allowed, Abella J. dissenting.

Mary I. A. Buttery, Owen J. James and Matthew J. G. Curtis, for the appellant.

Gordon Bourgard, David Jacyk and Michael J. Lema, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell J.J. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — For the first time this Court is called upon to directly interpret the provisions of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"). In that respect, two questions are raised. The first requires reconciliation of provisions of the CCAA and the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 ("ETA"), which lower courts have held to be in conflict with one another. The second concerns the scope of a court's discretion when supervising reorganization. The relevant statutory provisions are reproduced in the Appendix. On the first question, having considered the evolution of Crown priorities in the context of insolvency and the wording of the various statutes creating Crown priorities, I conclude that it is the CCAA and not the ETA that provides the rule. On the second question, I conclude that the broad discretionary jurisdiction conferred on the supervising judge must be interpreted having regard to the remedial nature of the CCAA and insolvency legislation generally. Consequently, the court had the discretion to partially lift a stay of proceedings to allow the debtor to make an assignment under the *Bankruptcy and Insolvency*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Tysoe et Smith), 2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, 270 B.C.A.C. 167, 454 W.A.C. 167, [2009] 12 W.W.R. 684, [2009] G.S.T.C. 79, [2009] B.C.J. No. 918 (QL), 2009 CarswellBC 1195, qui a infirmé une décision du juge en chef Brenner, 2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221, [2008] B.C.J. No. 2611 (QL), 2008 CarswellBC 2895, qui a rejeté la demande de la Couronne sollicitant le paiement de la TPS. Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

Mary I. A. Buttery, Owen J. James et Matthew J. G. Curtis, pour l'appelante.

Gordon Bourgard, David Jacyk et Michael J. Lema, pour l'intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — C'est la première fois que la Cour est appelée à interpréter directement les dispositions de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). À cet égard, deux questions sont soulevées. La première requiert la conciliation d'une disposition de la LACC et d'une disposition de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« LTA »), qui, selon des juridictions inférieures, sont en conflit l'une avec l'autre. La deuxième concerne la portée du pouvoir discrétionnaire du tribunal qui surveille une réorganisation. Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe. Pour ce qui est de la première question, après avoir examiné l'évolution des priorités de la Couronne en matière d'insolvabilité et le libellé des diverses lois qui établissent ces priorités, j'arrive à la conclusion que c'est la LACC, et non la LTA, qui énonce la règle applicable. Pour ce qui est de la seconde question, je conclus qu'il faut interpréter les larges pouvoirs discrétionnaires conférés au juge en tenant compte de la nature réparatrice de la LACC et de la législation sur l'insolvabilité en général. Par conséquent, le tribunal avait le pouvoir

Act, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”). I would allow the appeal.

1. Facts and Decisions of the Courts Below

[2] Ted LeRoy Trucking Ltd. (“LeRoy Trucking”) commenced proceedings under the *CCAA* in the Supreme Court of British Columbia on December 13, 2007, obtaining a stay of proceedings with a view to reorganizing its financial affairs. LeRoy Trucking sold certain redundant assets as authorized by the order.

[3] Amongst the debts owed by LeRoy Trucking was an amount for Goods and Services Tax (“GST”) collected but unremitted to the Crown. The *ETA* creates a deemed trust in favour of the Crown for amounts collected in respect of GST. The deemed trust extends to any property or proceeds held by the person collecting GST and any property of that person held by a secured creditor, requiring that property to be paid to the Crown in priority to all security interests. The *ETA* provides that the deemed trust operates despite any other enactment of Canada except the *BIA*. However, the *CCAA* also provides that subject to certain exceptions, none of which mentions GST, deemed trusts in favour of the Crown do not operate under the *CCAA*. Accordingly, under the *CCAA* the Crown ranks as an unsecured creditor in respect of GST. Nonetheless, at the time LeRoy Trucking commenced *CCAA* proceedings the leading line of jurisprudence held that the *ETA* took precedence over the *CCAA* such that the Crown enjoyed priority for GST claims under the *CCAA*, even though it would have lost that same priority under the *BIA*. The *CCAA* underwent substantial amendments in 2005 in which some of the provisions at issue in this appeal were renumbered and reformulated (S.C. 2005, c. 47). However, these amendments only came into force on September 18, 2009. I will refer to the amended provisions only where relevant.

discrétionnaire de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre au débiteur de faire cession de ses biens en vertu de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »). Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

1. Faits et décisions des juridictions inférieures

[2] Le 13 décembre 2007, Ted LeRoy Trucking Ltd. (« LeRoy Trucking ») a déposé une requête sous le régime de la *LACC* devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique et obtenu la suspension des procédures dans le but de réorganiser ses finances. L’entreprise a vendu certains éléments d’actif excédentaires, comme l’y autorisait l’ordonnance.

[3] Parmi les dettes de LeRoy Trucking figurait une somme perçue par celle-ci au titre de la taxe sur les produits et services (« TPS ») mais non versée à la Couronne. La *LTA* crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée visant les sommes perçues au titre de la TPS. Cette fiducie réputée s’applique à tout bien ou toute recette détenue par la personne qui perçoit la TPS et à tout bien de cette personne détenu par un créancier garanti, et le produit découlant de ces biens doit être payé à la Couronne par priorité sur tout droit en garantie. Aux termes de la *LTA*, la fiducie réputée s’applique malgré tout autre texte législatif du Canada sauf la *LFI*. Cependant, la *LACC* prévoit également que, sous réserve de certaines exceptions, dont aucune ne concerne la TPS, ne s’appliquent pas sous son régime les fiducies réputées qui existent en faveur de la Couronne. Par conséquent, pour ce qui est de la TPS, la Couronne est un créancier non garanti dans le cadre de cette loi. Néanmoins, à l’époque où LeRoy Trucking a débuté ses procédures en vertu de la *LACC*, la jurisprudence dominante indiquait que la *LTA* l’emportait sur la *LACC*, la Couronne jouissant ainsi d’un droit prioritaire à l’égard des créances relatives à la TPS dans le cadre de la *LACC*, malgré le fait qu’elle aurait perdu cette priorité en vertu de la *LFI*. La *LACC* a fait l’objet de modifications substantielles en 2005, et certaines des dispositions en cause dans le présent pourvoi ont alors été renumérotées et reformulées (L.C. 2005, ch. 47). Mais ces modifications ne sont entrées en vigueur que le 18 septembre 2009. Je ne me reporterai aux dispositions modifiées que lorsqu’il sera utile de le faire.

[4] On April 29, 2008, Brenner C.J.S.C., in the context of the CCAA proceedings, approved a payment not exceeding \$5 million, the proceeds of redundant asset sales, to Century Services, the debtor's major secured creditor. LeRoy Trucking proposed to hold back an amount equal to the GST monies collected but unremitted to the Crown and place it in the Monitor's trust account until the outcome of the reorganization was known. In order to maintain the *status quo* while the success of the reorganization was uncertain, Brenner C.J.S.C. agreed to the proposal and ordered that an amount of \$305,202.30 be held by the Monitor in its trust account.

[5] On September 3, 2008, having concluded that reorganization was not possible, LeRoy Trucking sought leave to make an assignment in bankruptcy under the BIA. The Crown sought an order that the GST monies held by the Monitor be paid to the Receiver General of Canada. Brenner C.J.S.C. dismissed the latter application. Reasoning that the purpose of segregating the funds with the Monitor was "to facilitate an ultimate payment of the GST monies which were owed pre-filing, but only if a viable plan emerged", the failure of such a reorganization, followed by an assignment in bankruptcy, meant the Crown would lose priority under the BIA (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[6] The Crown's appeal was allowed by the British Columbia Court of Appeal (2009 BCCA 205, 270 B.C.A.C. 167). Tysoe J.A. for a unanimous court found two independent bases for allowing the Crown's appeal.

[7] First, the court's authority under s. 11 of the CCAA was held not to extend to staying the Crown's application for immediate payment of the GST funds subject to the deemed trust after it was clear that reorganization efforts had failed and

[4] Le 29 avril 2008, le juge en chef Brenner de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans le contexte des procédures intentées en vertu de la LACC, a approuvé le paiement à Century Services, le principal créancier garanti du débiteur, d'une somme d'au plus cinq millions de dollars, soit le produit de la vente d'éléments d'actif excédentaires. LeRoy Trucking a proposé de retenir un montant égal aux sommes perçues au titre de la TPS mais non versées à la Couronne et de le déposer dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à ce que l'issue de la réorganisation soit connue. Afin de maintenir le statu quo, en raison du succès incertain de la réorganisation, le juge en chef Brenner a accepté la proposition et ordonné qu'une somme de 305 202,30 \$ soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie.

[5] Le 3 septembre 2008, ayant conclu que la réorganisation n'était pas possible, LeRoy Trucking a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique l'autorisation de faire cession de ses biens en vertu de la LFI. Pour sa part, la Couronne a demandé au tribunal d'ordonner le paiement au receveur général du Canada de la somme détenue par le contrôleur au titre de la TPS. Le juge en chef Brenner a rejeté cette dernière demande. Selon lui, comme la détention des fonds dans le compte en fiducie du contrôleur visait à [TRADUCTION] « faciliter le paiement final des sommes de TPS qui étaient dues avant que l'entreprise ne débute les procédures, mais seulement si un plan viable était proposé », l'impossibilité de procéder à une telle réorganisation, suivie d'une cession de biens, signifiait que la Couronne perdrait sa priorité sous le régime de la LFI (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[6] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel interjeté par la Couronne (2009 BCCA 205, 270 B.C.A.C. 167). Rédigeant l'arrêt unanime de la cour, le juge Tysoe a invoqué deux raisons distinctes pour y faire droit.

[7] Premièrement, le juge d'appel Tysoe a conclu que le pouvoir conféré au tribunal par l'art. 11 de la LACC n'autorisait pas ce dernier à rejeter la demande de la Couronne sollicitant le paiement immédiat des sommes de TPS faisant l'objet de la fiducie réputée,

that bankruptcy was inevitable. As restructuring was no longer a possibility, staying the Crown's claim to the GST funds no longer served a purpose under the CCAA and the court was bound under the priority scheme provided by the *ETA* to allow payment to the Crown. In so holding, Tysoe J.A. adopted the reasoning in *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), which found that the *ETA* deemed trust for GST established Crown priority over secured creditors under the CCAA.

[8] Second, Tysoe J.A. concluded that by ordering the GST funds segregated in the Monitor's trust account on April 29, 2008, the judge had created an express trust in favour of the Crown from which the monies in question could not be diverted for any other purposes. The Court of Appeal therefore ordered that the money held by the Monitor in trust be paid to the Receiver General.

2. Issues

[9] This appeal raises three broad issues which are addressed in turn:

- (1) Did s. 222(3) of the *ETA* displace s. 18.3(1) of the CCAA and give priority to the Crown's *ETA* deemed trust during CCAA proceedings as held in *Ottawa Senators*?
- (2) Did the court exceed its CCAA authority by lifting the stay to allow the debtor to make an assignment in bankruptcy?
- (3) Did the court's order of April 29, 2008 requiring segregation of the Crown's GST claim in the Monitor's trust account create an express trust in favour of the Crown in respect of those funds?

après qu'il fut devenu clair que la tentative de réorganisation avait échoué et que la faillite était inévitable. Comme la restructuration n'était plus une possibilité, il ne servait plus à rien, dans le cadre de la LACC, de suspendre le paiement à la Couronne des sommes de TPS et le tribunal était tenu, en raison de la priorité établie par la LTA, d'en autoriser le versement à la Couronne. Ce faisant, le juge Tysoe a adopté le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), suivant lequel la fiducie réputée que crée la LTA à l'égard des sommes dues au titre de la TPS établissait la priorité de la Couronne sur les créanciers garantis dans le cadre de la LACC.

[8] Deuxièmement, le juge Tysoe a conclu que, en ordonnant la ségrégation des sommes de TPS dans le compte en fiducie du contrôleur le 29 avril 2008, le tribunal avait créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne, et que les sommes visées ne pouvaient être utilisées à quelque autre fin que ce soit. En conséquence, la Cour d'appel a ordonné que les sommes détenues par le contrôleur en fiducie pour la Couronne soient versées au receveur général.

2. Questions en litige

[9] Le pourvoi soulève trois grandes questions que j'examinerai à tour de rôle :

- (1) Le paragraphe 222(3) de la LTA l'emporte-t-il sur le par. 18.3(1) de la LACC et donne-t-il priorité à la fiducie réputée qui est établie par la LTA en faveur de la Couronne pendant des procédures régies par la LACC, comme il a été décidé dans l'arrêt *Ottawa Senators*?
- (2) Le tribunal a-t-il outrepassé les pouvoirs qui lui étaient conférés par la LACC en levant la suspension des procédures dans le but de permettre au débiteur de faire cession de ses biens?
- (3) L'ordonnance du tribunal datée du 29 avril 2008 exigeant que le montant de TPS réclamé par la Couronne soit détenu séparément dans le compte en fiducie du contrôleur a-t-elle créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne à l'égard des fonds en question?

3. Analysis

[10] The first issue concerns Crown priorities in the context of insolvency. As will be seen, the *ETA* provides for a deemed trust in favour of the Crown in respect of GST owed by a debtor “[d]espite . . . any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*)” (s. 222(3)), while the *CCAA* stated at the relevant time that “notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be [so] regarded” (s. 18.3(1)). It is difficult to imagine two statutory provisions more apparently in conflict. However, as is often the case, the apparent conflict can be resolved through interpretation.

[11] In order to properly interpret the provisions, it is necessary to examine the history of the *CCAA*, its function amidst the body of insolvency legislation enacted by Parliament, and the principles that have been recognized in the jurisprudence. It will be seen that Crown priorities in the insolvency context have been significantly pared down. The resolution of the second issue is also rooted in the context of the *CCAA*, but its purpose and the manner in which it has been interpreted in the case law are also key. After examining the first two issues in this case, I will address Tysoe J.A.’s conclusion that an express trust in favour of the Crown was created by the court’s order of April 29, 2008.

3.1 *Purpose and Scope of Insolvency Law*

[12] Insolvency is the factual situation that arises when a debtor is unable to pay creditors (see generally, R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), at p. 16). Certain legal proceedings become available upon insolvency, which typically allow a debtor to obtain a court order staying its creditors’ enforcement actions and attempt to obtain

3. Analyse

[10] La première question porte sur les priorités de la Couronne dans le contexte de l’insolvabilité. Comme nous le verrons, la *LTA* crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée à l’égard de la TPS due par un débiteur « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*) » (par. 222(3)), alors que selon la disposition de la *LACC* en vigueur à l’époque, « par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme [tel] » (par. 18.3(1)). Il est difficile d’imaginer deux dispositions législatives plus contradictoires en apparence. Cependant, comme c’est souvent le cas, le conflit apparent peut être résolu au moyen des principes d’interprétation législative.

[11] Pour interpréter correctement ces dispositions, il faut examiner l’historique de la *LACC*, la fonction de cette loi parmi l’ensemble des textes adoptés par le législateur fédéral en matière d’insolvabilité et les principes reconnus dans la jurisprudence. Nous verrons que les priorités de la Couronne en matière d’insolvabilité ont été restreintes de façon appréciable. La réponse à la deuxième question repose aussi sur le contexte de la *LACC*, mais l’objectif de cette loi et l’interprétation qu’en a donnée la jurisprudence jouent également un rôle essentiel. Après avoir examiné les deux premières questions soulevées en l’espèce, j’aborderai la conclusion du juge Tysoe selon laquelle l’ordonnance rendue par le tribunal le 29 avril 2008 a eu pour effet de créer une fiducie expresse en faveur de la Couronne.

3.1 *Objectif et portée du droit relatif à l’insolvabilité*

[12] L’insolvabilité est la situation de fait qui se présente quand un débiteur n’est pas en mesure de payer ses créanciers (voir, généralement, R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), p. 16). Certaines procédures judiciaires peuvent être intentées en cas d’insolvabilité. Ainsi, le débiteur peut généralement obtenir une ordonnance judiciaire

a binding compromise with creditors to adjust the payment conditions to something more realistic. Alternatively, the debtor's assets may be liquidated and debts paid from the proceeds according to statutory priority rules. The former is usually referred to as reorganization or restructuring while the latter is termed liquidation.

[13] Canadian commercial insolvency law is not codified in one exhaustive statute. Instead, Parliament has enacted multiple insolvency statutes, the main one being the *BIA*. The *BIA* offers a self-contained legal regime providing for both reorganization and liquidation. Although bankruptcy legislation has a long history, the *BIA* itself is a fairly recent statute — it was enacted in 1992. It is characterized by a rules-based approach to proceedings. The *BIA* is available to insolvent debtors owing \$1000 or more, regardless of whether they are natural or legal persons. It contains mechanisms for debtors to make proposals to their creditors for the adjustment of debts. If a proposal fails, the *BIA* contains a bridge to bankruptcy whereby the debtor's assets are liquidated and the proceeds paid to creditors in accordance with the statutory scheme of distribution.

[14] Access to the *CCAA* is more restrictive. A debtor must be a company with liabilities in excess of \$5 million. Unlike the *BIA*, the *CCAA* contains no provisions for liquidation of a debtor's assets if reorganization fails. There are three ways of exiting *CCAA* proceedings. The best outcome is achieved when the stay of proceedings provides the debtor with some breathing space during which solvency is restored and the *CCAA* process terminates without reorganization being needed. The second most desirable outcome occurs when the debtor's compromise or arrangement is accepted by its creditors and the reorganized company emerges from the *CCAA* proceedings as a going concern. Lastly, if the compromise or arrangement fails, either

ayant pour effet de suspendre les mesures d'exécution de ses créanciers, puis tenter de conclure avec eux une transaction à caractère exécutoire contenant des conditions de paiement plus réalistes. Ou alors, les biens du débiteur sont liquidés et ses dettes sont remboursées sur le produit de cette liquidation, selon les règles de priorité établies par la loi. Dans le premier cas, on emploie habituellement les termes de réorganisation ou de restructuration, alors que dans le second, on parle de liquidation.

[13] Le droit canadien en matière d'insolvabilité commerciale n'est pas codifié dans une seule loi exhaustive. En effet, le législateur a plutôt adopté plusieurs lois sur l'insolvabilité, la principale étant la *LFI*. Cette dernière établit un régime juridique autonome qui concerne à la fois la réorganisation et la liquidation. Bien qu'il existe depuis longtemps des mesures législatives relatives à la faillite, la *LFI* elle-même est une loi assez récente — elle a été adoptée en 1992. Ses procédures se caractérisent par une approche fondée sur des règles préétablies. Les débiteurs insolvable — personnes physiques ou personnes morales — qui doivent 1 000 \$ ou plus peuvent recourir à la *LFI*. Celle-ci comporte des mécanismes permettant au débiteur de présenter à ses créanciers une proposition de rajustement des dettes. Si la proposition est rejetée, la *LFI* établit la démarche aboutissant à la faillite : les biens du débiteur sont liquidés et le produit de cette liquidation est versé aux créanciers conformément à la répartition prévue par la loi.

[14] La possibilité de recourir à la *LACC* est plus restreinte. Le débiteur doit être une compagnie dont les dettes dépassent cinq millions de dollars. Contrairement à la *LFI*, la *LACC* ne contient aucune disposition relative à la liquidation de l'actif d'un débiteur en cas d'échec de la réorganisation. Une procédure engagée sous le régime de la *LACC* peut se terminer de trois façons différentes. Le scénario idéal survient dans les cas où la suspension des recours donne au débiteur un répit lui permettant de rétablir sa solvabilité et où le processus régi par la *LACC* prend fin sans qu'une réorganisation soit nécessaire. Le deuxième scénario le plus souhaitable est le cas où la transaction ou l'arrangement proposé par le débiteur est

the company or its creditors usually seek to have the debtor's assets liquidated under the applicable provisions of the *BIA* or to place the debtor into receivership. As discussed in greater detail below, the key difference between the reorganization regimes under the *BIA* and the *CCAA* is that the latter offers a more flexible mechanism with greater judicial discretion, making it more responsive to complex reorganizations.

[15] As I will discuss at greater length below, the purpose of the *CCAA* — Canada's first reorganization statute — is to permit the debtor to continue to carry on business and, where possible, avoid the social and economic costs of liquidating its assets. Proposals to creditors under the *BIA* serve the same remedial purpose, though this is achieved through a rules-based mechanism that offers less flexibility. Where reorganization is impossible, the *BIA* may be employed to provide an orderly mechanism for the distribution of a debtor's assets to satisfy creditor claims according to predetermined priority rules.

[16] Prior to the enactment of the *CCAA* in 1933 (S.C. 1932-33, c. 36), practice under existing commercial insolvency legislation tended heavily towards the liquidation of a debtor company (J. Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (2003), at p. 12). The battering visited upon Canadian businesses by the Great Depression and the absence of an effective mechanism for reaching a compromise between debtors and creditors to avoid liquidation required a legislative response. The *CCAA* was innovative as it allowed the insolvent debtor to attempt reorganization under judicial supervision outside the existing insolvency legislation which, once engaged, almost invariably resulted in liquidation (*Reference re Companies' Creditors*

accepté par ses créanciers et où la compagnie réorganisée poursuit ses activités au terme de la procédure engagée en vertu de la *LACC*. Enfin, dans le dernier scénario, la transaction ou l'arrangement échoue et la compagnie ou ses créanciers cherchent habituellement à obtenir la liquidation des biens en vertu des dispositions applicables de la *LFI* ou la mise sous séquestre du débiteur. Comme nous le verrons, la principale différence entre les régimes de réorganisation prévus par la *LFI* et la *LACC* est que le second établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire, ce qui rend le mécanisme mieux adapté aux réorganisations complexes.

[15] Comme je vais le préciser davantage plus loin, la *LACC* — la première loi canadienne régissant la réorganisation — a pour objectif de permettre au débiteur de continuer d'exercer ses activités et, dans les cas où cela est possible, d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de son actif. Les propositions faites aux créanciers en vertu de la *LFI* répondent au même objectif, mais au moyen d'un mécanisme fondé sur des règles et offrant moins de souplesse. Quand la réorganisation s'avère impossible, les dispositions de la *LFI* peuvent être appliquées pour répartir de manière ordonnée les biens du débiteur entre les créanciers, en fonction des règles de priorité qui y sont établies.

[16] Avant l'adoption de la *LACC* en 1933 (S.C. 1932-33, ch. 36), la liquidation de la compagnie débitrice constituait la pratique la plus courante en vertu de la législation existante en matière d'insolvabilité commerciale (J. Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (2003), p. 12). Les ravages de la Grande Dépression sur les entreprises canadiennes et l'absence d'un mécanisme efficace susceptible de permettre aux débiteurs et aux créanciers d'arriver à des compromis afin d'éviter la liquidation commandaient une solution législative. La *LACC* a innové en permettant au débiteur insolvable de tenter une réorganisation sous surveillance judiciaire, hors du cadre de la législation existante en matière d'insolvabilité qui, une fois entrée en jeu,

Arrangement Act, [1934] S.C.R. 659, at pp. 660-61; Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 12-13).

[17] Parliament understood when adopting the CCAA that liquidation of an insolvent company was harmful for most of those it affected — notably creditors and employees — and that a workout which allowed the company to survive was optimal (Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 13-15).

[18] Early commentary and jurisprudence also endorsed the CCAA's remedial objectives. It recognized that companies retain more value as going concerns while underscoring that intangible losses, such as the evaporation of the companies' goodwill, result from liquidation (S. E. Edwards, "Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act" (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587, at p. 592). Reorganization serves the public interest by facilitating the survival of companies supplying goods or services crucial to the health of the economy or saving large numbers of jobs (*ibid.*, at p. 593). Insolvency could be so widely felt as to impact stakeholders other than creditors and employees. Variants of these views resonate today, with reorganization justified in terms of rehabilitating companies that are key elements in a complex web of interdependent economic relationships in order to avoid the negative consequences of liquidation.

[19] The CCAA fell into disuse during the next several decades, likely because amendments to the Act in 1953 restricted its use to companies issuing bonds (S.C. 1952-53, c. 3). During the economic downturn of the early 1980s, insolvency lawyers and courts adapting to the resulting wave of insolvencies resurrected the statute and deployed it in response to new economic challenges. Participants in insolvency proceedings grew to recognize and appreciate the statute's distinguishing feature: a grant of broad and flexible authority to the supervising court to make

aboutissait presque invariablement à la liquidation (*Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] R.C.S. 659, p. 660-661; Sarra, *Creditor Rights*, p. 12-13).

[17] Le législateur comprenait, lorsqu'il a adopté la LACC, que la liquidation d'une compagnie insolvable causait préjudice à la plupart des personnes touchées — notamment les créanciers et les employés — et que la meilleure solution consistait dans un arrangement permettant à la compagnie de survivre (Sarra, *Creditor Rights*, p. 13-15).

[18] Les premières analyses et décisions judiciaires à cet égard ont également entériné les objectifs réparateurs de la LACC. On y reconnaissait que la valeur de la compagnie demeurait plus grande lorsque celle-ci pouvait poursuivre ses activités, tout en soulignant les pertes intangibles découlant d'une liquidation, par exemple la disparition de la clientèle (S. E. Edwards, « Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587, p. 592). La réorganisation sert l'intérêt public en permettant la survie de compagnies qui fournissent des biens ou des services essentiels à la santé de l'économie ou en préservant un grand nombre d'emplois (*ibid.*, p. 593). Les effets de l'insolvabilité pouvaient même toucher d'autres intéressés que les seuls créanciers et employés. Ces arguments se font entendre encore aujourd'hui sous une forme un peu différente, lorsqu'on justifie la réorganisation par la nécessité de remettre sur pied des compagnies qui constituent des volets essentiels d'un réseau complexe de rapports économiques interdépendants, dans le but d'éviter les effets négatifs de la liquidation.

[19] La LACC est tombée en désuétude au cours des décennies qui ont suivi, vraisemblablement parce que des modifications apportées en 1953 ont restreint son application aux compagnies émettant des obligations (S.C. 1952-53, ch. 3). Pendant la récession du début des années 1980, obligés de s'adapter au nombre grandissant d'entreprises en difficulté, les avocats travaillant dans le domaine de l'insolvabilité ainsi que les tribunaux ont redécouvert cette loi et s'en sont servis pour relever les nouveaux défis de l'économie. Les participants aux

the orders necessary to facilitate the reorganization of the debtor and achieve the CCAA's objectives. The manner in which courts have used CCAA jurisdiction in increasingly creative and flexible ways is explored in greater detail below.

[20] Efforts to evolve insolvency law were not restricted to the courts during this period. In 1970, a government-commissioned panel produced an extensive study recommending sweeping reform but Parliament failed to act (see *Bankruptcy and Insolvency: Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation* (1970)). Another panel of experts produced more limited recommendations in 1986 which eventually resulted in enactment of the *Bankruptcy and Insolvency Act* of 1992 (S.C. 1992, c. 27) (see *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency* (1986)). Broader provisions for reorganizing insolvent debtors were then included in Canada's bankruptcy statute. Although the 1970 and 1986 reports made no specific recommendations with respect to the CCAA, the House of Commons committee studying the BIA's predecessor bill, C-22, seemed to accept expert testimony that the BIA's new reorganization scheme would shortly supplant the CCAA, which could then be repealed, with commercial insolvency and bankruptcy being governed by a single statute (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 15, 3rd Sess., 34th Parl., October 3, 1991, at 15:15-15:16).

[21] In retrospect, this conclusion by the House of Commons committee was out of step with reality. It overlooked the renewed vitality the CCAA enjoyed in contemporary practice and the advantage that a

procédures en sont peu à peu venus à reconnaître et à apprécier la caractéristique propre de la loi : l'attribution, au tribunal chargé de surveiller le processus, d'une grande latitude lui permettant de rendre les ordonnances nécessaires pour faciliter la réorganisation du débiteur et réaliser les objectifs de la LACC. Nous verrons plus loin comment les tribunaux ont utilisé de façon de plus en plus souple et créative les pouvoirs qui leur sont conférés par la LACC.

[20] Ce ne sont pas seulement les tribunaux qui se sont employés à faire évoluer le droit de l'insolvabilité pendant cette période. En 1970, un comité constitué par le gouvernement a mené une étude approfondie au terme de laquelle il a recommandé une réforme majeure, mais le législateur n'a rien fait (voir *Faillite et insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité* (1970)). En 1986, un autre comité d'experts a formulé des recommandations de portée plus restreinte, qui ont finalement conduit à l'adoption de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* de 1992 (L.C. 1992, ch. 27) (voir *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité* (1986)). Des dispositions à caractère plus général concernant la réorganisation des débiteurs insolvable ont alors été ajoutées à la loi canadienne relative à la faillite. Malgré l'absence de recommandations spécifiques au sujet de la LACC dans les rapports de 1970 et 1986, le comité de la Chambre des communes qui s'est penché sur le projet de loi C-22 à l'origine de la LFI a semblé accepter le témoignage d'un expert selon lequel le nouveau régime de réorganisation de la LFI supplanterait rapidement la LACC, laquelle pourrait alors être abrogée et l'insolvabilité commerciale et la faillite seraient ainsi régies par un seul texte législatif (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n° 15, 3^e sess., 34^e lég., 3 octobre 1991, 15:15-15:16).

[21] En rétrospective, cette conclusion du comité de la Chambre des communes ne correspondait pas à la réalité. Elle ne tenait pas compte de la nouvelle vitalité de la LACC dans la pratique contemporaine,

flexible judicially supervised reorganization process presented in the face of increasingly complex reorganizations, when compared to the stricter rules-based scheme contained in the *BIA*. The “flexibility of the *CCAA* [was seen as] a great benefit, allowing for creative and effective decisions” (Industry Canada, Marketplace Framework Policy Branch, *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors Arrangement Act* (2002), at p. 41). Over the past three decades, resurrection of the *CCAA* has thus been the mainspring of a process through which, one author concludes, “the legal setting for Canadian insolvency restructuring has evolved from a rather blunt instrument to one of the most sophisticated systems in the developed world” (R. B. Jones, “The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, at p. 481).

[22] While insolvency proceedings may be governed by different statutory schemes, they share some commonalities. The most prominent of these is the single proceeding model. The nature and purpose of the single proceeding model are described by Professor Wood in *Bankruptcy and Insolvency Law*:

They all provide a collective proceeding that supersedes the usual civil process available to creditors to enforce their claims. The creditors’ remedies are collectivized in order to prevent the free-for-all that would otherwise prevail if creditors were permitted to exercise their remedies. In the absence of a collective process, each creditor is armed with the knowledge that if they do not strike hard and swift to seize the debtor’s assets, they will be beat out by other creditors. [pp. 2-3]

The single proceeding model avoids the inefficiency and chaos that would attend insolvency if each creditor initiated proceedings to recover its debt. Grouping all possible actions against the debtor into a single proceeding controlled in a single forum facilitates negotiation with creditors because it places them all on an equal footing,

ni des avantages qu’offrait, en présence de réorganisations de plus en plus complexes, un processus souple de réorganisation sous surveillance judiciaire par rapport au régime plus rigide de la *LFI*, fondé sur des règles préétablies. La « souplesse de la *LACC* [était considérée comme offrant] de grands avantages car elle permet de prendre des décisions créatives et efficaces » (Industrie Canada, Direction générale des politiques-cadres du marché, *Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (2002), p. 50). Au cours des trois dernières décennies, la résurrection de la *LACC* a donc été le moteur d’un processus grâce auquel, selon un auteur, [TRADUCTION] « le régime juridique canadien de restructuration en cas d’insolvabilité — qui était au départ un instrument plutôt rudimentaire — a évolué pour devenir un des systèmes les plus sophistiqués du monde développé » (R. B. Jones, « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, p. 481).

[22] Si les instances en matière d’insolvabilité peuvent être régies par des régimes législatifs différents, elles n’en présentent pas moins certains points communs, dont le plus frappant réside dans le modèle de la procédure unique. Le professeur Wood a décrit ainsi la nature et l’objectif de ce modèle dans *Bankruptcy and Insolvency Law* :

[TRADUCTION] Elles prévoient toutes une procédure collective qui remplace la procédure civile habituelle dont peuvent se prévaloir les créanciers pour faire valoir leurs droits. Les recours des créanciers sont collectivisés afin d’éviter l’anarchie qui régnerait si ceux-ci pouvaient exercer leurs recours individuellement. En l’absence d’un processus collectif, chaque créancier sait que faute d’agir de façon rapide et déterminée pour saisir les biens du débiteur, il sera devancé par les autres créanciers. [p. 2-3]

Le modèle de la procédure unique vise à faire échec à l’inefficacité et au chaos qui résulteraient de l’insolvabilité si chaque créancier engageait sa propre procédure dans le but de recouvrer sa créance. La réunion — en une seule instance relevant d’un même tribunal — de toutes les actions possibles contre le débiteur a pour effet de faciliter la négociation avec

rather than exposing them to the risk that a more aggressive creditor will realize its claims against the debtor's limited assets while the other creditors attempt a compromise. With a view to achieving that purpose, both the *CCAA* and the *BIA* allow a court to order all actions against a debtor to be stayed while a compromise is sought.

[23] Another point of convergence of the *CCAA* and the *BIA* relates to priorities. Because the *CCAA* is silent about what happens if reorganization fails, the *BIA* scheme of liquidation and distribution necessarily supplies the backdrop for what will happen if a *CCAA* reorganization is ultimately unsuccessful. In addition, one of the important features of legislative reform of both statutes since the enactment of the *BIA* in 1992 has been a cutback in Crown priorities (S.C. 1992, c. 27, s. 39; S.C. 1997, c. 12, ss. 73 and 125; S.C. 2000, c. 30, s. 148; S.C. 2005, c. 47, ss. 69 and 131; S.C. 2009, c. 33, s. 25; see also *Quebec (Revenue) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*).

[24] With parallel *CCAA* and *BIA* restructuring schemes now an accepted feature of the insolvency law landscape, the contemporary thrust of legislative reform has been towards harmonizing aspects of insolvency law common to the two statutory schemes to the extent possible and encouraging reorganization over liquidation (see *An Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192, at para. 19).

[25] Mindful of the historical background of the *CCAA* and *BIA*, I now turn to the first question at issue.

les créanciers en les mettant tous sur le même pied. Cela évite le risque de voir un créancier plus combatif obtenir le paiement de ses créances sur l'actif limité du débiteur pendant que les autres créanciers tentent d'arriver à une transaction. La *LACC* et la *LFI* autorisent toutes deux pour cette raison le tribunal à ordonner la suspension de toutes les actions intentées contre le débiteur pendant qu'on cherche à conclure une transaction.

[23] Un autre point de convergence entre la *LACC* et la *LFI* concerne les priorités. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence pour ce qui se produira dans une telle situation. De plus, l'une des caractéristiques importantes de la réforme dont ces deux lois ont fait l'objet depuis 1992 est la réduction des priorités de la Couronne (L.C. 1992, ch. 27, art. 39; L.C. 1997, ch. 12, art. 73 et 125; L.C. 2000, ch. 30, art. 148; L.C. 2005, ch. 47, art. 69 et 131; L.C. 2009, ch. 33, art. 25; voir aussi *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité*).

[24] Comme les régimes de restructuration parallèles de la *LACC* et de la *LFI* constituent désormais une caractéristique reconnue dans le domaine du droit de l'insolvabilité, le travail de réforme législative contemporain a principalement visé à harmoniser, dans la mesure du possible, les aspects communs aux deux régimes et à privilégier la réorganisation plutôt que la liquidation (voir la *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta L.R. (4th) 192, par. 19).

[25] Ayant à l'esprit le contexte historique de la *LACC* et de la *LFI*, je vais maintenant aborder la première question en litige.

3.2 *GST Deemed Trust Under the CCAA*

[26] The Court of Appeal proceeded on the basis that the *ETA* precluded the court from staying the Crown's enforcement of the GST deemed trust when partially lifting the stay to allow the debtor to enter bankruptcy. In so doing, it adopted the reasoning in a line of cases culminating in *Ottawa Senators*, which held that an *ETA* deemed trust remains enforceable during CCAA reorganization despite language in the CCAA that suggests otherwise.

[27] The Crown relies heavily on the decision of the Ontario Court of Appeal in *Ottawa Senators* and argues that the later in time provision of the *ETA* creating the GST deemed trust trumps the provision of the CCAA purporting to nullify most statutory deemed trusts. The Court of Appeal in this case accepted this reasoning but not all provincial courts follow it (see, e.g., *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), leave to appeal granted, 2010 QCCA 183 (CanLII)). Century Services relied, in its written submissions to this Court, on the argument that the court had authority under the CCAA to continue the stay against the Crown's claim for unremitted GST. In oral argument, the question of whether *Ottawa Senators* was correctly decided nonetheless arose. After the hearing, the parties were asked to make further written submissions on this point. As appears evident from the reasons of my colleague Abella J., this issue has become prominent before this Court. In those circumstances, this Court needs to determine the correctness of the reasoning in *Ottawa Senators*.

[28] The policy backdrop to this question involves the Crown's priority as a creditor in insolvency situations which, as I mentioned above, has evolved considerably. Prior to the 1990s, Crown claims

3.2 *Fiducie réputée se rapportant à la TPS dans le cadre de la LACC*

[26] La Cour d'appel a estimé que la *LTA* empêchait le tribunal de suspendre les mesures prises par la Couronne pour bénéficier de la fiducie réputée se rapportant à la TPS, lorsqu'il a partiellement levé la suspension des procédures engagées contre le débiteur afin de permettre à celui-ci de faire cession de ses biens. Ce faisant, la cour a adopté un raisonnement qui s'insère dans un courant jurisprudentiel dominé par l'arrêt *Ottawa Senators*, suivant lequel il demeure possible de demander le bénéfice d'une fiducie réputée établie par la *LTA* pendant une réorganisation opérée en vertu de la *LACC*, et ce, malgré les dispositions de la *LACC* qui semblent dire le contraire.

[27] S'appuyant largement sur l'arrêt *Ottawa Senators* de la Cour d'appel de l'Ontario, la Couronne plaide que la disposition postérieure de la *LTA* créant la fiducie réputée visant la TPS l'emporte sur la disposition de la *LACC* censée neutraliser la plupart des fiducies réputées qui sont créées par des dispositions législatives. Si la Cour d'appel a accepté ce raisonnement dans la présente affaire, les tribunaux provinciaux ne l'ont pas tous adopté (voir, p. ex., *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), autorisation d'appel accordée, 2010 QCCA 183 (CanLII)). Dans ses observations écrites adressées à la Cour, Century Services s'est fondée sur l'argument suivant lequel le tribunal pouvait, en vertu de la *LACC*, maintenir la suspension de la demande de la Couronne visant le paiement de la TPS non versée. Au cours des plaidoiries, la question de savoir si l'arrêt *Ottawa Senators* était bien fondé a néanmoins été soulevée. Après l'audience, la Cour a demandé aux parties de présenter des observations écrites supplémentaires à ce sujet. Comme il ressort clairement des motifs de ma collègue la juge Abella, cette question a pris une grande importance devant notre Cour. Dans ces circonstances, la Cour doit statuer sur le bien-fondé du raisonnement adopté dans l'arrêt *Ottawa Senators*.

[28] Le contexte général dans lequel s'inscrit cette question concerne l'évolution considérable, signalée plus haut, de la priorité dont jouit la Couronne en tant que créancier en cas d'insolvabilité. Avant les

largely enjoyed priority in insolvency. This was widely seen as unsatisfactory as shown by both the 1970 and 1986 insolvency reform proposals, which recommended that Crown claims receive no preferential treatment. A closely related matter was whether the *CCAA* was binding at all upon the Crown. Amendments to the *CCAA* in 1997 confirmed that it did indeed bind the Crown (see *CCAA*, s. 21, as added by S.C. 1997, c. 12, s. 126).

[29] Claims of priority by the state in insolvency situations receive different treatment across jurisdictions worldwide. For example, in Germany and Australia, the state is given no priority at all, while the state enjoys wide priority in the United States and France (see B. K. Morgan, “Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy” (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461, at p. 500). Canada adopted a middle course through legislative reform of Crown priority initiated in 1992. The Crown retained priority for source deductions of income tax, Employment Insurance (“EI”) and Canada Pension Plan (“CPP”) premiums, but ranks as an ordinary unsecured creditor for most other claims.

[30] Parliament has frequently enacted statutory mechanisms to secure Crown claims and permit their enforcement. The two most common are statutory deemed trusts and powers to garnish funds third parties owe the debtor (see F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (loose-leaf), at §2).

[31] With respect to GST collected, Parliament has enacted a deemed trust. The *ETA* states that every person who collects an amount on account of GST is deemed to hold that amount in trust for the Crown (s. 222(1)). The deemed trust extends to other property of the person collecting the tax equal in value to the amount deemed to be in trust if that amount has not been remitted in accordance with the *ETA*. The deemed trust also extends to property

années 1990, les créances de la Couronne bénéficiaient dans une large mesure d’une priorité en cas d’insolvabilité. Cette situation avantageuse suscitait une grande controverse. Les propositions de réforme du droit de l’insolvabilité de 1970 et de 1986 en témoignent — elles recommandaient que les créances de la Couronne ne fassent l’objet d’aucun traitement préférentiel. Une question connexe se posait : celle de savoir si la Couronne était même assujettie à la *LACC*. Les modifications apportées à la *LACC* en 1997 ont confirmé qu’elle l’était bel et bien (voir *LACC*, art. 21, ajouté par L.C. 1997, ch. 12, art. 126).

[29] Les revendications de priorité par l’État en cas d’insolvabilité sont abordées de différentes façons selon les pays. Par exemple, en Allemagne et en Australie, l’État ne bénéficie d’aucune priorité, alors qu’aux États-Unis et en France il jouit au contraire d’une large priorité (voir B. K. Morgan, « Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy » (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461, p. 500). Le Canada a choisi une voie intermédiaire dans le cadre d’une réforme législative amorcée en 1992 : la Couronne a conservé sa priorité pour les sommes retenues à la source au titre de l’impôt sur le revenu et des cotisations à l’assurance-emploi (« AE ») et au Régime de pensions du Canada (« RPC »), mais elle est un créancier ordinaire non garanti pour la plupart des autres sommes qui lui sont dues.

[30] Le législateur a fréquemment adopté des mécanismes visant à protéger les créances de la Couronne et à permettre leur exécution. Les deux plus courants sont les fiducies présumées et les pouvoirs de saisie-arrêt (voir F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (feuilles mobiles), §2).

[31] Pour ce qui est des sommes de TPS perçues, le législateur a établi une fiducie réputée. La *LTA* précise que la personne qui perçoit une somme au titre de la TPS est réputée la détenir en fiducie pour la Couronne (par. 222(1)). La fiducie réputée s’applique aux autres biens de la personne qui perçoit la taxe, pour une valeur égale à la somme réputée détenue en fiducie, si la somme en question n’a pas été versée en conformité avec la *LTA*. La fiducie réputée vise

held by a secured creditor that, but for the security interest, would be property of the person collecting the tax (s. 222(3)).

[32] Parliament has created similar deemed trusts using almost identical language in respect of source deductions of income tax, EI premiums and CPP premiums (see s. 227(4) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), ss. 86(2) and (2.1) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, and ss. 23(3) and (4) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8). I will refer to income tax, EI and CPP deductions as “source deductions”.

[33] In *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, this Court addressed a priority dispute between a deemed trust for source deductions under the *ITA* and security interests taken under both the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, and the *Alberta Personal Property Security Act*, S.A. 1988, c. P-4.05 (“*PPSA*”). As then worded, an *ITA* deemed trust over the debtor’s property equivalent to the amount owing in respect of income tax became effective at the time of liquidation, receivership, or assignment in bankruptcy. *Sparrow Electric* held that the *ITA* deemed trust could not prevail over the security interests because, being fixed charges, the latter attached as soon as the debtor acquired rights in the property such that the *ITA* deemed trust had no property on which to attach when it subsequently arose. Later, in *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, this Court observed that Parliament had legislated to strengthen the statutory deemed trust in the *ITA* by deeming it to operate from the moment the deductions were not paid to the Crown as required by the *ITA*, and by granting the Crown priority over all security interests (paras. 27-29) (the “*Sparrow Electric* amendment”).

également les biens détenus par un créancier garanti qui, si ce n’était de la sûreté, seraient les biens de la personne qui perçoit la taxe (par. 222(3)).

[32] Utilisant pratiquement les mêmes termes, le législateur a créé de semblables fiducies réputées à l’égard des retenues à la source relatives à l’impôt sur le revenu et aux cotisations à l’AE et au RPC (voir par. 227(4) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), par. 86(2) et (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, et par. 23(3) et (4) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8). J’emploierai ci-après le terme « retenues à la source » pour désigner les retenues relatives à l’impôt sur le revenu et aux cotisations à l’AE et au RPC.

[33] Dans *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, la Cour était saisie d’un litige portant sur la priorité de rang entre, d’une part, une fiducie réputée établie en vertu de la *LIR* à l’égard des retenues à la source, et, d’autre part, des sûretés constituées en vertu de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, et de la loi de l’Alberta intitulée *Personal Property Security Act*, S.A. 1988, ch. P-4.05 (« *PPSA* »). D’après les dispositions alors en vigueur, une fiducie réputée — établie en vertu de la *LIR* à l’égard des biens du débiteur pour une valeur égale à la somme due au titre de l’impôt sur le revenu — commençait à s’appliquer au moment de la liquidation, de la mise sous séquestre ou de la cession de biens. Dans *Sparrow Electric*, la Cour a conclu que la fiducie réputée de la *LIR* ne pouvait pas l’emporter sur les sûretés, au motif que, comme celles-ci constituaient des privilèges fixes grevant les biens dès que le débiteur acquérait des droits sur eux, il n’existait pas de biens susceptibles d’être visés par la fiducie réputée de la *LIR* lorsqu’elle prenait naissance par la suite. Ultérieurement, dans *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, la Cour a souligné que le législateur était intervenu pour renforcer la fiducie réputée de la *LIR* en précisant qu’elle est réputée s’appliquer dès le moment où les retenues ne sont pas versées à la Couronne conformément aux exigences de la *LIR*, et en donnant à la Couronne la priorité sur toute autre garantie (par. 27-29) (la « modification découlant de l’arrêt *Sparrow Electric* »).

[34] The amended text of s. 227(4.1) of the *ITA* and concordant source deductions deemed trusts in the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act* state that the deemed trust operates notwithstanding any other enactment of Canada, except ss. 81.1 and 81.2 of the *BIA*. The *ETA* deemed trust at issue in this case is similarly worded, but it excepts the *BIA* in its entirety. The provision reads as follows:

222. . . .

. . . .

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

[35] The Crown submits that the *Sparrow Electric* amendment, added by Parliament to the *ETA* in 2000, was intended to preserve the Crown's priority over collected GST under the *CCAA* while subordinating the Crown to the status of an unsecured creditor in respect of GST only under the *BIA*. This is because the *ETA* provides that the GST deemed trust is effective "despite" any other enactment except the *BIA*.

[36] The language used in the *ETA* for the GST deemed trust creates an apparent conflict with the *CCAA*, which provides that subject to certain exceptions, property deemed by statute to be held in trust for the Crown shall not be so regarded.

[37] Through a 1997 amendment to the *CCAA* (S.C. 1997, c. 12, s. 125), Parliament appears to have,

[34] Selon le texte modifié du par. 227(4.1) de la *LIR* et celui des fiducies réputées correspondantes établies dans le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-emploi* à l'égard des retenues à la source, la fiducie réputée s'applique malgré tout autre texte législatif fédéral sauf les art. 81.1 et 81.2 de la *LFI*. La fiducie réputée de la *LTA* qui est en cause en l'espèce est formulée en des termes semblables sauf que la limite à son application vise la *LFI* dans son entier. Voici le texte de la disposition pertinente :

222. . . .

. . . .

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés . . .

[35] La Couronne soutient que la modification découlant de l'arrêt *Sparrow Electric*, qui a été ajoutée à la *LTA* par le législateur en 2000, visait à maintenir la priorité de Sa Majesté sous le régime de la *LACC* à l'égard du montant de TPS perçu, tout en reléguant celle-ci au rang de créancier non garanti à l'égard de ce montant sous le régime de la *LFI* uniquement. De l'avis de la Couronne, il en est ainsi parce que, selon la *LTA*, la fiducie réputée visant la TPS demeure en vigueur « malgré » tout autre texte législatif sauf la *LFI*.

[36] Les termes utilisés dans la *LTA* pour établir la fiducie réputée à l'égard de la TPS créent un conflit apparent avec la *LACC*, laquelle précise que, sous réserve de certaines exceptions, les biens qui sont réputés selon un texte législatif être détenus en fiducie pour la Couronne ne doivent pas être considérés comme tels.

[37] Par une modification apportée à la *LACC* en 1997 (L.C. 1997, ch. 12, art. 125), le législateur

subject to specific exceptions, nullified deemed trusts in favour of the Crown once reorganization proceedings are commenced under the Act. The relevant provision reads:

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

This nullification of deemed trusts was continued in further amendments to the *CCAA* (S.C. 2005, c. 47), where s. 18.3(1) was renumbered and reformulated as s. 37(1):

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

[38] An analogous provision exists in the *BIA*, which, subject to the same specific exceptions, nullifies statutory deemed trusts and makes property of the bankrupt that would otherwise be subject to a deemed trust part of the debtor's estate and available to creditors (S.C. 1992, c. 27, s. 39; S.C. 1997, c. 12, s. 73; *BIA*, s. 67(2)). It is noteworthy that in both the *CCAA* and the *BIA*, the exceptions concern source deductions (*CCAA*, s. 18.3(2); *BIA*, s. 67(3)). The relevant provision of the *CCAA* reads:

18.3 . . .

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act*

Thus, the Crown's deemed trust and corresponding priority in source deductions remain effective both in reorganization and in bankruptcy.

semble, sous réserve d'exceptions spécifiques, avoir neutralisé les fiducies réputées créées en faveur de la Couronne lorsque des procédures de réorganisation sont engagées sous le régime de cette loi. La disposition pertinente, à l'époque le par. 18.3(1), était libellée ainsi :

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

Cette neutralisation des fiducies réputées a été maintenue dans des modifications apportées à la *LACC* en 2005 (L.C. 2005, ch. 47), où le par. 18.3(1) a été reformulé et renuméroté, devenant le par. 37(1) :

37. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d'une telle disposition.

[38] La *LFI* comporte une disposition analogue, qui — sous réserve des mêmes exceptions spécifiques — neutralise les fiducies réputées établies en vertu d'un texte législatif et fait en sorte que les biens du failli qui autrement seraient visés par une telle fiducie font partie de l'actif du débiteur et sont à la disposition des créanciers (L.C. 1992, ch. 27, art. 39; L.C. 1997, ch. 12, art. 73; *LFI*, par. 67(2)). Il convient de souligner que, tant dans la *LACC* que dans la *LFI*, les exceptions visent les retenues à la source (*LACC*, par. 18.3(2); *LFI*, par. 67(3)). Voici la disposition pertinente de la *LACC* :

18.3 . . .

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*

Par conséquent, la fiducie réputée établie en faveur de la Couronne et la priorité dont celle-ci jouit de ce fait sur les retenues à la source continuent de s'appliquer autant pendant la réorganisation que pendant la faillite.

[39] Meanwhile, in both s. 18.4(1) of the *CCAA* and s. 86(1) of the *BIA*, other Crown claims are treated as unsecured. These provisions, establishing the Crown's status as an unsecured creditor, explicitly exempt statutory deemed trusts in source deductions (*CCAA*, s. 18.4(3); *BIA*, s. 86(3)). The *CCAA* provision reads as follows:

18.4 . . .

. . . .

(3) Subsection (1) [Crown ranking as unsecured creditor] does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution

Therefore, not only does the *CCAA* provide that Crown claims do not enjoy priority over the claims of other creditors (s. 18.3(1)), but the exceptions to this rule (i.e., that Crown priority is maintained for source deductions) are repeatedly stated in the statute.

[40] The apparent conflict in this case is whether the rule in the *CCAA* first enacted as s. 18.3 in 1997, which provides that subject to certain explicit exceptions, statutory deemed trusts are ineffective under the *CCAA*, is overridden by the one in the *ETA* enacted in 2000 stating that GST deemed trusts operate despite any enactment of Canada except the *BIA*. With respect for my colleague Fish J., I do not think the apparent conflict can be resolved by denying it and creating a rule requiring both a statutory provision enacting the deemed trust, and a second statutory provision confirming it. Such a rule is unknown to the law. Courts must recognize

[39] Par ailleurs, les autres créances de la Couronne sont considérées par la *LACC* et la *LFI* comme des créances non garanties (*LACC*, par. 18.4(1); *LFI*, par. 86(1)). Ces dispositions faisant de la Couronne un créancier non garanti comportent une exception expresse concernant les fiducies réputées établies par un texte législatif à l'égard des retenues à la source (*LACC*, par. 18.4(3); *LFI*, par. 86(3)). Voici la disposition de la *LACC* :

18.4 . . .

. . . .

(3) Le paragraphe (1) [suivant lequel la Couronne a le rang de créancier non garanti] n'a pas pour effet de porter atteinte à l'application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d'une cotisation

Par conséquent, non seulement la *LACC* précise que les créances de la Couronne ne bénéficient pas d'une priorité par rapport à celles des autres créanciers (par. 18.3(1)), mais les exceptions à cette règle (maintien de la priorité de la Couronne dans le cas des retenues à la source) sont mentionnées à plusieurs reprises dans la Loi.

[40] Le conflit apparent qui existe dans la présente affaire fait qu'on doit se demander si la règle de la *LTA* adoptée en 2000, selon laquelle les fiducies réputées visant la TPS s'appliquent malgré tout autre texte législatif fédéral sauf la *LFI*, l'emporte sur la règle énoncée dans la *LACC* — qui a d'abord été édictée en 1997 à l'art. 18.3 — suivant laquelle, sous réserve de certaines exceptions explicites, les fiducies réputées établies par une disposition législative sont sans effet dans le cadre de la *LACC*. Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par mon collègue le juge Fish, je ne crois pas qu'on puisse résoudre ce conflit apparent

conflicts, apparent or real, and resolve them when possible.

[41] A line of jurisprudence across Canada has resolved the apparent conflict in favour of the *ETA*, thereby maintaining GST deemed trusts under the *CCAA*. *Ottawa Senators*, the leading case, decided the matter by invoking the doctrine of implied repeal to hold that the later in time provision of the *ETA* should take precedence over the *CCAA* (see also *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219 (Alta. Q.B.); *Gauntlet*).

[42] The Ontario Court of Appeal in *Ottawa Senators* rested its conclusion on two considerations. First, it was persuaded that by explicitly mentioning the *BIA* in *ETA* s. 222(3), but not the *CCAA*, Parliament made a deliberate choice. In the words of MacPherson J.A.:

The *BIA* and the *CCAA* are closely related federal statutes. I cannot conceive that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception, but accidentally fail to consider the *CCAA* as a possible second exception. In my view, the omission of the *CCAA* from s. 222(3) of the *ETA* was almost certainly a considered omission. [para. 43]

[43] Second, the Ontario Court of Appeal compared the conflict between the *ETA* and the *CCAA* to that before this Court in *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, and found them to be “identical” (para. 46). It therefore considered *Doré* binding (para. 49). In *Doré*, a limitations provision in the more general and recently enacted *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“*C.C.Q.*”), was held to have repealed a more specific provision of the earlier *Quebec Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, with which it conflicted. By analogy,

en niant son existence et en créant une règle qui exige à la fois une disposition législative établissant la fiducie présumée et une autre la confirmant. Une telle règle est inconnue en droit. Les tribunaux doivent reconnaître les conflits, apparents ou réels, et les résoudre lorsque la chose est possible.

[41] Un courant jurisprudentiel pancanadien a résolu le conflit apparent en faveur de la *LTA*, confirmant ainsi la validité des fiducies réputées à l’égard de la TPS dans le cadre de la *LACC*. Dans l’arrêt déterminant à ce sujet, *Ottawa Senators*, la Cour d’appel de l’Ontario a invoqué la doctrine de l’abrogation implicite et conclu que la disposition postérieure de la *LTA* devait avoir préséance sur la *LACC* (voir aussi *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219 (B.R. Alb.); *Gauntlet*).

[42] Dans *Ottawa Senators*, la Cour d’appel de l’Ontario a fondé sa conclusion sur deux considérations. Premièrement, elle était convaincue qu’en mentionnant explicitement la *LFI* — mais pas la *LACC* — au par. 222(3) de la *LTA*, le législateur a fait un choix délibéré. Je cite le juge MacPherson :

[TRADUCTION] La *LFI* et la *LACC* sont des lois fédérales étroitement liées entre elles. Je ne puis concevoir que le législateur ait pu mentionner expressément la *LFI* à titre d’exception, mais ait involontairement omis de considérer la *LACC* comme une deuxième exception possible. À mon avis, le fait que la *LACC* ne soit pas mentionnée au par. 222(3) de la *LTA* était presque assurément une omission mûrement réfléchie de la part du législateur. [par. 43]

[43] Deuxièmement, la Cour d’appel de l’Ontario a comparé le conflit entre la *LTA* et la *LACC* à celui dont a été saisie la Cour dans *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, et les a jugés [TRADUCTION] « identiques » (par. 46). Elle s’estimait donc tenue de suivre l’arrêt *Doré* (par. 49). Dans cet arrêt, la Cour a conclu qu’une disposition d’une loi de nature plus générale et récemment adoptée établissant un délai de prescription — le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* ») — avait eu pour effet d’abroger une disposition plus spécifique

the Ontario Court of Appeal held that the later in time and more general provision, s. 222(3) of the *ETA*, impliedly repealed the more specific and earlier in time provision, s. 18.3(1) of the *CCAA* (paras. 47-49).

[44] Viewing this issue in its entire context, several considerations lead me to conclude that neither the reasoning nor the result in *Ottawa Senators* can stand. While a conflict may exist at the level of the statutes' wording, a purposive and contextual analysis to determine Parliament's true intent yields the conclusion that Parliament could not have intended to restore the Crown's deemed trust priority in GST claims under the *CCAA* when it amended the *ETA* in 2000 with the *Sparrow Electric* amendment.

[45] I begin by recalling that Parliament has shown its willingness to move away from asserting priority for Crown claims in insolvency law. Section 18.3(1) of the *CCAA* (subject to the s. 18.3(2) exceptions) provides that the Crown's deemed trusts have no effect under the *CCAA*. Where Parliament has sought to protect certain Crown claims through statutory deemed trusts and intended that these deemed trusts continue in insolvency, it has legislated so explicitly and elaborately. For example, s. 18.3(2) of the *CCAA* and s. 67(3) of the *BIA* expressly provide that deemed trusts for source deductions remain effective in insolvency. Parliament has, therefore, clearly carved out exceptions from the general rule that deemed trusts are ineffective in insolvency. The *CCAA* and *BIA* are in harmony, preserving deemed trusts and asserting Crown priority only in respect of source deductions. Meanwhile, there is no express statutory basis for concluding that GST claims enjoy a preferred treatment under the *CCAA* or the *BIA*. Unlike source deductions, which are clearly and expressly dealt with under both these insolvency statutes, no such clear and express language exists

d'un texte de loi antérieur, la *Loi sur les cités et villes* du Québec, L.R.Q., ch. C-19, avec laquelle elle entrerait en conflit. Par analogie, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le par. 222(3) de la *LTA*, une disposition plus récente et plus générale, abrogeait implicitement la disposition antérieure plus spécifique, à savoir le par. 18.3(1) de la *LACC* (par. 47-49).

[44] En examinant la question dans tout son contexte, je suis amenée à conclure, pour plusieurs raisons, que ni le raisonnement ni le résultat de l'arrêt *Ottawa Senators* ne peuvent être adoptés. Bien qu'il puisse exister un conflit entre le libellé des textes de loi, une analyse téléologique et contextuelle visant à déterminer la véritable intention du législateur conduit à la conclusion que ce dernier ne saurait avoir eu l'intention de redonner la priorité, dans le cadre de la *LACC*, à la fiducie réputée de la Couronne à l'égard de ses créances relatives à la TPS quand il a apporté à la *LTA*, en 2000, la modification découlant de l'arrêt *Sparrow Electric*.

[45] Je rappelle d'abord que le législateur a manifesté sa volonté de mettre un terme à la priorité accordée aux créances de la Couronne dans le cadre du droit de l'insolvabilité. Selon le par. 18.3(1) de la *LACC* (sous réserve des exceptions prévues au par. 18.3(2)), les fiducies réputées de la Couronne n'ont aucun effet sous le régime de cette loi. Quand le législateur a voulu protéger certaines créances de la Couronne au moyen de fiducies réputées et voulu que celles-ci continuent de s'appliquer en situation d'insolvabilité, il l'a indiqué de manière explicite et minutieuse. Par exemple, le par. 18.3(2) de la *LACC* et le par. 67(3) de la *LFI* énoncent expressément que les fiducies réputées visant les retenues à la source continuent de produire leurs effets en cas d'insolvabilité. Le législateur a donc clairement établi des exceptions à la règle générale selon laquelle les fiducies réputées n'ont plus d'effet dans un contexte d'insolvabilité. La *LACC* et la *LFI* sont en harmonie : elles préservent les fiducies réputées et établissent la priorité de la Couronne seulement à l'égard des retenues à la source. En revanche, il n'existe aucune disposition législative expresse permettant de conclure que les créances relatives à la

in those Acts carving out an exception for GST claims.

[46] The internal logic of the *CCAA* also militates against upholding the *ETA* deemed trust for GST. The *CCAA* imposes limits on a suspension by the court of the Crown's rights in respect of source deductions but does not mention the *ETA* (s. 11.4). Since source deductions deemed trusts are granted explicit protection under the *CCAA*, it would be inconsistent to afford a better protection to the *ETA* deemed trust absent explicit language in the *CCAA*. Thus, the logic of the *CCAA* appears to subject the *ETA* deemed trust to the waiver by Parliament of its priority (s. 18.4).

[47] Moreover, a strange asymmetry would arise if the interpretation giving the *ETA* priority over the *CCAA* urged by the Crown is adopted here: the Crown would retain priority over GST claims during *CCAA* proceedings but not in bankruptcy. As courts have reflected, this can only encourage statute shopping by secured creditors in cases such as this one where the debtor's assets cannot satisfy both the secured creditors' and the Crown's claims (*Gauntlet*, at para. 21). If creditors' claims were better protected by liquidation under the *BIA*, creditors' incentives would lie overwhelmingly with avoiding proceedings under the *CCAA* and not risking a failed reorganization. Giving a key player in any insolvency such skewed incentives against reorganizing under the *CCAA* can only undermine that statute's remedial objectives and risk inviting the very social ills that it was enacted to avert.

TPS bénéficient d'un traitement préférentiel sous le régime de la *LACC* ou de la *LFI*. Alors que les retenues à la source font l'objet de dispositions explicites dans ces deux lois concernant l'insolvabilité, celles-ci ne comportent pas de dispositions claires et expresses analogues établissant une exception pour les créances relatives à la TPS.

[46] La logique interne de la *LACC* va également à l'encontre du maintien de la fiducie réputée établie dans la *LTA* à l'égard de la TPS. En effet, la *LACC* impose certaines limites à la suspension par les tribunaux des droits de la Couronne à l'égard des retenues à la source, mais elle ne fait pas mention de la *LTA* (art. 11.4). Comme les fiducies réputées visant les retenues à la source sont explicitement protégées par la *LACC*, il serait incohérent d'accorder une meilleure protection à la fiducie réputée établie par la *LTA* en l'absence de dispositions explicites en ce sens dans la *LACC*. Par conséquent, il semble découler de la logique de la *LACC* que la fiducie réputée établie par la *LTA* est visée par la renonciation du législateur à sa priorité (art. 18.4).

[47] De plus, il y aurait une étrange asymétrie si l'interprétation faisant primer la *LTA* sur la *LACC* préconisée par la Couronne était retenue en l'espèce : les créances de la Couronne relatives à la TPS conserveraient leur priorité de rang pendant les procédures fondées sur la *LACC*, mais pas en cas de faillite. Comme certains tribunaux l'ont bien vu, cela ne pourrait qu'encourager les créanciers à recourir à la loi la plus favorable dans les cas où, comme en l'espèce, l'actif du débiteur n'est pas suffisant pour permettre à la fois le paiement des créanciers garantis et le paiement des créances de la Couronne (*Gauntlet*, par. 21). Or, si les réclamations des créanciers étaient mieux protégées par la liquidation sous le régime de la *LFI*, les créanciers seraient très fortement incités à éviter les procédures prévues par la *LACC* et les risques d'échec d'une réorganisation. Le fait de donner à un acteur clé de telles raisons de s'opposer aux procédures de réorganisation fondées sur la *LACC* dans toute situation d'insolvabilité ne peut que miner les objectifs réparateurs de ce texte législatif et risque au contraire de favoriser les maux sociaux que son édicton visait justement à prévenir.

[48] Arguably, the effect of *Ottawa Senators* is mitigated if restructuring is attempted under the *BIA* instead of the *CCAA*, but it is not cured. If *Ottawa Senators* were to be followed, Crown priority over GST would differ depending on whether restructuring took place under the *CCAA* or the *BIA*. The anomaly of this result is made manifest by the fact that it would deprive companies of the option to restructure under the more flexible and responsive *CCAA* regime, which has been the statute of choice for complex reorganizations.

[49] Evidence that Parliament intended different treatments for GST claims in reorganization and bankruptcy is scant, if it exists at all. Section 222(3) of the *ETA* was enacted as part of a wide-ranging budget implementation bill in 2000. The summary accompanying that bill does not indicate that Parliament intended to elevate Crown priority over GST claims under the *CCAA* to the same or a higher level than source deductions claims. Indeed, the summary for deemed trusts states only that amendments to existing provisions are aimed at “ensuring that employment insurance premiums and Canada Pension Plan contributions that are required to be remitted by an employer are fully recoverable by the Crown in the case of the bankruptcy of the employer” (Summary to S.C. 2000, c. 30, at p. 4a). The wording of GST deemed trusts resembles that of statutory deemed trusts for source deductions and incorporates the same overriding language and reference to the *BIA*. However, as noted above, Parliament’s express intent is that only source deductions deemed trusts remain operative. An exception for the *BIA* in the statutory language establishing the source deductions deemed trusts accomplishes very little, because the explicit language of the *BIA* itself (and the *CCAA*) carves out these source deductions deemed trusts and maintains their effect. It is however noteworthy that no equivalent language maintaining GST deemed trusts exists under either the *BIA* or the *CCAA*.

[48] Peut-être l’effet de l’arrêt *Ottawa Senators* est-il atténué si la restructuration est tentée en vertu de la *LFI* au lieu de la *LACC*, mais il subsiste néanmoins. Si l’on suivait cet arrêt, la priorité de la créance de la Couronne relative à la TPS différerait selon le régime — *LACC* ou *LFI* — sous lequel la restructuration a lieu. L’anomalie de ce résultat ressort clairement du fait que les compagnies seraient ainsi privées de la possibilité de se restructurer sous le régime plus souple et mieux adapté de la *LACC*, régime privilégié en cas de réorganisations complexes.

[49] Les indications selon lesquelles le législateur voulait que les créances relatives à la TPS soient traitées différemment dans les cas de réorganisations et de faillites sont rares, voire inexistantes. Le paragraphe 222(3) de la *LTA* a été adopté dans le cadre d’un projet de loi d’exécution du budget de nature générale en 2000. Le sommaire accompagnant ce projet de loi n’indique pas que, dans le cadre de la *LACC*, le législateur entendait élever la priorité de la créance de la Couronne à l’égard de la TPS au même rang que les créances relatives aux retenues à la source ou encore à un rang supérieur à celles-ci. En fait, le sommaire mentionne simplement, en ce qui concerne les fiducies réputées, que les modifications apportées aux dispositions existantes visent à « faire en sorte que les cotisations à l’assurance-emploi et au Régime de pensions du Canada qu’un employeur est tenu de verser soient pleinement recouvrables par la Couronne en cas de faillite de l’employeur » (Sommaire de la L.C. 2000, ch. 30, p. 4a). Le libellé de la disposition créant une fiducie réputée à l’égard de la TPS ressemble à celui des dispositions créant de telles fiducies relatives aux retenues à la source et il comporte la même formule dérogatoire et la même mention de la *LFI*. Cependant, comme il a été souligné précédemment, le législateur a expressément précisé que seules les fiducies réputées visant les retenues à la source demeurent en vigueur. Une exception concernant la *LFI* dans la disposition créant les fiducies réputées à l’égard des retenues à la source est sans grande conséquence, car le texte explicite de la *LFI* elle-même (et celui de la *LACC*) établit ces fiducies et maintient leur effet. Il convient toutefois de souligner que ni la *LFI* ni la *LACC* ne comportent de disposition équivalente assurant le maintien en vigueur des fiducies réputées visant la TPS.

[50] It seems more likely that by adopting the same language for creating GST deemed trusts in the *ETA* as it did for deemed trusts for source deductions, and by overlooking the inclusion of an exception for the *CCAA* alongside the *BIA* in s. 222(3) of the *ETA*, Parliament may have inadvertently succumbed to a drafting anomaly. Because of a statutory lacuna in the *ETA*, the GST deemed trust could be seen as remaining effective in the *CCAA*, while ceasing to have any effect under the *BIA*, thus creating an apparent conflict with the wording of the *CCAA*. However, it should be seen for what it is: a facial conflict only, capable of resolution by looking at the broader approach taken to Crown priorities and by giving precedence to the statutory language of s. 18.3 of the *CCAA* in a manner that does not produce an anomalous outcome.

[51] Section 222(3) of the *ETA* evinces no explicit intention of Parliament to repeal *CCAA* s. 18.3. It merely creates an apparent conflict that must be resolved by statutory interpretation. Parliament's intent when it enacted *ETA* s. 222(3) was therefore far from unambiguous. Had it sought to give the Crown a priority for GST claims, it could have done so explicitly as it did for source deductions. Instead, one is left to infer from the language of *ETA* s. 222(3) that the GST deemed trust was intended to be effective under the *CCAA*.

[52] I am not persuaded that the reasoning in *Doré* requires the application of the doctrine of implied repeal in the circumstances of this case. The main issue in *Doré* concerned the impact of the adoption of the *C.C.Q.* on the administrative law rules with respect to municipalities. While Gonthier J. concluded in that case that the limitation provision in art. 2930 *C.C.Q.* had repealed by implication a limitation provision in the *Cities and Towns Act*, he did so on the basis of more than a textual analysis. The conclusion in *Doré* was reached after thorough

[50] Il semble plus probable qu'en adoptant, pour créer dans la *LTA* les fiducies réputées visant la TPS, le même libellé que celui utilisé pour les fiducies réputées visant les retenues à la source, et en omettant d'inclure au par. 222(3) de la *LTA* une exception à l'égard de la *LACC* en plus de celle établie pour la *LFI*, le législateur ait par inadvertance commis une anomalie rédactionnelle. En raison d'une lacune législative dans la *LTA*, il serait possible de considérer que la fiducie réputée visant la TPS continue de produire ses effets dans le cadre de la *LACC*, tout en cessant de le faire dans le cas de la *LFI*, ce qui entraînerait un conflit apparent avec le libellé de la *LACC*. Il faut cependant voir ce conflit comme il est : un conflit apparent seulement, que l'on peut résoudre en considérant l'approche générale adoptée envers les créances prioritaires de la Couronne et en donnant préséance au texte de l'art. 18.3 de la *LACC* d'une manière qui ne produit pas un résultat insolite.

[51] Le paragraphe 222(3) de la *LTA* ne révèle aucune intention explicite du législateur d'abroger l'art. 18.3 de la *LACC*. Il crée simplement un conflit apparent qui doit être résolu par voie d'interprétation législative. L'intention du législateur était donc loin d'être dépourvue d'ambiguïté quand il a adopté le par. 222(3) de la *LTA*. S'il avait voulu donner priorité aux créances de la Couronne relatives à la TPS dans le cadre de la *LACC*, il aurait pu le faire de manière aussi explicite qu'il l'a fait pour les retenues à la source. Or, au lieu de cela, on se trouve réduit à inférer du texte du par. 222(3) de la *LTA* que le législateur entendait que la fiducie réputée visant la TPS produise ses effets dans les procédures fondées sur la *LACC*.

[52] Je ne suis pas convaincue que le raisonnement adopté dans *Doré* exige l'application de la doctrine de l'abrogation implicite dans les circonstances de la présente affaire. La question principale dans *Doré* était celle de l'impact de l'adoption du *C.c.Q.* sur les règles de droit administratif relatives aux municipalités. Bien que le juge Gonthier ait conclu, dans cet arrêt, que le délai de prescription établi à l'art. 2930 du *C.c.Q.* avait eu pour effet d'abroger implicitement une disposition de la *Loi sur les cités et villes* portant sur la prescription, sa conclusion n'était pas

contextual analysis of both pieces of legislation, including an extensive review of the relevant legislative history (paras. 31-41). Consequently, the circumstances before this Court in *Doré* are far from “identical” to those in the present case, in terms of text, context and legislative history. Accordingly, *Doré* cannot be said to require the automatic application of the rule of repeal by implication.

[53] A noteworthy indicator of Parliament’s overall intent is the fact that in subsequent amendments it has not displaced the rule set out in the *CCAA*. Indeed, as indicated above, the recent amendments to the *CCAA* in 2005 resulted in the rule previously found in s. 18.3 being renumbered and reformulated as s. 37. Thus, to the extent the interpretation allowing the GST deemed trust to remain effective under the *CCAA* depends on *ETA* s. 222(3) having impliedly repealed *CCAA* s. 18.3(1) because it is later in time, we have come full circle. Parliament has renumbered and reformulated the provision of the *CCAA* stating that, subject to exceptions for source deductions, deemed trusts do not survive the *CCAA* proceedings and thus the *CCAA* is now the later in time statute. This confirms that Parliament’s intent with respect to GST deemed trusts is to be found in the *CCAA*.

[54] I do not agree with my colleague Abella J. that s. 44(f) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, can be used to interpret the 2005 amendments as having no effect. The new statute can hardly be said to be a mere re-enactment of the former statute. Indeed, the *CCAA* underwent a substantial review in 2005. Notably, acting consistently with its goal of treating both the *BIA* and the *CCAA* as sharing the same approach to insolvency, Parliament made parallel amendments to both statutes with respect to corporate proposals. In addition, new provisions were introduced regarding

fondée seulement sur une analyse textuelle. Il a en effet procédé à une analyse contextuelle approfondie des deux textes, y compris de l’historique législatif pertinent (par. 31-41). Par conséquent, les circonstances du cas dont était saisie la Cour dans *Doré* sont loin d’être « identiques » à celles du présent pourvoi, tant sur le plan du texte que sur celui du contexte et de l’historique législatif. On ne peut donc pas dire que l’arrêt *Doré* commande l’application automatique d’une règle d’abrogation implicite.

[53] Un bon indice de l’intention générale du législateur peut être tiré du fait qu’il n’a pas, dans les modifications subséquentes, écarté la règle énoncée dans la *LACC*. D’ailleurs, par suite des modifications apportées à cette loi en 2005, la règle figurant initialement à l’art. 18.3 a, comme nous l’avons vu plus tôt, été reprise sous une formulation différente à l’art. 37. Par conséquent, dans la mesure où l’interprétation selon laquelle la fiducie réputée visant la TPS demeurerait en vigueur dans le contexte de procédures en vertu de la *LACC* repose sur le fait que le par. 222(3) de la *LTA* constitue la disposition postérieure et a eu pour effet d’abroger implicitement le par. 18.3(1) de la *LACC*, nous revenons au point de départ. Comme le législateur a reformulé et renuméroté la disposition de la *LACC* précisant que, sous réserve des exceptions relatives aux retenues à la source, les fiducies réputées ne survivent pas à l’engagement de procédures fondées sur la *LACC*, c’est cette loi qui se trouve maintenant à être le texte postérieur. Cette constatation confirme que c’est dans la *LACC* qu’est exprimée l’intention du législateur en ce qui a trait aux fiducies réputées visant la TPS.

[54] Je ne suis pas d’accord avec ma collègue la juge Abella pour dire que l’al. 44f) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, permet d’interpréter les modifications de 2005 comme n’ayant aucun effet. La nouvelle loi peut difficilement être considérée comme une simple refonte de la loi antérieure. De fait, la *LACC* a fait l’objet d’un examen approfondi en 2005. En particulier, conformément à son objectif qui consiste à faire concorder l’approche de la *LFI* et celle de la *LACC* à l’égard de l’insolvabilité, le législateur a apporté aux deux textes des modifications allant dans le même sens en ce qui concerne les

the treatment of contracts, collective agreements, interim financing and governance agreements. The appointment and role of the Monitor was also clarified. Noteworthy are the limits imposed by CCAA s. 11.09 on the court's discretion to make an order staying the Crown's source deductions deemed trusts, which were formerly found in s. 11.4. No mention whatsoever is made of GST deemed trusts (see Summary to S.C. 2005, c. 47). The review went as far as looking at the very expression used to describe the statutory override of deemed trusts. The comments cited by my colleague only emphasize the clear intent of Parliament to maintain its policy that only source deductions deemed trusts survive in CCAA proceedings.

[55] In the case at bar, the legislative context informs the determination of Parliament's legislative intent and supports the conclusion that *ETA* s. 222(3) was not intended to narrow the scope of the CCAA's override provision. Viewed in its entire context, the conflict between the *ETA* and the CCAA is more apparent than real. I would therefore not follow the reasoning in *Ottawa Senators* and affirm that CCAA s. 18.3 remained effective.

[56] My conclusion is reinforced by the purpose of the CCAA as part of Canadian remedial insolvency legislation. As this aspect is particularly relevant to the second issue, I will now discuss how courts have interpreted the scope of their discretionary powers in supervising a CCAA reorganization and how Parliament has largely endorsed this interpretation. Indeed, the interpretation courts have given to the CCAA helps in understanding how the CCAA grew to occupy such a prominent role in Canadian insolvency law.

propositions présentées par les entreprises. De plus, de nouvelles dispositions ont été ajoutées au sujet des contrats, des conventions collectives, du financement temporaire et des accords de gouvernance. Des clarifications ont aussi été apportées quant à la nomination et au rôle du contrôleur. Il convient par ailleurs de souligner les limites imposées par l'art. 11.09 de la *LACC* au pouvoir discrétionnaire du tribunal d'ordonner la suspension de l'effet des fiducies réputées créées en faveur de la Couronne relativement aux retenues à la source, limites qui étaient auparavant énoncées à l'art. 11.4. Il n'est fait aucune mention des fiducies réputées visant la TPS (voir le Sommaire de la L.C. 2005, ch. 47). Dans le cadre de cet examen, le législateur est allé jusqu'à se pencher sur les termes mêmes utilisés dans la loi pour écarter l'application des fiducies réputées. Les commentaires cités par ma collègue ne font que souligner l'intention manifeste du législateur de maintenir sa politique générale suivant laquelle seules les fiducies réputées visant les retenues à la source survivent en cas de procédures fondées sur la *LACC*.

[55] En l'espèce, le contexte législatif aide à déterminer l'intention du législateur et conforte la conclusion selon laquelle le par. 222(3) de la *LTA* ne visait pas à restreindre la portée de la disposition de la *LACC* écartant l'application des fiducies réputées. Eu égard au contexte dans son ensemble, le conflit entre la *LTA* et la *LACC* est plus apparent que réel. Je n'adopterais donc pas le raisonnement de l'arrêt *Ottawa Senators* et je confirmerais que l'art. 18.3 de la *LACC* a continué de produire ses effets.

[56] Ma conclusion est renforcée par l'objectif de la *LACC* en tant que composante du régime réparateur instauré la législation canadienne en matière d'insolvabilité. Comme cet aspect est particulièrement pertinent à propos de la deuxième question, je vais maintenant examiner la façon dont les tribunaux ont interprété l'étendue des pouvoirs discrétionnaires dont ils disposent lorsqu'ils surveillent une réorganisation fondée sur la *LACC*, ainsi que la façon dont le législateur a dans une large mesure entériné cette interprétation. L'interprétation de la *LACC* par les tribunaux aide en fait à comprendre comment celle-ci en est venue à jouer un rôle si important dans le droit canadien de l'insolvabilité.

3.3 *Discretionary Power of a Court Supervising a CCAA Reorganization*

[57] Courts frequently observe that “[t]he CCAA is skeletal in nature” and does not “contain a comprehensive code that lays out all that is permitted or barred” (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, at para. 44, *per* Blair J.A.). Accordingly, “[t]he history of CCAA law has been an evolution of judicial interpretation” (*Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 10, *per* Farley J.).

[58] CCAA decisions are often based on discretionary grants of jurisdiction. The incremental exercise of judicial discretion in commercial courts under conditions one practitioner aptly describes as “the hothouse of real-time litigation” has been the primary method by which the CCAA has been adapted and has evolved to meet contemporary business and social needs (see Jones, at p. 484).

[59] Judicial discretion must of course be exercised in furtherance of the CCAA’s purposes. The remedial purpose I referred to in the historical overview of the Act is recognized over and over again in the jurisprudence. To cite one early example:

The legislation is remedial in the purest sense in that it provides a means whereby the devastating social and economic effects of bankruptcy or creditor initiated termination of ongoing business operations can be avoided while a court-supervised attempt to reorganize the financial affairs of the debtor company is made.

(*Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, at para. 57, *per* Doherty J.A., dissenting)

[60] Judicial decision making under the CCAA takes many forms. A court must first of all provide the conditions under which the debtor can attempt to reorganize. This can be achieved by

3.3 *Pouvoirs discrétionnaires du tribunal chargé de surveiller une réorganisation fondée sur la LACC*

[57] Les tribunaux font souvent remarquer que [TRADUCTION] « [l]a LACC est par nature schématisque » et ne « contient pas un code complet énonçant tout ce qui est permis et tout ce qui est interdit » (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, par. 44, le juge Blair). Par conséquent, [TRADUCTION] « [l]’histoire du droit relatif à la LACC correspond à l’évolution de ce droit au fil de son interprétation par les tribunaux » (*Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 10, le juge Farley).

[58] Les décisions prises en vertu de la LACC découlent souvent de l’exercice discrétionnaire de certains pouvoirs. C’est principalement au fil de l’exercice par les juridictions commerciales de leurs pouvoirs discrétionnaires, et ce, dans des conditions décrites avec justesse par un praticien comme constituant [TRADUCTION] « la pépinière du contentieux en temps réel », que la LACC a évolué de façon graduelle et s’est adaptée aux besoins commerciaux et sociaux contemporains (voir Jones, p. 484).

[59] L’exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs discrétionnaires doit évidemment tendre à la réalisation des objectifs de la LACC. Le caractère réparateur dont j’ai fait état dans mon aperçu historique de la Loi a à maintes reprises été reconnu dans la jurisprudence. Voici l’un des premiers exemples :

[TRADUCTION] La loi est réparatrice au sens le plus pur du terme, en ce qu’elle fournit un moyen d’éviter les effets dévastateurs, — tant sur le plan social qu’économique — de la faillite ou de l’arrêt des activités d’une entreprise, à l’initiation des créanciers, pendant que des efforts sont déployés, sous la surveillance du tribunal, en vue de réorganiser la situation financière de la compagnie débitrice.

(*Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, par. 57, le juge Doherty, dissident)

[60] Le processus décisionnel des tribunaux sous le régime de la LACC comporte plusieurs aspects. Le tribunal doit d’abord créer les conditions propres à permettre au débiteur de tenter une réorganisation.

staying enforcement actions by creditors to allow the debtor's business to continue, preserving the *status quo* while the debtor plans the compromise or arrangement to be presented to creditors, and supervising the process and advancing it to the point where it can be determined whether it will succeed (see, e.g., *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), at pp. 88-89; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134, at para. 27). In doing so, the court must often be cognizant of the various interests at stake in the reorganization, which can extend beyond those of the debtor and creditors to include employees, directors, shareholders, and even other parties doing business with the insolvent company (see, e.g., *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9, at para. 144, *per* Paperny J. (as she then was); *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173 (Ont. S.C.J.), at para. 3; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366 (Ont. S.C.J.), at para. 13, *per* Farley J.; Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 181-92 and 217-26). In addition, courts must recognize that on occasion the broader public interest will be engaged by aspects of the reorganization and may be a factor against which the decision of whether to allow a particular action will be weighed (see, e.g., *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158 (Ont. S.C.J.), at para. 2, *per* Blair J. (as he then was); Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 195-214).

[61] When large companies encounter difficulty, reorganizations become increasingly complex. CCAA courts have been called upon to innovate accordingly in exercising their jurisdiction beyond merely staying proceedings against the debtor to allow breathing room for reorganization. They have been asked to sanction measures for which there is no explicit authority in the CCAA. Without exhaustively cataloguing the various measures taken under the authority of the CCAA, it is useful to refer briefly to a few examples to illustrate the flexibility the statute affords supervising courts.

Il peut à cette fin suspendre les mesures d'exécution prises par les créanciers afin que le débiteur puisse continuer d'exploiter son entreprise, préserver le statu quo pendant que le débiteur prépare la transaction ou l'arrangement qu'il présentera aux créanciers et surveiller le processus et le mener jusqu'au point où il sera possible de dire s'il aboutira (voir, p. ex., *Chef Ready Foods Ltd. c. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), p. 88-89; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134, par. 27). Ce faisant, le tribunal doit souvent déterminer les divers intérêts en jeu dans la réorganisation, lesquels peuvent fort bien ne pas se limiter aux seuls intérêts du débiteur et des créanciers, mais englober aussi ceux des employés, des administrateurs, des actionnaires et même de tiers qui font affaire avec la compagnie insolvable (voir, p. ex., *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9, par. 144, la juge Paperny (maintenant juge de la Cour d'appel); *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173 (C.S.J. Ont.), par. 3; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366 (C.S.J. Ont.), par. 13, le juge Farley; Sarra, *Creditor Rights*, p. 181-192 et 217-226). En outre, les tribunaux doivent reconnaître que, à l'occasion, certains aspects de la réorganisation concernent l'intérêt public et qu'il pourrait s'agir d'un facteur devant être pris en compte afin de décider s'il y a lieu d'autoriser une mesure donnée (voir, p. ex., *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158 (C.S.J. Ont.), par. 2, le juge Blair (maintenant juge de la Cour d'appel); Sarra, *Creditor Rights*, p. 195-214).

[61] Quand de grandes entreprises éprouvent des difficultés, les réorganisations deviennent très complexes. Les tribunaux chargés d'appliquer la LACC ont ainsi été appelés à innover dans l'exercice de leur compétence et ne se sont pas limités à suspendre les procédures engagées contre le débiteur afin de lui permettre de procéder à une réorganisation. On leur a demandé de sanctionner des mesures non expressément prévues par la LACC. Sans dresser la liste complète des diverses mesures qui ont été prises par des tribunaux en vertu de la LACC, il est néanmoins utile d'en donner brièvement quelques exemples, pour bien illustrer la marge de manœuvre que la loi accorde à ceux-ci.

[62] Perhaps the most creative use of CCAA authority has been the increasing willingness of courts to authorize post-filing security for debtor in possession financing or super-priority charges on the debtor's assets when necessary for the continuation of the debtor's business during the reorganization (see, e.g., *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, aff'g (1999), 12 C.B.R. (4th) 144 (S.C.); and generally, J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), at pp. 93-115). The CCAA has also been used to release claims against third parties as part of approving a comprehensive plan of arrangement and compromise, even over the objections of some dissenting creditors (see *Metcalfe & Mansfield*). As well, the appointment of a Monitor to oversee the reorganization was originally a measure taken pursuant to the CCAA's supervisory authority; Parliament responded, making the mechanism mandatory by legislative amendment.

[63] Judicial innovation during CCAA proceedings has not been without controversy. At least two questions it raises are directly relevant to the case at bar: (1) What are the sources of a court's authority during CCAA proceedings? (2) What are the limits of this authority?

[64] The first question concerns the boundary between a court's statutory authority under the CCAA and a court's residual authority under its inherent and equitable jurisdiction when supervising a reorganization. In authorizing measures during CCAA proceedings, courts have on occasion purported to rely upon their equitable jurisdiction to advance the purposes of the Act or their inherent jurisdiction to fill gaps in the statute. Recent appellate decisions have counselled against

[62] L'utilisation la plus créative des pouvoirs conférés par la LACC est sans doute le fait que les tribunaux se montrent de plus en plus disposés à autoriser, après le dépôt des procédures, la constitution de sûretés pour financer le débiteur demeuré en possession des biens ou encore la constitution de charges super-prioritaires grevant l'actif du débiteur lorsque cela est nécessaire pour que ce dernier puisse continuer d'exploiter son entreprise pendant la réorganisation (voir, p. ex., *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118 (C. Ont. (Div. gén.)); *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, conf. (1999), 12 C.B.R. (4th) 144 (C.S.); et, d'une manière générale, J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), p. 93-115). La LACC a aussi été utilisée pour libérer des tiers des actions susceptibles d'être intentées contre eux, dans le cadre de l'approbation d'un plan global d'arrangement et de transaction, malgré les objections de certains créanciers dissidents (voir *Metcalfe & Mansfield*). Au départ, la nomination d'un contrôleur chargé de surveiller la réorganisation était elle aussi une mesure prise en vertu du pouvoir de surveillance conféré par la LACC, mais le législateur est intervenu et a modifié la loi pour rendre cette mesure obligatoire.

[63] L'esprit d'innovation dont ont fait montre les tribunaux pendant des procédures fondées sur la LACC n'a toutefois pas été sans susciter de controverses. Au moins deux des questions que soulève leur approche sont directement pertinentes en l'espèce : (1) Quelles sont les sources des pouvoirs dont dispose le tribunal pendant les procédures fondées sur la LACC? (2) Quelles sont les limites de ces pouvoirs?

[64] La première question porte sur la frontière entre les pouvoirs d'origine législative dont dispose le tribunal en vertu de la LACC et les pouvoirs résiduels dont jouit un tribunal en raison de sa compétence inhérente et de sa compétence en equity, lorsqu'il est question de surveiller une réorganisation. Pour justifier certaines mesures autorisées à l'occasion de procédures engagées sous le régime de la LACC, les tribunaux ont parfois prétendu se fonder sur leur compétence en equity dans le but

purporting to rely on inherent jurisdiction, holding that the better view is that courts are in most cases simply construing the authority supplied by the CCAA itself (see, e.g., *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236, at paras. 45-47, *per* Newbury J.A.; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), at paras. 31-33, *per* Blair J.A.).

[65] I agree with Justice Georgina R. Jackson and Professor Janis Sarra that the most appropriate approach is a hierarchical one in which courts rely first on an interpretation of the provisions of the CCAA text before turning to inherent or equitable jurisdiction to anchor measures taken in a CCAA proceeding (see G. R. Jackson and J. Sarra, “Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41, at p. 42). The authors conclude that when given an appropriately purposive and liberal interpretation, the CCAA will be sufficient in most instances to ground measures necessary to achieve its objectives (p. 94).

[66] Having examined the pertinent parts of the CCAA and the recent history of the legislation, I accept that in most instances the issuance of an order during CCAA proceedings should be considered an exercise in statutory interpretation. Particularly noteworthy in this regard is the expansive interpretation the language of the statute at issue is capable of supporting.

[67] The initial grant of authority under the CCAA empowered a court “where an application is made under this Act in respect of a company . . . on the application of any person interested in the

de réaliser les objectifs de la Loi ou sur leur compétence inhérente afin de combler les lacunes de celle-ci. Or, dans de récentes décisions, des cours d’appel ont déconseillé aux tribunaux d’invoquer leur compétence inhérente, concluant qu’il est plus juste de dire que, dans la plupart des cas, les tribunaux ne font simplement qu’interpréter les pouvoirs se trouvant dans la LACC elle-même (voir, p. ex., *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236, par. 45-47, la juge Newbury; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), par. 31-33, le juge Blair).

[65] Je suis d’accord avec la juge Georgina R. Jackson et la professeure Janis Sarra pour dire que la méthode la plus appropriée est une approche hiérarchisée. Suivant cette approche, les tribunaux procèdent d’abord à une interprétation des dispositions de la LACC avant d’invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour justifier des mesures prises dans le cadre d’une procédure fondée sur la LACC (voir G. R. Jackson et J. Sarra, « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41, p. 42). Selon ces auteures, pourvu qu’on lui donne l’interprétation téléologique et large qui s’impose, la LACC permettra dans la plupart des cas de justifier les mesures nécessaires à la réalisation de ses objectifs (p. 94).

[66] L’examen des parties pertinentes de la LACC et de l’évolution récente de la législation me font adhérer à ce point de vue jurisprudentiel et doctrinal : dans la plupart des cas, la décision de rendre une ordonnance durant une procédure fondée sur la LACC relève de l’interprétation législative. D’ailleurs, à cet égard, il faut souligner d’une façon particulière que le texte de loi dont il est question en l’espèce peut être interprété très largement.

[67] En vertu du pouvoir conféré initialement par la LACC, le tribunal pouvait, « chaque fois qu’une demande [était] faite sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie, [. . .] sur demande

matter, . . . subject to this Act, [to] make an order under this section” (*CCAA*, s. 11(1)). The plain language of the statute was very broad.

[68] In this regard, though not strictly applicable to the case at bar, I note that Parliament has in recent amendments changed the wording contained in s. 11(1), making explicit the discretionary authority of the court under the *CCAA*. Thus, in s. 11 of the *CCAA* as currently enacted, a court may, “subject to the restrictions set out in this Act, . . . make any order that it considers appropriate in the circumstances” (S.C. 2005, c. 47, s. 128). Parliament appears to have endorsed the broad reading of *CCAA* authority developed by the jurisprudence.

[69] The *CCAA* also explicitly provides for certain orders. Both an order made on an initial application and an order on subsequent applications may stay, restrain, or prohibit existing or new proceedings against the debtor. The burden is on the applicant to satisfy the court that the order is appropriate in the circumstances and that the applicant has been acting in good faith and with due diligence (*CCAA*, ss. 11(3), (4) and (6)).

[70] The general language of the *CCAA* should not be read as being restricted by the availability of more specific orders. However, the requirements of appropriateness, good faith, and due diligence are baseline considerations that a court should always bear in mind when exercising *CCAA* authority. Appropriateness under the *CCAA* is assessed by inquiring whether the order sought advances the policy objectives underlying the *CCAA*. The question is whether the order will usefully further efforts to achieve the remedial purpose of the *CCAA* — avoiding the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company. I would add that appropriateness extends not only to the purpose of the order, but also to the means it employs. Courts should be mindful that chances for successful reorganizations are enhanced where participants achieve common ground and all

d’un intéressé, [. . .] sous réserve des autres dispositions de la présente loi [. . .] rendre l’ordonnance prévue au présent article » (*LACC*, par. 11(1)). Cette formulation claire était très générale.

[68] Bien que ces dispositions ne soient pas strictement applicables en l’espèce, je signale à ce propos que le législateur a, dans des modifications récentes, apporté au texte du par. 11(1) un changement qui rend plus explicite le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par la *LACC*. Ainsi, aux termes de l’art. 11 actuel de la *LACC*, le tribunal peut « rendre [. . .] sous réserve des restrictions prévues par la présente loi [. . .] toute ordonnance qu’il estime indiquée » (L.C. 2005, ch. 47, art. 128). Le législateur semble ainsi avoir jugé opportun de sanctionner l’interprétation large du pouvoir conféré par la *LACC* qui a été élaborée par la jurisprudence.

[69] De plus, la *LACC* prévoit explicitement certaines ordonnances. Tant à la suite d’une demande initiale que d’une demande subséquente, le tribunal peut, par ordonnance, suspendre ou interdire toute procédure contre le débiteur, ou surseoir à sa continuation. Il incombe à la personne qui demande une telle ordonnance de convaincre le tribunal qu’elle est indiquée et qu’il a agi et continue d’agir de bonne foi et avec la diligence voulue (*LACC*, par. 11(3), (4) et (6)).

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

stakeholders are treated as advantageously and fairly as the circumstances permit.

[71] It is well established that efforts to reorganize under the *CCAA* can be terminated and the stay of proceedings against the debtor lifted if the reorganization is “doomed to failure” (see *Chef Ready*, at p. 88; *Philip’s Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25 (B.C.C.A.), at paras. 6-7). However, when an order is sought that does realistically advance the *CCAA*’s purposes, the ability to make it is within the discretion of a *CCAA* court.

[72] The preceding discussion assists in determining whether the court had authority under the *CCAA* to continue the stay of proceedings against the Crown once it was apparent that reorganization would fail and bankruptcy was the inevitable next step.

[73] In the Court of Appeal, Tysoe J.A. held that no authority existed under the *CCAA* to continue staying the Crown’s enforcement of the GST deemed trust once efforts at reorganization had come to an end. The appellant submits that in so holding, Tysoe J.A. failed to consider the underlying purpose of the *CCAA* and give the statute an appropriately purposive and liberal interpretation under which the order was permissible. The Crown submits that Tysoe J.A. correctly held that the mandatory language of the *ETA* gave the court no option but to permit enforcement of the GST deemed trust when lifting the *CCAA* stay to permit the debtor to make an assignment under the *BIA*. Whether the *ETA* has a mandatory effect in the context of a *CCAA* proceeding has already been discussed. I will now address the question of whether the order was authorized by the *CCAA*.

doivent se rappeler que les chances de succès d’une réorganisation sont meilleures lorsque les participants arrivent à s’entendre et que tous les intéressés sont traités de la façon la plus avantageuse et juste possible dans les circonstances.

[71] Il est bien établi qu’il est possible de mettre fin aux efforts déployés pour procéder à une réorganisation fondée sur la *LACC* et de lever la suspension des procédures contre le débiteur si la réorganisation est [TRADUCTION] « vouée à l’échec » (voir *Chef Ready*, p. 88; *Philip’s Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25 (C.A.C.-B.), par. 6-7). Cependant, quand l’ordonnance demandée contribue vraiment à la réalisation des objectifs de la *LACC*, le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal en vertu de cette loi l’habilite à rendre à cette ordonnance.

[72] L’analyse qui précède est utile pour répondre à la question de savoir si le tribunal avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir de maintenir la suspension des procédures à l’encontre de la Couronne, une fois qu’il est devenu évident que la réorganisation échouerait et que la faillite était inévitable.

[73] En Cour d’appel, le juge Tysoe a conclu que la *LACC* n’habilitait pas le tribunal à maintenir la suspension des mesures d’exécution de la Couronne à l’égard de la fiducie réputée visant la TPS après l’arrêt des efforts de réorganisation. Selon l’appelante, en tirant cette conclusion, le juge Tysoe a omis de tenir compte de l’objectif fondamental de la *LACC* et n’a pas donné à ce texte l’interprétation téléologique et large qu’il convient de lui donner et qui autorise le prononcé d’une telle ordonnance. La Couronne soutient que le juge Tysoe a conclu à bon droit que les termes impératifs de la *LTA* ne laissaient au tribunal d’autre choix que d’autoriser les mesures d’exécution à l’endroit de la fiducie réputée visant la TPS lorsqu’il a levé la suspension de procédures qui avait été ordonnée en application de la *LACC* afin de permettre au débiteur de faire cession de ses biens en vertu de la *LFI*. J’ai déjà traité de la question de savoir si la *LTA* a un effet contraignant dans une procédure fondée sur la *LACC*. Je vais maintenant traiter de la question de savoir si l’ordonnance était autorisée par la *LACC*.

[74] It is beyond dispute that the *CCAA* imposes no explicit temporal limitations upon proceedings commenced under the Act that would prohibit ordering a continuation of the stay of the Crown's GST claims while lifting the general stay of proceedings temporarily to allow the debtor to make an assignment in bankruptcy.

[75] The question remains whether the order advanced the underlying purpose of the *CCAA*. The Court of Appeal held that it did not because the reorganization efforts had come to an end and the *CCAA* was accordingly spent. I disagree.

[76] There is no doubt that had reorganization been commenced under the *BIA* instead of the *CCAA*, the Crown's deemed trust priority for the GST funds would have been lost. Similarly, the Crown does not dispute that under the scheme of distribution in bankruptcy under the *BIA* the deemed trust for GST ceases to have effect. Thus, after reorganization under the *CCAA* failed, creditors would have had a strong incentive to seek immediate bankruptcy and distribution of the debtor's assets under the *BIA*. In order to conclude that the discretion does not extend to partially lifting the stay in order to allow for an assignment in bankruptcy, one would have to assume a gap between the *CCAA* and the *BIA* proceedings. Brenner C.J.S.C.'s order staying Crown enforcement of the GST claim ensured that creditors would not be disadvantaged by the attempted reorganization under the *CCAA*. The effect of his order was to blunt any impulse of creditors to interfere in an orderly liquidation. His order was thus in furtherance of the *CCAA*'s objectives to the extent that it allowed a bridge between the *CCAA* and *BIA* proceedings. This interpretation of the tribunal's discretionary power is buttressed by s. 20 of the *CCAA*. That section provides that the *CCAA* "may be applied together with the provisions of any Act of Parliament . . . that authorizes or makes provision for the sanction of compromises or arrangements between a company and its shareholders or any class of them", such as

[74] Il n'est pas contesté que la *LACC* n'assujettit les procédures engagées sous son régime à aucune limite temporelle explicite qui interdirait au tribunal d'ordonner le maintien de la suspension des procédures engagées par la Couronne pour recouvrer la TPS, tout en levant temporairement la suspension générale des procédures prononcée pour permettre au débiteur de faire cession de ses biens.

[75] Il reste à se demander si l'ordonnance contribuait à la réalisation de l'objectif fondamental de la *LACC*. La Cour d'appel a conclu que non, parce que les efforts de réorganisation avaient pris fin et que, par conséquent, la *LACC* n'était plus d'aucune utilité. Je ne partage pas cette conclusion.

[76] Il ne fait aucun doute que si la réorganisation avait été entreprise sous le régime de la *LFI* plutôt qu'en vertu de la *LACC*, la Couronne aurait perdu la priorité que lui confère la fiducie réputée visant la TPS. De même, la Couronne ne conteste pas que, selon le plan de répartition prévu par la *LFI* en cas de faillite, cette fiducie réputée cesse de produire ses effets. Par conséquent, après l'échec de la réorganisation tentée sous le régime de la *LACC*, les créanciers auraient eu toutes les raisons de solliciter la mise en faillite immédiate du débiteur et la répartition de ses biens en vertu de la *LFI*. Pour pouvoir conclure que le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal ne l'autorise pas à lever partiellement la suspension des procédures afin de permettre la cession des biens, il faudrait présumer l'existence d'un hiatus entre la procédure fondée sur la *LACC* et celle fondée sur la *LFI*. L'ordonnance du juge en chef Brenner suspendant l'exécution des mesures de recouvrement de la Couronne à l'égard de la TPS faisait en sorte que les créanciers ne soient pas désavantagés par la tentative de réorganisation fondée sur la *LACC*. Cette ordonnance avait pour effet de dissuader les créanciers d'entraver une liquidation ordonnée et, de ce fait, elle contribuait à la réalisation des objectifs de la *LACC*, dans la mesure où elle établissait une passerelle entre les procédures régies par la *LACC* d'une part et celles régies par la *LFI* d'autre part. Cette interprétation du pouvoir discrétionnaire du tribunal se trouve renforcée par

the *BIA*. Section 20 clearly indicates the intention of Parliament for the *CCAA* to operate *in tandem* with other insolvency legislation, such as the *BIA*.

[77] The *CCAA* creates conditions for preserving the *status quo* while attempts are made to find common ground amongst stakeholders for a reorganization that is fair to all. Because the alternative to reorganization is often bankruptcy, participants will measure the impact of a reorganization against the position they would enjoy in liquidation. In the case at bar, the order fostered a harmonious transition between reorganization and liquidation while meeting the objective of a single collective proceeding that is common to both statutes.

[78] Tysoe J.A. therefore erred in my view by treating the *CCAA* and the *BIA* as distinct regimes subject to a temporal gap between the two, rather than as forming part of an integrated body of insolvency law. Parliament's decision to maintain two statutory schemes for reorganization, the *BIA* and the *CCAA*, reflects the reality that reorganizations of differing complexity require different legal mechanisms. By contrast, only one statutory scheme has been found to be needed to liquidate a bankrupt debtor's estate. The transition from the *CCAA* to the *BIA* may require the partial lifting of a stay of proceedings under the *CCAA* to allow commencement of the *BIA* proceedings. However, as Laskin J.A. for the Ontario Court of Appeal noted in a similar competition between secured creditors and the Ontario Superintendent of Financial Services seeking to enforce a deemed trust, "[t]he two statutes are related" and no "gap" exists between the two statutes which would allow the enforcement of property interests at the conclusion of *CCAA* proceedings that would be

l'art. 20 de la *LACC*, qui précise que les dispositions de la Loi « peuvent être appliquées conjointement avec celles de toute loi fédérale [...] autorisant ou prévoyant l'homologation de transactions ou arrangements entre une compagnie et ses actionnaires ou une catégorie de ces derniers », par exemple la *LFI*. L'article 20 indique clairement que le législateur entend voir la *LACC* être appliquée *de concert* avec les autres lois concernant l'insolvabilité, telle la *LFI*.

[77] La *LACC* établit les conditions qui permettent de préserver le statu quo pendant qu'on tente de trouver un terrain d'entente entre les intéressés en vue d'une réorganisation qui soit juste pour tout le monde. Étant donné que, souvent, la seule autre solution est la faillite, les participants évaluent l'impact d'une réorganisation en regard de la situation qui serait la leur en cas de liquidation. En l'espèce, l'ordonnance favorisait une transition harmonieuse entre la réorganisation et la liquidation, tout en répondant à l'objectif — commun aux deux lois — qui consiste à avoir une seule procédure collective.

[78] À mon avis, le juge d'appel Tysoe a donc commis une erreur en considérant la *LACC* et la *LFI* comme des régimes distincts, séparés par un hiatus temporel, plutôt que comme deux lois faisant partie d'un ensemble intégré de règles du droit de l'insolvabilité. La décision du législateur de conserver deux régimes législatifs en matière de réorganisation, la *LFI* et la *LACC*, reflète le fait bien réel que des réorganisations de complexité différente requièrent des mécanismes légaux différents. En revanche, un seul régime législatif est jugé nécessaire pour la liquidation de l'actif d'un débiteur en faillite. Le passage de la *LACC* à la *LFI* peut exiger la levée partielle d'une suspension de procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, de façon à permettre l'engagement des procédures fondées sur la *LFI*. Toutefois, comme l'a signalé le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario dans un litige semblable opposant des créanciers garantis et le Surintendant des services financiers de l'Ontario qui invoquait le bénéfice d'une fiducie réputée, [TRADUCTION] « [L]es deux lois sont

lost in bankruptcy (*Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108, at paras. 62-63).

[79] The Crown's priority in claims pursuant to source deductions deemed trusts does not undermine this conclusion. Source deductions deemed trusts survive under both the *CCAA* and the *BIA*. Accordingly, creditors' incentives to prefer one Act over another will not be affected. While a court has a broad discretion to stay source deductions deemed trusts in the *CCAA* context, this discretion is nevertheless subject to specific limitations applicable only to source deductions deemed trusts (*CCAA*, s. 11.4). Thus, if *CCAA* reorganization fails (e.g., either the creditors or the court refuse a proposed reorganization), the Crown can immediately assert its claim in unremitted source deductions. But this should not be understood to affect a seamless transition into bankruptcy or create any "gap" between the *CCAA* and the *BIA* for the simple reason that, regardless of what statute the reorganization had been commenced under, creditors' claims in both instances would have been subject to the priority of the Crown's source deductions deemed trust.

[80] Source deductions deemed trusts aside, the comprehensive and exhaustive mechanism under the *BIA* must control the distribution of the debtor's assets once liquidation is inevitable. Indeed, an orderly transition to liquidation is mandatory under the *BIA* where a proposal is rejected by creditors. The *CCAA* is silent on the transition into liquidation but the breadth of the court's discretion under the Act is sufficient to construct a bridge to liquidation under the *BIA*. The court must do so in a manner that does not subvert the scheme of distribution under the *BIA*. Transition

liées » et il n'existe entre elles aucun « hiatus » qui permettrait d'obtenir l'exécution, à l'issue de procédures engagées sous le régime de la *LACC*, de droits de propriété qui seraient perdus en cas de faillite (*Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108, par. 62-63).

[79] La priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur une fiducie réputée visant des retenues à la source n'affaiblit en rien cette conclusion. Comme ces fiducies réputées survivent tant sous le régime de la *LACC* que sous celui de la *LFI*, ce facteur n'a aucune incidence sur l'intérêt que pourraient avoir les créanciers à préférer une loi plutôt que l'autre. S'il est vrai que le tribunal agissant en vertu de la *LACC* dispose d'une grande latitude pour suspendre les réclamations fondée sur des fiducies réputées visant des retenues à la source, cette latitude n'en demeure pas moins soumise à des limitations particulières, applicables uniquement à ces fiducies réputées (*LACC*, art. 11.4). Par conséquent, si la réorganisation tentée sous le régime de la *LACC* échoue (p. ex. parce que le tribunal ou les créanciers refusent une proposition de réorganisation), la Couronne peut immédiatement présenter sa réclamation à l'égard des retenues à la source non versées. Mais il ne faut pas en conclure que cela compromet le passage harmonieux au régime de faillite ou crée le moindre « hiatus » entre la *LACC* et la *LFI*, car le fait est que, peu importe la loi en vertu de laquelle la réorganisation a été amorcée, les réclamations des créanciers auraient dans les deux cas été subordonnées à la priorité de la fiducie réputée de la Couronne à l'égard des retenues à la source.

[80] Abstraction faite des fiducies réputées visant les retenues à la source, c'est le mécanisme complet et exhaustif prévu par la *LFI* qui doit régir la répartition des biens du débiteur une fois que la liquidation est devenue inévitable. De fait, une transition ordonnée aux procédures de liquidation est obligatoire sous le régime de la *LFI* lorsqu'une proposition est rejetée par les créanciers. La *LACC* est muette à l'égard de cette transition, mais l'ampleur du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par cette loi est suffisante pour établir une passerelle vers une liquidation opérée sous le régime

to liquidation requires partially lifting the *CCAA* stay to commence proceedings under the *BIA*. This necessary partial lifting of the stay should not trigger a race to the courthouse in an effort to obtain priority unavailable under the *BIA*.

[81] I therefore conclude that Brenner C.J.S.C. had the authority under the *CCAA* to lift the stay to allow entry into liquidation.

3.4 *Express Trust*

[82] The last issue in this case is whether Brenner C.J.S.C. created an express trust in favour of the Crown when he ordered on April 29, 2008, that proceeds from the sale of LeRoy Trucking's assets equal to the amount of unremitted GST be held back in the Monitor's trust account until the results of the reorganization were known. Tysoe J.A. in the Court of Appeal concluded as an alternative ground for allowing the Crown's appeal that it was the beneficiary of an express trust. I disagree.

[83] Creation of an express trust requires the presence of three certainties: intention, subject matter, and object. Express or "true trusts" arise from the acts and intentions of the settlor and are distinguishable from other trusts arising by operation of law (see D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at pp. 28-29, especially fn. 42).

[84] Here, there is no certainty to the object (i.e. the beneficiary) inferable from the court's order of April 29, 2008 sufficient to support an express trust.

de la *LFI*. Ce faisant, le tribunal doit veiller à ne pas perturber le plan de répartition établi par la *LFI*. La transition au régime de liquidation nécessite la levée partielle de la suspension des procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, afin de permettre l'introduction de procédures en vertu de la *LFI*. Il ne faudrait pas que cette indispensable levée partielle de la suspension des procédures provoque une ruée des créanciers vers le palais de justice pour l'obtention d'une priorité inexistante sous le régime de la *LFI*.

[81] Je conclus donc que le juge en chef Brenner avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir de lever la suspension des procédures afin de permettre la transition au régime de liquidation.

3.4 *Fiducie expresse*

[82] La dernière question à trancher en l'espèce est celle de savoir si le juge en chef Brenner a créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne quand il a ordonné, le 29 avril 2008, que le produit de la vente des biens de LeRoy Trucking — jusqu'à concurrence des sommes de TPS non remises — soit détenu dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à ce que l'issue de la réorganisation soit connue. Un autre motif invoqué par le juge Tysoe de la Cour d'appel pour accueillir l'appel interjeté par la Couronne était que, selon lui, celle-ci était effectivement la bénéficiaire d'une fiducie expresse. Je ne peux souscrire à cette conclusion.

[83] La création d'une fiducie expresse exige la présence de trois certitudes : certitude d'intention, certitude de matière et certitude d'objet. Les fiducies expresses ou « fiducies au sens strict » découlent des actes et des intentions du constituant et se distinguent des autres fiducies découlant de l'effet de la loi (voir D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3^e éd. 2005), p. 28-29, particulièrement la note en bas de page 42).

[84] En l'espèce, il n'existe aucune certitude d'objet (c.-à-d. relative au bénéficiaire) pouvant être inférée de l'ordonnance prononcée le 29 avril 2008 par le tribunal et suffisante pour donner naissance à une fiducie expresse.

[85] At the time of the order, there was a dispute between Century Services and the Crown over part of the proceeds from the sale of the debtor's assets. The court's solution was to accept LeRoy Trucking's proposal to segregate those monies until that dispute could be resolved. Thus, there was no certainty that the Crown would actually be the beneficiary, or object, of the trust.

[86] The fact that the location chosen to segregate those monies was the Monitor's trust account has no independent effect such that it would overcome the lack of a clear beneficiary. In any event, under the interpretation of CCAA s. 18.3(1) established above, no such priority dispute would even arise because the Crown's deemed trust priority over GST claims would be lost under the CCAA and the Crown would rank as an unsecured creditor for this amount. However, Brenner C.J.S.C. may well have been proceeding on the basis that, in accordance with *Ottawa Senators*, the Crown's GST claim would remain effective if reorganization was successful, which would not be the case if transition to the liquidation process of the BIA was allowed. An amount equivalent to that claim would accordingly be set aside pending the outcome of reorganization.

[87] Thus, uncertainty surrounding the outcome of the CCAA restructuring eliminates the existence of any certainty to permanently vest in the Crown a beneficial interest in the funds. That much is clear from the oral reasons of Brenner C.J.S.C. on April 29, 2008, when he said: "Given the fact that [CCAA proceedings] are known to fail and filings in bankruptcy result, it seems to me that maintaining the status quo in the case at bar supports the proposal to have the monitor hold these funds in trust." Exactly who might take the money in the final result was therefore evidently in doubt. Brenner C.J.S.C.'s subsequent order of September 3, 2008 denying the Crown's application to enforce the trust once it was clear

[85] Au moment où l'ordonnance a été rendue, il y avait un différend entre Century Services et la Couronne au sujet d'une partie du produit de la vente des biens du débiteur. La solution retenue par le tribunal a consisté à accepter, selon la proposition de LeRoy Trucking, que la somme en question soit détenue séparément jusqu'à ce que le différend puisse être réglé. Par conséquent, il n'existait aucune certitude que la Couronne serait véritablement le bénéficiaire ou l'objet de la fiducie.

[86] Le fait que le compte choisi pour conserver séparément la somme en question était le compte en fiducie du contrôleur n'a pas à lui seul un effet tel qu'il suppléerait à l'absence d'un bénéficiaire certain. De toute façon, suivant l'interprétation du par. 18.3(1) de la LACC dégagée précédemment, aucun différend ne saurait même exister quant à la priorité de rang, étant donné que la priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur la fiducie réputée visant la TPS ne s'applique pas sous le régime de la LACC et que la Couronne est reléguée au rang de créancier non garanti à l'égard des sommes en question. Cependant, il se peut fort bien que le juge en chef Brenner ait estimé que, conformément à l'arrêt *Ottawa Senators*, la créance de la Couronne à l'égard de la TPS demeurerait effective si la réorganisation aboutissait, ce qui ne serait pas le cas si le passage au processus de liquidation régi par la LFI était autorisé. Une somme équivalente à cette créance serait ainsi mise de côté jusqu'à ce que le résultat de la réorganisation soit connu.

[87] Par conséquent, l'incertitude entourant l'issue de la restructuration tentée sous le régime de la LACC exclut l'existence d'une certitude permettant de conférer de manière permanente à la Couronne un intérêt bénéficiaire sur la somme en question. Cela ressort clairement des motifs exposés de vive voix par le juge en chef Brenner le 29 avril 2008, lorsqu'il a dit : [TRADUCTION] « Comme il est notoire que [des procédures fondées sur la LACC] peuvent échouer et que cela entraîne des faillites, le maintien du statu quo en l'espèce me semble militer en faveur de l'acceptation de la proposition d'ordonner au contrôleur de détenir ces fonds en fiducie. » Il y avait donc manifestement un doute quant à la question de savoir qui au juste pourrait toucher l'argent

that bankruptcy was inevitable, confirms the absence of a clear beneficiary required to ground an express trust.

4. Conclusion

[88] I conclude that Brenner C.J.S.C. had the discretion under the *CCAA* to continue the stay of the Crown's claim for enforcement of the GST deemed trust while otherwise lifting it to permit LeRoy Trucking to make an assignment in bankruptcy. My conclusion that s. 18.3(1) of the *CCAA* nullified the GST deemed trust while proceedings under that Act were pending confirms that the discretionary jurisdiction under s. 11 utilized by the court was not limited by the Crown's asserted GST priority, because there is no such priority under the *CCAA*.

[89] For these reasons, I would allow the appeal and declare that the \$305,202.30 collected by LeRoy Trucking in respect of GST but not yet remitted to the Receiver General of Canada is not subject to deemed trust or priority in favour of the Crown. Nor is this amount subject to an express trust. Costs are awarded for this appeal and the appeal in the court below.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

[90] I am in general agreement with the reasons of Justice Deschamps and would dispose of the appeal as she suggests.

[91] More particularly, I share my colleague's interpretation of the scope of the judge's discretion under s. 11 of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("*CCAA*").

en fin de compte. L'ordonnance ultérieure du juge en chef Brenner — dans laquelle ce dernier a rejeté, le 3 septembre 2008, la demande de la Couronne sollicitant le bénéfice de la fiducie présumée après qu'il fut devenu évident que la faillite était inévitable — confirme l'absence du bénéficiaire certain sans lequel il ne saurait y avoir de fiducie expresse.

4. Conclusion

[88] Je conclus que le juge en chef Brenner avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir discrétionnaire de maintenir la suspension de la demande de la Couronne sollicitant le bénéfice de la fiducie réputée visant la TPS, tout en levant par ailleurs la suspension des procédures de manière à permettre à LeRoy Trucking de faire cession de ses biens. Ma conclusion selon laquelle le par. 18.3(1) de la *LACC* neutralisait la fiducie réputée visant la TPS pendant la durée des procédures fondées sur cette loi confirme que les pouvoirs discrétionnaires exercés par le tribunal en vertu de l'art. 11 n'étaient pas limités par la priorité invoquée par la Couronne au titre de la TPS, puisqu'il n'existe aucune priorité de la sorte sous le régime de la *LACC*.

[89] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer que la somme de 305 202,30 \$ perçue par LeRoy Trucking au titre de la TPS mais non encore versée au receveur général du Canada ne fait l'objet d'aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne. Cette somme ne fait pas non plus l'objet d'une fiducie expresse. Les dépens sont accordés à l'égard du présent pourvoi et de l'appel interjeté devant la juridiction inférieure.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

[90] Je souscris dans l'ensemble aux motifs de la juge Deschamps et je disposerais du pourvoi comme elle le propose.

[91] Plus particulièrement, je me rallie à son interprétation de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par l'art. 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C.

And I share my colleague's conclusion that Brenner C.J.S.C. did not create an express trust in favour of the Crown when he segregated GST funds into the Monitor's trust account (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[92] I nonetheless feel bound to add brief reasons of my own regarding the interaction between the CCAA and the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 ("ETA").

[93] In upholding deemed trusts created by the *ETA* notwithstanding insolvency proceedings, *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), and its progeny have been unduly protective of Crown interests which Parliament itself has chosen to subordinate to competing prioritized claims. In my respectful view, a clearly marked departure from that jurisprudential approach is warranted in this case.

[94] Justice Deschamps develops important historical and policy reasons in support of this position and I have nothing to add in that regard. I do wish, however, to explain why a comparative analysis of related statutory provisions adds support to our shared conclusion.

[95] Parliament has in recent years given detailed consideration to the Canadian insolvency scheme. It has declined to amend the provisions at issue in this case. Ours is not to wonder why, but rather to treat Parliament's preservation of the relevant provisions as a deliberate exercise of the legislative discretion that is Parliament's alone. With respect, I reject any suggestion that we should instead characterize the apparent conflict between s. 18.3(1) (now s. 37(1)) of the CCAA and s. 222 of the *ETA* as a drafting anomaly or statutory lacuna properly subject to judicial correction or repair.

1985, ch. C-36 (« *LACC* »). Je partage en outre sa conclusion suivant laquelle le juge en chef Brenner n'a pas créé de fiducie expresse en faveur de la Couronne en ordonnant que les sommes recueillies au titre de la TPS soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[92] J'estime néanmoins devoir ajouter de brefs motifs qui me sont propres au sujet de l'interaction entre la *LACC* et la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« *LTA* »).

[93] En maintenant, malgré l'existence des procédures d'insolvabilité, la validité de fiducies réputées créées en vertu de la *LTA*, l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), et les décisions rendues dans sa foulée ont eu pour effet de protéger indûment des droits de la Couronne que le Parlement avait lui-même choisi de subordonner à d'autres créances prioritaires. À mon avis, il convient en l'espèce de rompre nettement avec ce courant jurisprudentiel.

[94] La juge Deschamps expose d'importantes raisons d'ordre historique et d'intérêt général à l'appui de cette position et je n'ai rien à ajouter à cet égard. Je tiens toutefois à expliquer pourquoi une analyse comparative de certaines dispositions législatives connexes vient renforcer la conclusion à laquelle ma collègue et moi-même en arrivons.

[95] Au cours des dernières années, le législateur fédéral a procédé à un examen approfondi du régime canadien d'insolvabilité. Il a refusé de modifier les dispositions qui sont en cause dans la présente affaire. Il ne nous appartient pas de nous interroger sur les raisons de ce choix. Nous devons plutôt considérer la décision du législateur de maintenir en vigueur les dispositions en question comme un exercice délibéré du pouvoir discrétionnaire de légiférer, pouvoir qui est exclusivement le sien. Avec égards, je rejette le point de vue suivant lequel nous devrions plutôt qualifier l'apparente contradiction entre le par. 18.3(1) (maintenant le par. 37(1)) de la *LACC* et l'art. 222 de la *LTA* d'anomalie rédactionnelle ou de lacune législative susceptible d'être corrigée par un tribunal.

II

[96] In the context of the Canadian insolvency regime, a deemed trust will be found to exist only where two complementary elements co-exist: first, a statutory provision *creating* the trust; and second, a CCAA or *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”) provision *confirming* — or explicitly preserving — its effective operation.

[97] This interpretation is reflected in three federal statutes. Each contains a deemed trust provision framed in terms strikingly similar to the wording of s. 222 of the *ETA*.

[98] The first is the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), where s. 227(4) *creates* a deemed trust:

(4) Every person who deducts or withholds an amount under this Act is deemed, notwithstanding any security interest (as defined in subsection 224(1.3)) in the amount so deducted or withheld, to hold the amount separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for the security interest would be property of the person, in trust for Her Majesty and for payment to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act. [Here and below, the emphasis is of course my own.]

[99] In the next subsection, Parliament has taken care to make clear that this trust is unaffected by federal or provincial legislation to the contrary:

(4.1) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection 227(4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person . . . equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

(a) to be held, from the time the amount was deducted or withheld by the person, separate and

II

[96] Dans le contexte du régime canadien d’insolvabilité, on conclut à l’existence d’une fiducie réputée uniquement lorsque deux éléments complémentaires sont réunis : en premier lieu, une disposition législative qui *crée* la fiducie et, en second lieu, une disposition de la *LACC* ou de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* ») qui *confirme* l’existence de la fiducie ou la maintient explicitement en vigueur.

[97] Cette interprétation se retrouve dans trois lois fédérales, qui renferment toutes une disposition relative aux fiducies réputées dont le libellé offre une ressemblance frappante avec celui de l’art. 222 de la *LTA*.

[98] La première est la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), dont le par. 227(4) *crée* une fiducie réputée :

(4) Toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de la présente loi est réputée, malgré toute autre garantie au sens du paragraphe 224(1.3) le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté, séparé de ses propres biens et des biens détenus par son créancier garanti au sens de ce paragraphe qui, en l’absence de la garantie, seraient ceux de la personne, et en vue de le verser à Sa Majesté selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi. [Dans la présente citation et dans celles qui suivent, les soulignements sont évidemment de moi.]

[99] Dans le paragraphe suivant, le législateur prend la peine de bien préciser que toute disposition législative fédérale ou provinciale à l’effet contraire n’a aucune incidence sur la fiducie ainsi constituée :

(4.1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d’un montant qu’une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne [. . .] d’une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu,

apart from the property of the person, in trust for Her Majesty whether or not the property is subject to such a security interest, . . .

séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;

. . . and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

. . . et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie.

[100] The continued operation of this deemed trust is expressly *confirmed* in s. 18.3 of the CCAA:

[100] Le maintien en vigueur de cette fiducie réputée est expressément *confirmé* à l'art. 18.3 de la LACC :

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

18.3(1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act*

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*

[101] The operation of the *ITA* deemed trust is also confirmed in s. 67 of the *BIA*:

[101] L'application de la fiducie réputée prévue par la *LIR* est également confirmée par l'art. 67 de la *LFI* :

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

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

(3) Subsection (2) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act*

(3) Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*

[102] Thus, Parliament has first *created* and then *confirmed the continued operation* of the Crown's *ITA* deemed trust under *both* the CCAA and the *BIA* regimes.

[102] Par conséquent, le législateur a *créé*, puis *confirmé le maintien en vigueur* de la fiducie réputée établie par la *LIR* en faveur de Sa Majesté *tant* sous le régime de la *LACC* *que* sous celui de la *LFI*.

[103] The second federal statute for which this scheme holds true is the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 (“*CPP*”). At s. 23, Parliament creates a deemed trust in favour of the Crown and specifies that it exists despite all contrary provisions in any other Canadian statute. Finally, and in almost identical terms, the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (“*EIA*”), creates a deemed trust in favour of the Crown: see ss. 86(2) and (2.1).

[104] As we have seen, the survival of the deemed trusts created under these provisions of the *ITA*, the *CPP* and the *EIA* is confirmed in s. 18.3(2) of the *CCAA* and in s. 67(3) of the *BIA*. In all three cases, Parliament’s intent to enforce the Crown’s deemed trust through insolvency proceedings is expressed in clear and unmistakable terms.

[105] The same is not true with regard to the deemed trust created under the *ETA*. Although Parliament creates a deemed trust in favour of the Crown to hold unremitted GST monies, and although it purports to maintain this trust notwithstanding any contrary federal or provincial legislation, it does not *confirm* the trust — or expressly provide for its continued operation — in either the *BIA* or the *CCAA*. The second of the two mandatory elements I have mentioned is thus absent reflecting Parliament’s intention to allow the deemed trust to lapse with the commencement of insolvency proceedings.

[106] The language of the relevant *ETA* provisions is identical in substance to that of the *ITA*, *CPP*, and *EIA* provisions:

222. (1) Subject to subsection (1.1), every person who collects an amount as or on account of tax under Division II is deemed, for all purposes and despite any security interest in the amount, to hold the amount in trust for Her Majesty in right of Canada, separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor of the person that, but for a

[103] La deuxième loi fédérale où l’on retrouve ce mécanisme est le *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8 (« *RPC* »). À l’article 23, le législateur crée une fiducie réputée en faveur de la Couronne et précise qu’elle existe malgré les dispositions contraires de toute autre loi fédérale. Enfin, la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (« *LAE* »), crée dans des termes quasi identiques, une fiducie réputée en faveur de la Couronne : voir les par. 86(2) et (2.1).

[104] Comme nous l’avons vu, le maintien en vigueur des fiducies réputées créées en vertu de ces dispositions de la *LIR*, du *RPC* et de la *LAE* est confirmé au par. 18.3(2) de la *LACC* et au par. 67(3) de la *LFI*. Dans les trois cas, le législateur a exprimé en termes clairs et explicites sa volonté de voir la fiducie réputée établie en faveur de la Couronne produire ses effets pendant le déroulement de la procédure d’insolvabilité.

[105] La situation est différente dans le cas de la fiducie réputée créée par la *LTA*. Bien que le législateur crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée dans laquelle seront conservées les sommes recueillies au titre de la TPS mais non encore versées, et bien qu’il prétende maintenir cette fiducie en vigueur malgré les dispositions à l’effet contraire de toute loi fédérale ou provinciale, il ne *confirme* pas l’existence de la fiducie — ni ne prévoit expressément le maintien en vigueur de celle-ci — dans la *LFI* ou dans la *LACC*. Le second des deux éléments obligatoires que j’ai mentionnés fait donc défaut, ce qui témoigne de l’intention du législateur de laisser la fiducie réputée devenir caduque au moment de l’introduction de la procédure d’insolvabilité.

[106] Le texte des dispositions en cause de la *LTA* est substantiellement identique à celui des dispositions de la *LIR*, du *RPC* et de la *LAE* :

222. (1) La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l’absence du droit en garantie, seraient ceux de la personne, jusqu’à ce qu’il soit

security interest, would be property of the person, until the amount is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2).

. . .

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, . . .

. . .

. . . and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

[107] Yet no provision of the *CCAA* provides for the continuation of this deemed trust after the *CCAA* is brought into play.

[108] In short, Parliament has imposed *two* explicit conditions, or “building blocks”, for survival under the *CCAA* of deemed trusts created by the *ITA*, *CPP*, and *EIA*. Had Parliament intended to likewise preserve under the *CCAA* deemed trusts created by the *ETA*, it would have included in the *CCAA* the sort of confirmatory provision that explicitly preserves other deemed trusts.

[109] With respect, unlike Tysoe J.A., I do not find it “inconceivable that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception when enacting the current version of s. 222(3) of the *ETA* without considering the *CCAA* as a possible second exception” (2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, at para. 37). *All* of the deemed trust

versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2).

. . .

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

. . .

. . . et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

[107] Pourtant, aucune disposition de la *LACC* ne prévoit le maintien en vigueur de la fiducie réputée une fois que la *LACC* entre en jeu.

[108] En résumé, le législateur a imposé *deux* conditions explicites — ou « composantes de base » — devant être réunies pour que survivent, sous le régime de la *LACC*, les fiducies réputées qui ont été établies par la *LIR*, le *RPC* et la *LAE*. S'il avait voulu préserver de la même façon, sous le régime de la *LACC*, les fiducies réputées qui sont établies par la *LTA*, il aurait inséré dans la *LACC* le type de disposition confirmatoire qui maintient explicitement en vigueur d'autres fiducies réputées.

[109] Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par le juge Tysoe de la Cour d'appel, je ne trouve pas [TRADUCTION] « inconcevable que le législateur, lorsqu'il a adopté la version actuelle du par. 222(3) de la *LTA*, ait désigné expressément la *LFI* comme une exception sans envisager que la *LACC* puisse constituer une deuxième exception » (2009 BCCA

provisions excerpted above make explicit reference to the *BIA*. Section 222 of the *ETA* does not break the pattern. Given the near-identical wording of the four deemed trust provisions, it would have been surprising indeed had Parliament not addressed the *BIA* at all in the *ETA*.

[110] Parliament's evident intent was to render GST deemed trusts inoperative upon the institution of insolvency proceedings. Accordingly, s. 222 mentions the *BIA* so as to *exclude* it from its ambit — rather than to *include* it, as do the *ITA*, the *CPP*, and the *EIA*.

[111] Conversely, I note that *none* of these statutes mentions the *CCAA* expressly. Their specific reference to the *BIA* has no bearing on their interaction with the *CCAA*. Again, it is the confirmatory provisions *in the insolvency statutes* that determine whether a given deemed trust will subsist during insolvency proceedings.

[112] Finally, I believe that chambers judges should not segregate GST monies into the Monitor's trust account during *CCAA* proceedings, as was done in this case. The result of Justice Deschamps's reasoning is that GST claims become unsecured under the *CCAA*. Parliament has deliberately chosen to nullify certain Crown super-priorities during insolvency; this is one such instance.

III

[113] For these reasons, like Justice Deschamps, I would allow the appeal with costs in this Court and in the courts below and order that the \$305,202.30 collected by LeRoy Trucking in respect of GST but not yet remitted to the Receiver General of Canada

205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, par. 37). *Toutes* les dispositions établissant des fiducies réputées qui sont reproduites ci-dessus font explicitement mention de la *LFI*. L'article 222 de la *LTA* ne rompt pas avec ce modèle. Compte tenu du libellé presque identique des quatre dispositions établissant une fiducie réputée, il aurait d'ailleurs été étonnant que le législateur ne fasse aucune mention de la *LFI* dans la *LTA*.

[110] L'intention du législateur était manifestement de rendre inopérantes les fiducies réputées visant la TPS dès l'introduction d'une procédure d'insolvabilité. Par conséquent, l'art. 222 mentionne la *LFI* de manière à l'*exclure* de son champ d'application — et non de l'y *inclure*, comme le font la *LIR*, le *RPC* et la *LAE*.

[111] En revanche, je constate qu'*aucune* de ces lois ne mentionne expressément la *LACC*. La mention explicite de la *LFI* dans ces textes n'a aucune incidence sur leur interaction avec la *LACC*. Là encore, ce sont les dispositions confirmatoires que l'on trouve *dans les lois sur l'insolvabilité* qui déterminent si une fiducie réputée continuera d'exister durant une procédure d'insolvabilité.

[112] Enfin, j'estime que les juges siégeant en leur cabinet ne devraient pas, comme cela s'est produit en l'espèce, ordonner que les sommes perçues au titre de la TPS soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur pendant le déroulement d'une procédure fondée sur la *LACC*. Il résulte du raisonnement de la juge Deschamps que les réclamations de TPS deviennent des créances non garanties sous le régime de la *LACC*. Le législateur a délibérément décidé de supprimer certaines superpriorités accordées à la Couronne pendant l'insolvabilité; nous sommes en présence de l'un de ces cas.

III

[113] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis, à l'instar de la juge Deschamps, d'accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures, et d'ordonner que la somme de 305 202,30 \$ — qui a été perçue par LeRoy Trucking

be subject to no deemed trust or priority in favour of the Crown.

The following are the reasons delivered by

[114] ABELLA J. (dissenting) — The central issue in this appeal is whether s. 222 of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (“ETA”), and specifically s. 222(3), gives priority during *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”), proceedings to the Crown’s deemed trust in unremitted GST. I agree with Tysoe J.A. that it does. It follows, in my respectful view, that a court’s discretion under s. 11 of the CCAA is circumscribed accordingly.

[115] Section 11¹ of the CCAA stated:

11. (1) Notwithstanding anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up Act*, where an application is made under this Act in respect of a company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make an order under this section.

To decide the scope of the court’s discretion under s. 11, it is necessary to first determine the priority issue. Section 222(3), the provision of the *ETA* at issue in this case, states:

¹ Section 11 was amended, effective September 18, 2009, and now states:

11. Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

au titre de la TPS mais n’a pas encore été versée au receveur général du Canada — ne fasse l’objet d’aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne.

Version française des motifs rendus par

[114] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La question qui est au cœur du présent pourvoi est celle de savoir si l’art. 222 de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« *LTA* »), et plus particulièrement le par. 222(3), donnent préséance, dans le cadre d’une procédure relevant de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« *LACC* »), à la fiducie réputée qui est établie en faveur de la Couronne à l’égard de la TPS non versée. À l’instar du juge Tysoe de la Cour d’appel, j’estime que tel est le cas. Il s’ensuit, à mon avis, que le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l’art. 11 de la *LACC* est circonscrit en conséquence.

[115] L’article 11¹ de la *LACC* disposait :

11. (1) Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations*, chaque fois qu’une demande est faite sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie, le tribunal, sur demande d’un intéressé, peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et avec ou sans avis, rendre l’ordonnance prévue au présent article.

Pour être en mesure de déterminer la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l’art. 11, il est nécessaire de trancher d’abord la question de la priorité. Le paragraphe 222(3), la disposition de la *LTA* en cause en l’espèce, prévoit ce qui suit :

¹ L’article 11 a été modifié et le texte modifié, qui est entré en vigueur le 18 septembre 2009, est rédigé ainsi :

11. Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie débitrice, rendre, sur demande d’un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu’il estime indiquée.

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, and

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was collected, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

[116] Century Services argued that the CCAA's general override provision, s. 18.3(1), prevailed, and that the deeming provisions in s. 222 of the *ETA* were, accordingly, inapplicable during CCAA proceedings. Section 18.3(1) states:

18.3 (1) ... [N]otwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

[117] As MacPherson J.A. correctly observed in *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), s. 222(3) of the *ETA* is in "clear conflict" with s. 18.3(1) of the CCAA (para. 31). Resolving the conflict between the two provisions is, essentially, what seems to me to be a relatively uncomplicated exercise in statutory

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est perçu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté du chef du Canada a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

[116] Selon Century Services, la disposition dérogatoire générale de la *LACC*, le par. 18.3(1), l'emportait, et les dispositions déterminatives à l'art. 222 de la *LTA* étaient par conséquent inapplicables dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. Le paragraphe 18.3(1) dispose :

18.3 (1) ... [P]ar dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

[117] Ainsi que l'a fait observer le juge d'appel MacPherson, dans l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), le par. 222(3) de la *LTA* [TRADUCTION] « entre nettement en conflit » avec le par. 18.3(1) de la *LACC* (para. 31). Essentiellement, la résolution du conflit entre ces deux dispositions requiert à mon sens une

interpretation: Does the language reflect a clear legislative intention? In my view it does. The deemed trust provision, s. 222(3) of the *ETA*, has unambiguous language stating that it operates notwithstanding any law except the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”).

[118] By expressly excluding only one statute from its legislative grasp, and by unequivocally stating that it applies despite any other law anywhere in Canada *except* the *BIA*, s. 222(3) has defined its boundaries in the clearest possible terms. I am in complete agreement with the following comments of MacPherson J.A. in *Ottawa Senators*:

The legislative intent of s. 222(3) of the *ETA* is clear. If there is a conflict with “any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*)”, s. 222(3) prevails. In these words Parliament did two things: it decided that s. 222(3) should trump all other federal laws and, importantly, it addressed the topic of exceptions to its trumping decision and identified a single exception, the *Bankruptcy and Insolvency Act* The *BIA* and the *CCAA* are closely related federal statutes. I cannot conceive that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception, but accidentally fail to consider the *CCAA* as a possible second exception. In my view, the omission of the *CCAA* from s. 222(3) of the *ETA* was almost certainly a considered omission. [para. 43]

[119] MacPherson J.A.’s view that the failure to exempt the *CCAA* from the operation of the *ETA* is a reflection of a clear legislative intention, is borne out by how the *CCAA* was subsequently changed after s. 18.3(1) was enacted in 1997. In 2000, when s. 222(3) of the *ETA* came into force, amendments were also introduced to the *CCAA*. Section 18.3(1) was not amended.

[120] The failure to amend s. 18.3(1) is notable because its effect was to protect the legislative *status quo*, notwithstanding repeated requests from

opération relativement simple d’interprétation des lois : Est-ce que les termes employés révèlent une intention claire du législateur? À mon avis, c’est le cas. Le texte de la disposition créant une fiducie réputée, soit le par. 222(3) de la *LTA*, précise sans ambiguïté que cette disposition s’applique malgré toute autre règle de droit sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »).

[118] En excluant explicitement une seule loi du champ d’application du par. 222(3) et en déclarant de façon non équivoque qu’il s’applique malgré toute autre loi ou règle de droit au Canada *sauf* la *LFI*, le législateur a défini la portée de cette disposition dans des termes on ne peut plus clairs. Je souscris sans réserve aux propos suivants du juge d’appel MacPherson dans l’arrêt *Ottawa Senators* :

[TRADUCTION] L’intention du législateur au par. 222(3) de la *LTA* est claire. En cas de conflit avec « tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*) », c’est le par. 222(3) qui l’emporte. En employant ces mots, le législateur fédéral a fait deux choses : il a décidé que le par. 222(3) devait l’emporter sur tout autre texte législatif fédéral et, fait important, il a abordé la question des exceptions à cette préséance en en mentionnant une seule, la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* [. . .] La *LFI* et la *LACC* sont des lois fédérales étroitement liées entre elles. Je ne puis concevoir que le législateur ait pu mentionner expressément la *LFI* à titre d’exception, mais ait involontairement omis de considérer la *LACC* comme une deuxième exception possible. À mon avis, le fait que la *LACC* ne soit pas mentionnée au par. 222(3) de la *LTA* était presque assurément une omission mûrement réfléchie de la part du législateur. [par. 43]

[119] L’opinion du juge d’appel MacPherson suivant laquelle le fait que la *LACC* n’ait pas été soustraite à l’application de la *LTA* témoigne d’une intention claire du législateur est confortée par la façon dont la *LACC* a par la suite été modifiée après l’édiction du par. 18.3(1) en 1997. En 2000, lorsque le par. 222(3) de la *LTA* est entré en vigueur, des modifications ont également été apportées à la *LACC*, mais le par. 18.3(1) de cette loi n’a pas été modifié.

[120] L’absence de modification du par. 18.3(1) vaut d’être soulignée, car elle a eu pour effet de maintenir le statu quo législatif, malgré les

various constituencies that s. 18.3(1) be amended to make the priorities in the *CCAA* consistent with those in the *BIA*. In 2002, for example, when Industry Canada conducted a review of the *BIA* and the *CCAA*, the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals recommended that the priority regime under the *BIA* be extended to the *CCAA* (Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform, *Report* (March 15, 2002), Sch. B, proposal 71). The same recommendations were made by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce in its 2003 report, *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*; by the Legislative Review Task Force (Commercial) of the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals in its 2005 *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55*; and in 2007 by the Insolvency Institute of Canada in a submission to the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce commenting on reforms then under consideration.

[121] Yet the *BIA* remains the only exempted statute under s. 222(3) of the *ETA*. Even after the 2005 decision in *Ottawa Senators* which confirmed that the *ETA* took precedence over the *CCAA*, there was no responsive legislative revision. I see this lack of response as relevant in this case, as it was in *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305, where this Court stated:

While it cannot be said that legislative silence is necessarily determinative of legislative intention, in this case the silence is Parliament's answer to the consistent urging of Telus and other affected businesses and organizations that there be express language in the legislation to ensure that businesses can be reimbursed for the reasonable costs of complying with evidence-gathering orders. I see the legislative history as reflecting Parliament's intention that compensation not be paid for compliance with production orders. [para. 42]

demandes répétées de divers groupes qui souhaitaient que cette disposition soit modifiée pour aligner l'ordre de priorité établi par la *LACC* sur celui de la *LFI*. En 2002, par exemple, lorsque Industrie Canada a procédé à l'examen de la *LFI* et de la *LACC*, l'Institut d'insolvabilité du Canada et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation ont recommandé que les règles de la *LFI* en matière de priorité soient étendues à la *LACC* (Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform, *Report* (15 mars 2002), ann. B, proposition 71). Ces recommandations ont été reprises en 2003 par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce dans son rapport intitulé *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, ainsi qu'en 2005 par le Legislative Review Task Force (Commercial) de l'Institut d'insolvabilité du Canada et de l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation dans son *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55*, et en 2007 par l'Institut d'insolvabilité du Canada dans un mémoire soumis au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce au sujet de réformes alors envisagées.

[121] La *LFI* demeure néanmoins la seule loi soustraite à l'application du par. 222(3) de la *LTA*. Même à la suite de l'arrêt rendu en 2005 dans l'affaire *Ottawa Senators*, qui a confirmé que la *LTA* l'emportait sur la *LACC*, le législateur n'est pas intervenu. Cette absence de réaction de sa part me paraît tout aussi pertinente en l'espèce que dans l'arrêt *Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305, où la Cour a déclaré ceci :

Le silence du législateur n'est pas nécessairement déterminant quant à son intention, mais en l'espèce, il répond à la demande pressante de Telus et des autres entreprises et organisations intéressées que la loi prévoie expressément la possibilité d'un remboursement des frais raisonnables engagés pour communiquer des éléments de preuve conformément à une ordonnance. L'historique législatif confirme selon moi que le législateur n'a pas voulu qu'une indemnité soit versée pour l'obtempération à une ordonnance de communication. [par. 42]

[122] All this leads to a clear inference of a deliberate legislative choice to protect the deemed trust in s. 222(3) from the reach of s. 18.3(1) of the CCAA.

[123] Nor do I see any “policy” justification for interfering, through interpretation, with this clarity of legislative intention. I can do no better by way of explaining why I think the policy argument cannot succeed in this case, than to repeat the words of Tysoe J.A. who said:

I do not dispute that there are valid policy reasons for encouraging insolvent companies to attempt to restructure their affairs so that their business can continue with as little disruption to employees and other stakeholders as possible. It is appropriate for the courts to take such policy considerations into account, but only if it is in connection with a matter that has not been considered by Parliament. Here, Parliament must be taken to have weighed policy considerations when it enacted the amendments to the CCAA and ETA described above. As Mr. Justice MacPherson observed at para. 43 of *Ottawa Senators*, it is inconceivable that Parliament would specifically identify the BIA as an exception when enacting the current version of s. 222(3) of the ETA without considering the CCAA as a possible second exception. I also make the observation that the 1992 set of amendments to the BIA enabled proposals to be binding on secured creditors and, while there is more flexibility under the CCAA, it is possible for an insolvent company to attempt to restructure under the auspices of the BIA. [para. 37]

[124] Despite my view that the clarity of the language in s. 222(3) is dispositive, it is also my view that even the application of other principles of interpretation reinforces this conclusion. In their submissions, the parties raised the following as being particularly relevant: the Crown relied on the principle that the statute which is “later in time” prevails; and Century Services based its argument on the principle that the general provision gives way to the specific (*generalia specialibus non derogant*).

[122] Tout ce qui précède permet clairement d’inférer que le législateur a délibérément choisi de soustraire la fiducie réputée établie au par. 222(3) à l’application du par. 18.3(1) de la LACC.

[123] Je ne vois pas non plus de « considération de politique générale » qui justifierait d’aller à l’encontre, par voie d’interprétation législative, de l’intention aussi clairement exprimée par le législateur. Je ne saurais expliquer mieux que ne l’a fait le juge d’appel Tysoe les raisons pour lesquelles l’argument invoquant des considérations de politique générale ne peut, selon moi, être retenu en l’espèce. Je vais donc reprendre à mon compte ses propos à ce sujet :

[TRADUCTION] Je ne conteste pas qu’il existe des raisons de politique générale valables qui justifient d’inciter les entreprises insolvables à tenter de se restructurer de façon à pouvoir continuer à exercer leurs activités avec le moins de perturbations possibles pour leurs employés et pour les autres intéressés. Les tribunaux peuvent légitimement tenir compte de telles considérations de politique générale, mais seulement si elles ont trait à une question que le législateur n’a pas examinée. Or, dans le cas qui nous occupe, il y a lieu de présumer que le législateur a tenu compte de considérations de politique générale lorsqu’il a adopté les modifications susmentionnées à la LACC et à la LTA. Comme le juge MacPherson le fait observer au par. 43 de l’arrêt *Ottawa Senators*, il est inconcevable que le législateur, lorsqu’il a adopté la version actuelle du par. 222(3) de la LTA, ait désigné expressément la LFI comme une exception sans envisager que la LACC puisse constituer une deuxième exception. Je signale par ailleurs que les modifications apportées en 1992 à la LFI ont permis de rendre les propositions concordataires opposables aux créanciers garantis et que, malgré la plus grande souplesse de la LACC, il est possible pour une compagnie insolvable de se restructurer sous le régime de la LFI. [par. 37]

[124] Bien que je sois d’avis que la clarté des termes employés au par. 222(3) tranche la question, j’estime également que cette conclusion est même renforcée par l’application d’autres principes d’interprétation. Dans leurs observations, les parties indiquent que les principes suivants étaient, selon elles, particulièrement pertinents : la Couronne a invoqué le principe voulant que la loi « postérieure » l’emporte; Century Services a fondé son argumentation sur le principe de la préséance de la loi spécifique sur la loi générale (*generalia specialibus non derogant*).

[125] The “later in time” principle gives priority to a more recent statute, based on the theory that the legislature is presumed to be aware of the content of existing legislation. If a new enactment is inconsistent with a prior one, therefore, the legislature is presumed to have intended to derogate from the earlier provisions (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 346-47; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 358).

[126] The exception to this presumptive displacement of pre-existing inconsistent legislation, is the *generalia specialibus non derogant* principle that “[a] more recent, general provision will not be construed as affecting an earlier, special provision” (Côté, at p. 359). Like a Russian Doll, there is also an exception within this exception, namely, that an earlier, specific provision may in fact be “overruled” by a subsequent general statute if the legislature indicates, through its language, an intention that the general provision prevails (*Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862).

[127] The primary purpose of these interpretive principles is to assist in the performance of the task of determining the intention of the legislature. This was confirmed by MacPherson J.A. in *Ottawa Senators*, at para. 42:

... the overarching rule of statutory interpretation is that statutory provisions should be interpreted to give effect to the intention of the legislature in enacting the law. This primary rule takes precedence over all maxims or canons or aids relating to statutory interpretation, including the maxim that the specific prevails over the general (*generalia specialibus non derogant*). As expressed by Hudson J. in *Canada v. Williams*, [1944] S.C.R. 226, ... at p. 239 ... :

The maxim *generalia specialibus non derogant* is relied on as a rule which should dispose of the question, but the maxim is not a rule of law but a rule of construction and bows to the intention of the

[125] Le principe de la préséance de la « loi postérieure » accorde la priorité à la loi la plus récente, au motif que le législateur est présumé connaître le contenu des lois alors en vigueur. Si, dans la loi nouvelle, le législateur adopte une règle inconciliable avec une règle préexistante, on conclura qu’il a entendu déroger à celle-ci (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 346-347; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3^e éd. 2000), p. 358).

[126] L’exception à cette supplantation présumée des dispositions législatives préexistantes incompatibles réside dans le principe exprimé par la maxime *generalia specialibus non derogant* selon laquelle une disposition générale plus récente n’est pas réputée déroger à une loi spéciale antérieure (Côté, p. 359). Comme dans le jeu des poupées russes, cette exception comporte elle-même une exception. En effet, une disposition spécifique antérieure peut dans les faits être « supplantée » par une loi ultérieure de portée générale si le législateur, par les mots qu’il a employés, a exprimé l’intention de faire prévaloir la loi générale (*Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862).

[127] Ces principes d’interprétation visent principalement à faciliter la détermination de l’intention du législateur, comme l’a confirmé le juge d’appel MacPherson dans l’arrêt *Ottawa Senators*, au par. 42 :

[TRADUCTION] ... en matière d’interprétation des lois, la règle cardinale est la suivante : les dispositions législatives doivent être interprétées de manière à donner effet à l’intention du législateur lorsqu’il a adopté la loi. Cette règle fondamentale l’emporte sur toutes les maximes, outils ou canons d’interprétation législative, y compris la maxime suivant laquelle le particulier l’emporte sur le général (*generalia specialibus non derogant*). Comme l’a expliqué le juge Hudson dans l’arrêt *Canada c. Williams*, [1944] R.C.S. 226, [...] à la p. 239 ... :

On invoque la maxime *generalia specialibus non derogant* comme une règle qui devrait trancher la question. Or cette maxime, qui n’est pas une règle de droit mais un principe d’interprétation, cède le pas

legislature, if such intention can reasonably be gathered from all of the relevant legislation.

(See also Côté, at p. 358, and Pierre-Andre Côté, with the collaboration of S. Beaulac and M. Devinat, *Interprétation des lois* (4th ed. 2009), at para. 1335.)

[128] I accept the Crown's argument that the "later in time" principle is conclusive in this case. Since s. 222(3) of the *ETA* was enacted in 2000 and s. 18.3(1) of the *CCAA* was introduced in 1997, s. 222(3) is, on its face, the later provision. This chronological victory can be displaced, as Century Services argues, if it is shown that the more recent provision, s. 222(3) of the *ETA*, is a general one, in which case the earlier, specific provision, s. 18.3(1), prevails (*generalia specialibus non derogant*). But, as previously explained, the prior specific provision does not take precedence if the subsequent general provision appears to "overrule" it. This, it seems to me, is precisely what s. 222(3) achieves through the use of language stating that it prevails despite any law of Canada, of a province, or "any other law" *other than the BIA*. Section 18.3(1) of the *CCAA* is thereby rendered inoperative for purposes of s. 222(3).

[129] It is true that when the *CCAA* was amended in 2005,² s. 18.3(1) was re-enacted as s. 37(1) (S.C. 2005, c. 47, s. 131). Deschamps J. suggests that this makes s. 37(1) the new, "later in time" provision. With respect, her observation is refuted by the operation of s. 44(f) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which expressly deals with the (non) effect of re-enacting, without significant substantive changes, a repealed provision (see *Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board*, [1977] 2 F.C. 663, dealing with the predecessor provision to s. 44(f)). It directs that new enactments not be construed as

devant l'intention du législateur, s'il est raisonnablement possible de la dégager de l'ensemble des dispositions législatives pertinentes.

(Voir aussi Côté, p. 358, et Pierre-André Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), par. 1335.)

[128] J'accepte l'argument de la Couronne suivant lequel le principe de la loi « postérieure » est déterminant en l'espèce. Comme le par. 222(3) de la *LTA* a été édicté en 2000 et que le par. 18.3(1) de la *LACC* a été adopté en 1997, le par. 222(3) est, de toute évidence, la disposition postérieure. Cette victoire chronologique peut être neutralisée si, comme le soutient Century Services, on démontre que la disposition la plus récente, le par. 222(3) de la *LTA*, est une disposition générale, auquel cas c'est la disposition particulière antérieure, le par. 18.3(1), qui l'emporte (*generalia specialibus non derogant*). Mais, comme nous l'avons vu, la disposition particulière antérieure n'a pas préséance si la disposition générale ultérieure paraît la « supplanter ». C'est précisément, à mon sens, ce qu'accomplit le par. 222(3) de par son libellé, lequel précise que la disposition l'emporte sur tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial ou « toute autre règle de droit » *sauf la LFI*. Le paragraphe 18.3(1) de la *LACC* est par conséquent rendu inopérant aux fins d'application du par. 222(3).

[129] Il est vrai que, lorsque la *LACC* a été modifiée en 2005², le par. 18.3(1) a été remplacé par le par. 37(1) (L.C. 2005, ch. 47, art. 131). Selon la juge Deschamps, le par. 37(1) est devenu, de ce fait, la disposition « postérieure ». Avec égards pour l'opinion exprimée par ma collègue, cette observation est réfutée par l'al. 44f) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui décrit expressément l'effet (inexistant) qu'a le remplacement — sans modifications notables sur le fond — d'un texte antérieur qui a été abrogé (voir *Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1977] 2 C.F. 663, qui portait sur

2 The amendments did not come into force until September 18, 2009.

2 Les modifications ne sont entrées en vigueur que le 18 septembre 2009.

“new law” unless they differ in substance from the repealed provision:

44. Where an enactment, in this section called the “former enactment”, is repealed and another enactment, in this section called the “new enactment”, is substituted therefor,

. . .

(f) except to the extent that the provisions of the new enactment are not in substance the same as those of the former enactment, the new enactment shall not be held to operate as new law, but shall be construed and have effect as a consolidation and as declaratory of the law as contained in the former enactment;

Section 2 of the *Interpretation Act* defines an “enactment” as “an Act or regulation or any portion of an Act or regulation”.

[130] Section 37(1) of the current CCAA is almost identical to s. 18.3(1). These provisions are set out for ease of comparison, with the differences between them underlined:

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

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

[131] The application of s. 44(f) of the *Interpretation Act* simply confirms the government’s clearly expressed intent, found in Industry Canada’s clause-by-clause review of Bill C-55, where s. 37(1) was identified as “a technical amendment to re-order the provisions of this Act”. During second reading, the Hon. Bill Rompkey, then the Deputy Leader of the Government in the

la disposition qui a précédé l’al. 44f)). Cet alinéa précise que le nouveau texte ne doit pas être considéré de « droit nouveau », sauf dans la mesure où il diffère au fond du texte abrogé :

44. En cas d’abrogation et de remplacement, les règles suivantes s’appliquent :

. . .

f) sauf dans la mesure où les deux textes diffèrent au fond, le nouveau texte n’est pas réputé de droit nouveau, sa teneur étant censée constituer une refonte et une clarification des règles de droit du texte antérieur;

Le mot « texte » est défini ainsi à l’art. 2 de la *Loi d’interprétation* : « Tout ou partie d’une loi ou d’un règlement. »

[130] Le paragraphe 37(1) de la LACC actuelle est pratiquement identique quant au fond au par. 18.3(1). Pour faciliter la comparaison de ces deux dispositions, je les ai reproduites ci-après :

37. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d’une telle disposition.

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

[131] L’application de l’al. 44f) de la *Loi d’interprétation* vient tout simplement confirmer l’intention clairement exprimée par le législateur, qu’a indiquée Industrie Canada dans l’analyse du Projet de loi C-55, où le par. 37(1) était qualifié de « modification d’ordre technique concernant le réaménagement des dispositions de la présente loi ». Par ailleurs, durant la deuxième lecture du projet de loi

Senate, confirmed that s. 37(1) represented only a technical change:

On a technical note relating to the treatment of deemed trusts for taxes, the bill [*sic*] makes no changes to the underlying policy intent, despite the fact that in the case of a restructuring under the CCAA, sections of the act [*sic*] were repealed and substituted with renumbered versions due to the extensive reworking of the CCAA.

(*Debates of the Senate*, vol. 142, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, at p. 2147)

[132] Had the substance of s. 18.3(1) altered in any material way when it was replaced by s. 37(1), I would share Deschamps J.'s view that it should be considered a new provision. But since s. 18.3(1) and s. 37(1) are the same in substance, the transformation of s. 18.3(1) into s. 37(1) has no effect on the interpretive queue, and s. 222(3) of the *ETA* remains the "later in time" provision (Sullivan, at p. 347).

[133] This means that the deemed trust provision in s. 222(3) of the *ETA* takes precedence over s. 18.3(1) during *CCAA* proceedings. The question then is how that priority affects the discretion of a court under s. 11 of the *CCAA*.

[134] While s. 11 gives a court discretion to make orders notwithstanding the *BIA* and the *Winding-up Act*, R.S.C. 1985, c. W-11, that discretion is not liberated from the operation of any other federal statute. Any exercise of discretion is therefore circumscribed by whatever limits are imposed by statutes *other* than the *BIA* and the *Winding-up Act*. That includes the *ETA*. The chambers judge in this case was, therefore, required to respect the priority regime set out in s. 222(3) of the *ETA*. Neither s. 18.3(1) nor s. 11 of the *CCAA* gave him the authority to ignore it. He could not, as a result, deny the Crown's request

au Sénat, l'honorable Bill Rompkey, qui était alors leader adjoint du gouvernement au Sénat, a confirmé que le par. 37(1) représentait seulement une modification d'ordre technique :

Sur une note administrative, je signale que, dans le cas du traitement de fiducies présumées aux fins d'impôt, le projet de loi ne modifie aucunement l'intention qui sous-tend la politique, alors que dans le cas d'une restructuration aux termes de la LACC, des articles de la loi ont été abrogés et remplacés par des versions portant de nouveaux numéros lors de la mise à jour exhaustive de la LACC.

(*Débats du Sénat*, vol. 142, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 novembre 2005, p. 2147)

[132] Si le par. 18.3(1) avait fait l'objet de modifications notables sur le fond lorsqu'il a été remplacé par le par. 37(1), je me rangerais à l'avis de la juge Deschamps qu'il doit être considéré comme un texte de droit nouveau. Mais comme les par. 18.3(1) et 37(1) ne diffèrent pas sur le fond, le fait que le par. 18.3(1) soit devenu le par. 37(1) n'a aucune incidence sur l'ordre chronologique du point de vue de l'interprétation, et le par. 222(3) de la *LTA* demeure la disposition « postérieure » (Sullivan, p. 347).

[133] Il s'ensuit que la disposition créant une fiducie réputée que l'on trouve au par. 222(3) de la *LTA* l'emporte sur le par. 18.3(1) dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. La question qui se pose alors est celle de savoir quelle est l'incidence de cette préséance sur le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l'art. 11 de la *LACC*.

[134] Bien que l'art. 11 accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances malgré les dispositions de la *LFI* et de la *Loi sur les liquidations*, L.R.C. 1985, ch. W-11, ce pouvoir discrétionnaire demeure assujéti à l'application de toute autre loi fédérale. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est donc circonscrit par les limites imposées par toute loi *autre* que la *LFI* et la *Loi sur les liquidations*, et donc par la *LTA*. En l'espèce, le juge siégeant en son cabinet était donc tenu de respecter le régime de priorités établi au par. 222(3) de la *LTA*. Ni le par. 18.3(1) ni l'art. 11 de la *LACC* ne l'autorisaient à en faire abstraction. Par conséquent,

for payment of the GST funds during the CCAA proceedings.

[135] Given this conclusion, it is unnecessary to consider whether there was an express trust.

[136] I would dismiss the appeal.

APPENDIX

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 (as at December 13, 2007)

11. (1) [Powers of court] Notwithstanding anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up Act*, where an application is made under this Act in respect of a company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make an order under this section.

. . .

(3) [Initial application court orders] A court may, on an initial application in respect of a company, make an order on such terms as it may impose, effective for such period as the court deems necessary not exceeding thirty days,

(a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in subsection (1);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of or proceeding with any other action, suit or proceeding against the company.

(4) [Other than initial application court orders] A court may, on an application in respect of a company other than an initial application, make an order on such terms as it may impose,

il ne pouvait pas refuser la demande présentée par la Couronne en vue de se faire payer la TPS dans le cadre de la procédure introduite en vertu de la *LACC*.

[135] Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir s'il existait une fiducie expresse en l'espèce.

[136] Je rejetterais le présent pourvoi.

ANNEXE

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36 (en date du 13 décembre 2007)

11. (1) [Pouvoir du tribunal] Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations*, chaque fois qu'une demande est faite sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie, le tribunal, sur demande d'un intéressé, peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et avec ou sans avis, rendre l'ordonnance prévue au présent article.

. . .

(3) [Demande initiale — ordonnances] Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour une période maximale de trente jours :

a) suspendre, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, les procédures intentées contre la compagnie au titre des lois mentionnées au paragraphe (1), ou qui pourraient l'être;

b) surseoir, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, au cours de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, d'intenter ou de continuer toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(4) [Autres demandes — ordonnances] Dans le cas d'une demande, autre qu'une demande initiale, visant une compagnie, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période qu'il estime indiquée :

(a) staying, until otherwise ordered by the court, for such period as the court deems necessary, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in subsection (1);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of or proceeding with any other action, suit or proceeding against the company.

. . . .

(6) [Burden of proof on application] The court shall not make an order under subsection (3) or (4) unless

(a) the applicant satisfies the court that circumstances exist that make such an order appropriate; and

(b) in the case of an order under subsection (4), the applicant also satisfies the court that the applicant has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

11.4 (1) [Her Majesty affected] An order made under section 11 may provide that

(a) Her Majesty in right of Canada may not exercise rights under subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* or any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, in respect of the company if the company is a tax debtor under that subsection or provision, for such period as the court considers appropriate but ending not later than

(i) the expiration of the order,

(ii) the refusal of a proposed compromise by the creditors or the court,

(iii) six months following the court sanction of a compromise or arrangement,

a) suspendre, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, les procédures intentées contre la compagnie au titre des lois mentionnées au paragraphe (1), ou qui pourraient l'être;

b) surseoir, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, au cours de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, d'intenter ou de continuer toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

. . . .

(6) [Preuve] Le tribunal ne rend l'ordonnance visée aux paragraphes (3) ou (4) que si :

a) le demandeur le convainc qu'il serait indiqué de rendre une telle ordonnance;

b) dans le cas de l'ordonnance visée au paragraphe (4), le demandeur le convainc en outre qu'il a agi — et continue d'agir — de bonne foi et avec toute la diligence voulue.

11.4 (1) [Suspension des procédures] Le tribunal peut ordonner :

a) la suspension de l'exercice par Sa Majesté du chef du Canada des droits que lui confère le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie à ce paragraphe et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, à l'égard d'une compagnie lorsque celle-ci est un débiteur fiscal visé à ce paragraphe ou à cette disposition, pour une période se terminant au plus tard :

(i) à l'expiration de l'ordonnance rendue en application de l'article 11,

(ii) au moment du rejet, par le tribunal ou les créanciers, de la transaction proposée,

(iii) six mois après que le tribunal a homologué la transaction ou l'arrangement,

(iv) the default by the company on any term of a compromise or arrangement, or

(v) the performance of a compromise or arrangement in respect of the company; and

(b) Her Majesty in right of a province may not exercise rights under any provision of provincial legislation in respect of the company where the company is a debtor under that legislation and the provision has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

for such period as the court considers appropriate but ending not later than the occurrence or time referred to in whichever of subparagraphs (a)(i) to (v) may apply.

(2) [When order ceases to be in effect] An order referred to in subsection (1) ceases to be in effect if

(a) the company defaults on payment of any amount that becomes due to Her Majesty after the order is made and could be subject to a demand under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium,

(iv) au moment de tout défaut d’exécution de la transaction ou de l’arrangement,

(v) au moment de l’exécution intégrale de la transaction ou de l’arrangement;

b) la suspension de l’exercice par Sa Majesté du chef d’une province, pour une période se terminant au plus tard au moment visé à celui des sous-alinéas a)(i) à (v) qui, le cas échéant, est applicable, des droits que lui confère toute disposition législative de cette province à l’égard d’une compagnie, lorsque celle-ci est un débiteur visé par la loi provinciale et qu’il s’agit d’une disposition dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

(2) [Cessation] L’ordonnance cesse d’être en vigueur dans les cas suivants :

a) la compagnie manque à ses obligations de paiement pour un montant qui devient dû à Sa Majesté après l’ordonnance et qui pourrait faire l’objet d’une demande aux termes d’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou

as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) under any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection; or

(b) any other creditor is or becomes entitled to realize a security on any property that could be claimed by Her Majesty in exercising rights under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person

d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe;

b) un autre créancier a ou acquiert le droit de réaliser sa garantie sur un bien qui pourrait être réclamé par Sa Majesté dans l’exercice des droits que lui confère l’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne,

and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection.

(3) [Operation of similar legislation] An order made under section 11, other than an order referred to in subsection (1) of this section, does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same

ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

(3) [Effet] Les ordonnances du tribunal, autres que celles rendues au titre du paragraphe (1), n’ont pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou

effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

18.3 (1) [Deemed trusts] Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”) nor in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province where

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

(b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, notwithstanding any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

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

(2) [Exceptions] Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but d'assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d'une loi de cette province, dans la mesure où, dans ce dernier cas, se réalise l'une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) cette province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l'application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier du failli et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

18.4 (1) [Status of Crown claims] In relation to a proceeding under this Act, all claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or any body under an enactment respecting workers' compensation, in this section and in section 18.5 called a "workers' compensation body", rank as unsecured claims.

. . .

(3) [Operation of similar legislation] Subsection (1) does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a "province providing a comprehensive pension plan" as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a "provincial pension plan" as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and

18.4 (1) [Réclamations de la Couronne] Dans le cadre de procédures intentées sous le régime de la présente loi, toutes les réclamations de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province ou d'un organisme compétent au titre d'une loi sur les accidents du travail, y compris les réclamations garanties, prennent rang comme réclamations non garanties.

. . .

(3) [Effet] Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de porter atteinte à l'application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l'objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d'une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d'un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l'impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu'une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l'application de l'alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii),

in respect of any related interest, penalties or other amounts.

20. [Act to be applied conjointly with other Acts] The provisions of this Act may be applied together with the provisions of any Act of Parliament or of the legislature of any province, that authorizes or makes provision for the sanction of compromises or arrangements between a company and its shareholders or any class of them.

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 (as at September 18, 2009)

11. [General power of court] Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

11.02 (1) [Stays, etc. — initial application] A court may, on an initial application in respect of a debtor company, make an order on any terms that it may impose, effective for the period that the court considers necessary, which period may not be more than 30 days,

(a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*;

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

(2) [Stays, etc. — other than initial application] A court may, on an application in respect of a debtor company other than an initial application, make an order, on any terms that it may impose,

(a) staying, until otherwise ordered by the court, for any period that the court considers necessary, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in paragraph (1)(a);

et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

20. [La loi peut être appliquée conjointement avec d'autres lois] Les dispositions de la présente loi peuvent être appliquées conjointement avec celles de toute loi fédérale ou provinciale, autorisant ou prévoyant l'homologation de transactions ou arrangements entre une compagnie et ses actionnaires ou une catégorie de ces derniers.

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36 (en date du 18 septembre 2009)

11. [Pouvoir général du tribunal] Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie débitrice, rendre, sur demande d'un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu'il estime indiquée.

11.02 (1) [Suspension : demande initiale] Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période maximale de trente jours qu'il estime nécessaire :

a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*;

b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(2) [Suspension : demandes autres qu'initiales] Dans le cas d'une demande, autre qu'une demande initiale, visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période qu'il estime nécessaire :

a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime des lois mentionnées à l'alinéa (1)a);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

(3) [Burden of proof on application] The court shall not make the order unless

(a) the applicant satisfies the court that circumstances exist that make the order appropriate; and

(b) in the case of an order under subsection (2), the applicant also satisfies the court that the applicant has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

. . .

11.09 (1) [Stay — Her Majesty] An order made under section 11.02 may provide that

(a) Her Majesty in right of Canada may not exercise rights under subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* or any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, in respect of the company if the company is a tax debtor under that subsection or provision, for the period that the court considers appropriate but ending not later than

(i) the expiry of the order,

(ii) the refusal of a proposed compromise by the creditors or the court,

(iii) six months following the court sanction of a compromise or an arrangement,

(iv) the default by the company on any term of a compromise or an arrangement, or

(v) the performance of a compromise or an arrangement in respect of the company; and

(b) Her Majesty in right of a province may not exercise rights under any provision of provincial legislation in respect of the company if the company is a debtor under that legislation and the provision has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income*

b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(3) [Preuve] Le tribunal ne rend l'ordonnance que si :

a) le demandeur le convainc que la mesure est opportune;

b) dans le cas de l'ordonnance visée au paragraphe (2), le demandeur le convainc en outre qu'il a agi et continue d'agir de bonne foi et avec la diligence voulue.

. . .

11.09 (1) [Suspension des procédures : Sa Majesté] L'ordonnance prévue à l'article 11.02 peut avoir pour effet de suspendre :

a) l'exercice par Sa Majesté du chef du Canada des droits que lui confère le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie à ce paragraphe et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, à l'égard d'une compagnie qui est un débiteur fiscal visé à ce paragraphe ou à cette disposition, pour la période se terminant au plus tard :

(i) à l'expiration de l'ordonnance,

(ii) au moment du rejet, par le tribunal ou les créanciers, de la transaction proposée,

(iii) six mois après que le tribunal a homologué la transaction ou l'arrangement,

(iv) au moment de tout défaut d'exécution de la transaction ou de l'arrangement,

(v) au moment de l'exécution intégrale de la transaction ou de l'arrangement;

b) l'exercice par Sa Majesté du chef d'une province, pour la période que le tribunal estime indiquée et se terminant au plus tard au moment visé à celui des sous-alinéas *a)(i)* à (v) qui, le cas échéant, est applicable, des droits que lui confère toute disposition

Tax Act, or refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

for the period that the court considers appropriate but ending not later than the occurrence or time referred to in whichever of subparagraphs (a)(i) to (v) that may apply.

(2) [When order ceases to be in effect] The portions of an order made under section 11.02 that affect the exercise of rights of Her Majesty referred to in paragraph (1)(a) or (b) cease to be in effect if

(a) the company defaults on the payment of any amount that becomes due to Her Majesty after the order is made and could be subject to a demand under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the

législative de cette province à l’égard d’une compagnie qui est un débiteur visé par la loi provinciale, s’il s’agit d’une disposition dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

(2) [Cessation d’effet] Les passages de l’ordonnance qui suspendent l’exercice des droits de Sa Majesté visés aux alinéas (1)a) ou b) cessent d’avoir effet dans les cas suivants :

a) la compagnie manque à ses obligations de paiement à l’égard de toute somme qui devient due à Sa Majesté après le prononcé de l’ordonnance et qui pourrait faire l’objet d’une demande aux termes d’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la

collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection; or

(b) any other creditor is or becomes entitled to realize a security on any property that could be claimed by Her Majesty in exercising rights under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection

perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe;

b) un autre créancier a ou acquiert le droit de réaliser sa garantie sur un bien qui pourrait être réclamé par Sa Majesté dans l’exercice des droits que lui confère l’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens

3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection.

(3) [Operation of similar legislation] An order made under section 11.02, other than the portions of that order that affect the exercise of rights of Her Majesty referred to in paragraph (1)(a) or (b), does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

(3) [Effet] L’ordonnance prévue à l’article 11.02, à l’exception des passages de celle-ci qui suspendent l’exercice des droits de Sa Majesté visés aux alinéas (1)a) ou b), n’a pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute autre règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités et autres charges afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

37. (1) [Deemed trusts] Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”), nor does it apply in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province if

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

(b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15 (as at December 13, 2007)

222. (1) [Trust for amounts collected] Subject to subsection (1.1), every person who collects an amount as or on account of tax under Division II is deemed, for all purposes and despite any security interest in the amount, to hold the amount in trust for Her Majesty in right of Canada, separate and apart from the property of the person and from property held by any secured

37. (1) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d’une telle disposition.

(2) [Exceptions] Le paragraphe (1) ne s’applique pas à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes de toute loi d’une province créant une fiducie présumée dans le seul but d’assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d’une loi de cette province, si, dans ce dernier cas, se réalise l’une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues au titre de cette loi provinciale sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) cette province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues au titre de cette loi provinciale sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l’application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier de la compagnie et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

Loi sur la taxe d’accise, L.R.C. 1985, ch. E-15 (en date du 13 décembre 2007)

222. (1) [Montants perçus détenus en fiducie] La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l’absence du droit en garantie, seraient ceux de la

creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, until the amount is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2).

(1.1) [Amounts collected before bankruptcy] Subsection (1) does not apply, at or after the time a person becomes a bankrupt (within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act*), to any amounts that, before that time, were collected or became collectible by the person as or on account of tax under Division II.

. . .

(3) [Extension of trust] Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, and

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was collected, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3 (as at December 13, 2007)

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

personne, jusqu'à ce qu'il soit versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2).

(1.1) [Montants perçus avant la faillite] Le paragraphe (1) ne s'applique pas, à compter du moment de la faillite d'un failli, au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, aux montants perçus ou devenus percevables par lui avant la faillite au titre de la taxe prévue à la section II.

. . .

(3) [Non-versement ou non-retrait] Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est perçu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté du chef du Canada a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3 (en date du 13 décembre 2007)

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

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

(b) any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under any laws applicable in the province within which the property is situated and within which the bankrupt resides, or

(b.1) such goods and services tax credit payments and prescribed payments relating to the essential needs of an individual as are made in prescribed circumstances and are not property referred to in paragraph (a) or (b),

but it shall comprise

(c) all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and

(d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit.

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

(3) [Exceptions] Subsection (2) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”) nor in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province where

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

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

b) les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime des lois applicables dans la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli;

b.1) dans les circonstances prescrites, les paiements au titre de crédits de la taxe sur les produits et services et les paiements prescrits qui sont faits à des personnes physiques relativement à leurs besoins essentiels et qui ne sont pas visés aux alinéas a) et b),

mais ils comprennent :

c) tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération;

d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice.

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

(3) [Exceptions] Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but d'assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d'une loi de cette province, dans la mesure où, dans ce dernier cas, se réalise l'une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

(b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, notwithstanding any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

86. (1) [Status of Crown claims] In relation to a bankruptcy or proposal, all provable claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or of any body under an Act respecting workers’ compensation, in this section and in section 87 called a “workers’ compensation body”, rank as unsecured claims.

. . .

(3) [Exceptions] Subsection (1) does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*;

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts; or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

b) cette province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l’application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier du failli et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

86. (1) [Réclamations de la Couronne] Dans le cadre d’une faillite ou d’une proposition, les réclamations prouvables — y compris les réclamations garanties — de Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province ou d’un organisme compétent au titre d’une loi sur les accidents du travail prennent rang comme réclamations non garanties.

. . .

(3) [Effet] Le paragraphe (1) n’a pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

Appeal allowed with costs, ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fraser Milner Casgrain, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs de l’appelante : Fraser Milner Casgrain, Vancouver.

Procureur de l’intimé : Procureur général du Canada, Vancouver.

TAB 3

Court of Queen's Bench of Alberta

Citation: Re Canada North Group Inc, 2017 ABQB 508

Date: 20170817
Docket: 1703 12327
Registry: Edmonton

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

**and in the Matter of a Plan of Arrangement of
Canada North Group Inc., Canada North Camps Inc.,
Campcorp Structures Ltd., D.J. Catering Ltd.,
816956 Alberta Ltd. and 1371047 Alberta Ltd.**

**Reasons for Decision
of the
Honourable Mr. Justice S.D. Hillier**

I Introduction

[1] Canada North Camps Inc. (CNC), Campcorp Structures Ltd., D.J. Catering Ltd., 816956 Alberta Ltd. and 1371047 Alberta Ltd. (collectively, the Group) request extension of a Stay under s. 11.02(2) of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, RSC 1985, c C-36 (CCAA) until November 3, 2017 and ancillary orders.

[2] The Canadian Western Bank (CWB) cross-applies for an order lifting the Stay and appointing either a full or interim Receiver pursuant to s. 243 (or ss. 47 and 244 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, RSC 1985, c B-3 (BIA)), s. 13(2) of the *Judicature Act*, RSA 2000, c J-2, s. 99(a) of the *Business Corporations Act*, RSA 2000, c B-9, and s. 65(7) of the *Personal Property Security Act*, RSA 2000, c P-7.

II History

[3] The Group operates or provides a number of services including work camps in the natural resource sector, modular construction manufacturing, camp land rentals as well as real estate holdings including a golf course. CWB has been the Group's major secured creditor for a significant period of time.

[4] 1919209 Alberta Ltd. (1919) is an insolvent affiliated debtor holding company of two of the companies in the Group. It was incorporated to lease camp equipment from Weslease Income

Growth Fund LP (Weslease) and provide that camp equipment to Canada North Camps Inc. for its use. 1919's operations are integrated with those of the other applicants.

[5] CNC entered into an agreement to construct a camp on Wandering River. 1371047, and Wandering River Properties Ltd. (owned 2/3 by 1371047) subsequently purchased a parcel for that purpose. CNC joined with the local Heart Lake First Nation and formed Heart Lake CNC LP, Heart Lake Canada North Group GP Ltd., Wandering River Properties Ltd., and Canada North Group LP Holdings Ltd.

[6] An action by Max Fuel Distributors Ltd. as against Shayne McCracken arises from the operation of the camp business. The other creditors of the Group are stayed from enforcing collateral claims against Shayne McCracken.

[7] The Group's operations and profitability have been significantly impacted since 2014 by the downturn in the economy. Earlier attempts by the Group and CWB to deal with the debt and cash flow issues proved to be unsuccessful.

[8] In March 2017, the parties signed a Forbearance Agreement but problems continued. When they were unable to reach a new resolution in a full meeting on June 21, 2017, the Group issued Notices of Intention to make proposals under the *BIA* effective June 26, 2017.

[9] On July 5, 2017, Nielsen J. granted an initial Stay under s. 11.02(1) of the *CCAA*. He imposed numerous terms, including that:

- Ernst & Young be appointed as Monitor;
- R. e. I. Group Inc. be appointed as Chief Restructuring Officer (CRO);
- the Stay continue until August 3, 2017, subject to review;
- Debtor in Possession (DIP) financing from the Business Development Bank of Canada (BDC) be made available, not to exceed \$1M;
- Notice of Intention proceedings under the *BIA* be "taken up" and continued under the *CCAA*.

[10] On July 27, 2017, the Group applied under s. 11.02(2) of the *CCAA* for an extension of the Stay to November 3, 2017. It also applied to add 1919 as an applicant in these proceedings.

[11] As well, it applied to expand the Stay to apply to proceedings against the entities involved in the Wandering River contract, and against Shayne McCracken.

[12] Finally, the Group applied for an increase in the DIP financing to a maximum of \$2,500,000 and an interim lender's charge up to the same amount due to elevated costs associated with a significant short-term increase in work under a camps contract with the British Columbia provincial government for workers on the wildfires.

[13] The CWB cross-applied for an order lifting the Stay and appointing a full or interim Receiver.

[14] The Monitor sought approval of his First Report and activities, a suspension of limitation periods on claims, and the power to examine the parties regarding questioned transactions on lot sales prior to the *CCAA* Order (preferences) under s. 36.2 of the *CCAA*. Other interested parties also made submissions as affecting their interests.

[15] In an oral decision, this Court extended the Stay to September 29, 2017 with a review to be held on September 26, 2017. The cross-application was dismissed. The Court also issued a series of ancillary directions. The parties were advised that written reasons would be issued dealing with the main issue as to extension of the Stay or appointment of a Receiver. These are the written reasons.

III Affidavit Evidence

[16] The Group's stated preliminary plan is to return operations to profitability as demand increases, consider sale of some of its assets, and seek new financing or equity investment as required in order to provide a viable Plan of Arrangement.

[17] The Group has presented extensive affidavits from Ms. Shayne McCracken, Director and Secretary of the applicants, in support of the various applications, containing the following key assertions:

- the Group has acted in good faith and with due diligence, working closely with the CRO and cooperating with the Monitor as they gain an understanding of the business and structure;
- the Group has specifically worked with the CRO and Monitor to improve financial reporting and accounting processes;
- together they have taken initial steps to develop a Plan of Arrangement to present to creditors, including a detailed overview of assets and liabilities;
- the Group has been the subject of unsolicited investment and purchase interest, which the Group, Monitor and CRO are pursuing;
- meetings have taken place with interested parties as well as arrangements related to drawdowns on DIP financing;
- work has included contracts with the Province of British Columbia to address efforts in consequence of raging wildfires in that province.

[18] Ms. McCracken's affidavits purport to meet head on the concerns of CWB with the accounting treatment of certain accounts receivable, particularly in relation to the Grand Rapids Pipeline Project and the margining of custom negotiated deferred revenue. In late 2016, cost estimates were prepared for demobilization of the Grand Rapids camp, including removal of the camp for just over \$2M and reclamation work estimated at roughly \$5.36M based on detailed costing. Ms. McCracken asserted that the practice of clients assuming the costs of setting up and removing camps by advance invoicing is used by others in the camp industry.

[19] The margining of custom negotiated deferred revenue allows the Group access to necessary financing to commence work prior to being paid. Ms. McCracken found support for the accounting practice in question in the custom negotiated deferred revenue term of the margining requirement that was part of the credit agreement with CWB.

[20] Two significant receivables were placed on the books between March and May 2017 (it is unclear when they were actually posted and sent to the client) on Grand Rapids. This ostensibly led to a claim against the financing and increased CWB's exposure significantly at a time when the parties were trying to sort things out following the Forbearance Agreement in mid-March.

[21] Ms. McCracken specifically denied CWB's allegation that these invoices were provided in bad faith to artificially inflate the amount available on the operating line. She deposed that the invoicing for this work was reviewed by the Group's corporate counsel. As well, it was part of the financial reporting to CWB and there were regular conversations with account managers at CWB who were aware of the origin and nature of all significant receivables, including the Grand Rapid receivables. Ms. McCracken maintained the view that the receivables were appropriately margined as deferred revenue.

[22] Ms. McCracken noted that Grand Rapids has now raised issues with respect to payment of some of the invoices and a meeting is scheduled with it in Calgary in early August to discuss payment of those invoices.

[23] Ms. Jessica Taha filed extensive material for CWB challenging the Stay, and supporting the appointment of a Receiver. The following assertions are germane, particularly as concerns margining of receivables:

- the Group had been margining receivables for which work had not yet been done (citing Grand Rapids);
- as a result, the operating line was overdrawn by over \$3.8M for work not yet done which only came to light at the June 21, 2017 meeting; subsequent information reflects that it is overdrawn by \$8M;
- the Group had only performed 10% of required work on one contract and only 40% for another, and none of this was consistent with the margining as represented by the Group, and arranged between the parties dating back to 2012;
- despite representations to the contrary before Nielsen J., CWB was not aware of this prior to the June 21, 2017 meeting.

[24] Ms. Taha attested to her belief that as the level of work dropped dramatically in the economic downturn, the Group changed its approach without advising CWB, and started to render invoices for work which had not yet been done, categorizing those invoices as deferred revenue capable of margining.

[25] In response, Ms. McCracken maintained her position that the Grand Rapids deferred revenue was properly included in the financial statements. She deposed that Ms. Taha's position that deferred revenue was only permitted to be used for margining based on the percentage of the work performed is inconsistent with the supporting material provided by Ms. Taha. The Group kept their branch representatives apprised of the status of the deferred revenue inclusions in the margining calculations and none raised a concern.

[26] In counter response, CWB prepared three affidavits of senior officers at the Edmonton Main Branch deposing that they were unaware of the material amounts that were being margined without the work having been done, and each was unaware of anyone else at CWB having had such knowledge until the meeting on June 21, 2017.

[27] Glenn MacDougall, Manager of ECN Capital Corp. (ECN), also filed an affidavit. ECN is an equipment lessor and creditor of the Group. In short, he opines that the work resulting from the BC wildfires is a temporary salve on the Group's financial circumstances, and it is unlikely that the Group will be able to make a viable Plan of Arrangement. He deposed that ECN would

be materially prejudiced by the continuation of the Stay, as it will erode the value of ECN's security.

[28] With respect to expanding the Stay, Ms. McCracken deposed that direct claims against affiliates have been reviewed. The Group now seeks to expand the stay to specific affiliates where those affiliates are facing claims directly connected to the overall camp operations, in order to preserve the *status quo*, prevent unnecessary expenditures of effort on litigation, maximize recovery for all parties, and allow for an orderly determination of priority and claims.

[29] Regarding inclusion of 1919, Ms. McCracken deposed that 1919 has no revenue other than lease income from Canada North and is completely dependent on such payments to fulfill its obligations under the leases. It is included in the consolidated cash flow projections and financial statements for the Group, as it is treated as a flow through entity. The equipment it leases is essential to the uninterrupted operations of the Group.

[30] Finally, Ms. McCracken explained that the increased work for the B.C. government, although welcome, creates a cash flow issue as the work is invoiced approximately a week after completion and receipt of payment typically takes approximately four weeks from invoicing. Consequently, the Group anticipates a cash flow shortage in August 2017 that will not be met by the present DIP facility. On July 21, 2017, the interim lender approved an increase to the DIP financing to a maximum of \$2,500,000.

IV Monitor's First Report

[31] The Monitor has provided a First Report, advising of various steps taken in conjunction with the CRO, highlights of which include:

General

- a new cash management procedure has been initiated to ensure efficient control of cash and cash reporting, with a review of cash flow projections;
- the Group's management and staff have been making significant efforts in all respects and are cooperating fully with the efforts of the CRO;
- based on the Monitor's own work with Group management, the Group appears to have acted in good faith and with due diligence;
- the actual end cash balance for the two weeks ending July 15, 2017 was higher than projected by over \$400K and collections higher than projected by nearly \$350K;
- while cash disbursements were lower, this was largely due to temporary deferrals;
- the contracts relating to the B.C. wildfires will have a significant positive impact on future cash inflows and receivables.

Accounts Receivable

- the Group has used atypical accounting practices as reflected in four areas;

- the steps being adopted in response to CWB’s concerns include removing Grand Rapids and Heart Lake related receivables as a conservative strategy while quantum is reviewed;
- some but not all of the room guarantees or reservations have been reversed out.

Status of Restructuring Efforts and Related Plan

- the Group’s business and operations are very complex;
- the CRO believes, based on preliminary work to date and co-operation of the management team, that there is certainly potential for a going concern plan that could provide significantly greater value to stakeholders as compared to a liquidation;
- the CRO is of the initial view that several profit and gross margin improvements have been realized by the Group due to changes to operations, staffing and other operational matters.

1919

- the leasing arrangement with Weslease has been extended for use by the Group valued at approximately \$6M and listed as: three Jack+Jill dorms, two power distribution centres and one waste water treatment plant;
- expansion of the Stay to include 1919 is reasonable.

[32] As well, the Monitor and the Group have been in contact with various parties who have expressed interest in participating in a restructuring through refinancing, purchasing assets or investing in the Group.

V Law

[33] An initial Stay under s. 11.02(1) of the CCAA may be imposed for a maximum period of 30 days. The role of this Court on a subsequent application under s. 11.02(2) is not to re-evaluate the initial decision, but rather to consider whether the applicant has established that the current circumstances support an extension as being appropriate and that the applicant has acted, and is acting, in good faith and with due diligence, as required under s. 11.02(3).

[34] The purpose of the CCAA is to permit the debtor to continue to carry on business and, where possible, avoid the social and economic costs of liquidating its assets. Appropriateness of an extension under the CCAA is assessed by inquiring into whether the order sought advances the policy objectives underlying the CCAA. A stay can be lifted if the reorganization is doomed to failure, but where the order sought realistically advances those objectives, a CCAA court has the discretion to grant it: **Century Services Inc v Canada (Attorney General)**, 2010 SCC 60 at paras 15, 70, 71, [2010] 3 SCR 62.

[35] In applying for an extension, the applicant must provide evidence of at least “a kernel of a plan” which will advance the CCAA objectives: **North American Tungsten Corp, Re**, 2015 BCSC 1376, 2015 CarswellBC 2232 at para 26, citing **Azure Dynamics Corp, Re**, 2012 BCSC 781, 91 CBR (5th) 310.

[36] Pursuant to s. 11.02(3), the applicant is required to demonstrate that it has acted, and continues to act, in good faith. Honesty is at the core of “good faith”: **San Francisco Gifts Ltd., Re**, 2005 ABQB 91 at para 16, 10 CBR (5th) 275.

[37] Section 11.02(3) refers to consideration of good faith and due diligence in both the past and present tense. Romaine J. in **Alberta Treasury Branches v Tallgrass Energy Corp**, 2013 ABQB 432 at para 13, 9 CBR (6th) 161 confirmed the language of s. 11.02(3), to the effect that the court needs to be satisfied that the applicant has acted in the past, and is acting, in good faith. See also **Alexis Paragon Limited Partnership (Re)**, 2014 ABQB 65 at para 16, 9 CBR (6th) 43.

[38] By contrast, in **Muscletech Research and Development Inc (Re)**, [2006] OJ No 462 at para 4, 19 CBR (5th) 57 (Sup Ct Just), Farley J. held that the question of good faith relates to how the parties are conducting themselves in the context of the CCAA proceedings. Courts in subsequent cases adopted this view: **Pacific Shores Resort & Spa Ltd (Re)**, 2011 BCSC 1775 at para 31-32, [2011] BCJ No 2482, and **4519922 Canada Inc.(Re)**, 2015 ONSC 124 in paras 44-46, 22 CBR (6th) 44.

[39] In **Guestlogix Inc, Re**, 2016 ONSC 1348, [2016] OJ No 1129, the Court expanded the stay to proceedings against a guarantor, noting that it was insolvent and in default of its obligations, highly integrated with the debtor company, and the debtor company would be able to include all the assets of the guarantor in a potential transaction if the guarantor were added.

[40] The Court has broad equitable jurisdiction to determine appropriate allocation among assets of administration, interim financing and directors’ charges: **Hunters Trailer & Marine, Re**, 2001 ABQB 1094, 30 CBR (4th) 206. The Court in **Canwest Publishing Inc (Re)**, 2010 ONSC 222 at para 54, 63 CBR (5th) 115 set out factors to be considered in determining priority of charges under s. 11.52 of the CCAA which are critical to the successful restructuring of the business:

- (a) the size and complexity of the businesses being restructured;
- (b) the proposed role of the beneficiaries of the charge;
- (c) whether there is an unwarranted duplication of roles;
- (d) whether the quantum of the proposed charge appears to be fair and reasonable;
- (e) the position of the secured creditors likely to be affected by the charge; and
- (f) the position of the Monitor.

[41] Section 11.2(4) of the CCAA provides that in deciding whether to make an order allowing DIP financing, the Court must consider:

- (a) the period during which the company is expected to be subject to CCAA proceedings;
- (b) how the company’s business and financial affairs are to be managed during the proceedings;
- (c) whether the company’s management has the confidence of its major creditors;

- (d) whether the loan would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made in respect of the company;
- (e) the nature and value of the company's property;
- (f) whether any creditor would be materially prejudiced as a result of the security or charge; and
- (g) the monitor's report.

[42] In *US Steel Canada Inc (Re)*, 2014 ONSC 6145 at paras 12-18, 20 CBR (6th) 116 the Court discussed the authority under s. 11.2 to grant priority to the DIP lender's charge to secure the DIP loan. In addition to the factors set out in s. 11.2(4), it considered the following in granting priority:

- (a) notice had been given to all of the secured parties likely to be affected and broadly to all *PPSA* registrants, and other interested entities;
- (b) the maximum amount of the DIP loan was appropriate based on the anticipated cash flow requirements of the applicant as reflected in its cash flow projections for the entire restructuring period, in order to continue to carry on its business during the restructuring period;
- (c) the cash flows were the subject of a favourable report of the Monitor in its First Report;
- (d) the Applicant's business would continue to be managed by the applicant's management with the assistance of the CRO during the restructuring period;
- (e) the existing operational relationships between the applicant and its largest creditor would continue; and
- (f) the DIP loan would assist in, and enhance, the restructuring process.

VI Analysis

Extension of Order

[43] Various factors were profiled by Ms. Wanke before Nielsen J. to support the Group's position that a restructuring under the *CCAA* is possible; if the objective is liquidation, then appointment of a Receiver is appropriate. Nielsen J. recognized the possibility of a successful restructuring in rejecting the application to appoint a Receiver and granting the application to impose a Stay under the *CCAA* with a Monitor and CRO. In recognizing that a lot of work had been done, he found that those supporting the steps to restructure should be given that opportunity in the collective best interest despite the prejudice of deferral and risk as regards repayment of CWB and other creditors.

[44] I now have the responsibility to measure the progress in the period leading up to expiry of the initial Stay. Without second-guessing the initial decision, I must assess the current circumstances, including the good faith and due diligence of the parties in light of steps taken to date.

[45] The legislative objective of a CCAA order is to provide the Court considerable scope to maintain the *status quo* for a company to make proposal arrangements to facilitate remaining in operation for a collective benefit. One may have preferred to see some further advancement on the “germ of a Plan” but I am satisfied that the CRO has begun consultations with unsolicited parties who have expressed an interest and that a structure for such a Plan is now an important priority.

[46] I am mindful that the Monitor was obliged to report on just under three weeks of activity in rendering a First Report by July 24, 2017. Various factors have impacted the lack of concrete progress on a Plan at this point, including the value of the Group as a going concern estimated at \$97M (equipment, manufacturing and real estate) with diverse activities, assets and work product, the complexity of restructuring, and the need to modernize the sophistication of a family operation that is unable to operate as it has done historically.

[47] Professional advisors are now in place assisting in this required modernization. Potential investors have and continue to express interest in the Group. It appears that DIP funding has been used prudently to cover operational expenses including higher than expected professional expenses. Cash flows are quite healthy and the Group owns a number of assets of marketable value.

[48] CWB notes that Nielsen J. indicated on the initial Stay application that the Group would have to show more than a germ of a plan at the next hearing. It is not entirely surprising that three weeks did not prove long enough to complete the steps necessary to create a Plan of Arrangement. There is no allegation of delay or inertia by the Monitor or the CRO in performance of significant responsibilities undertaken since confirmation of their appointment July 5, 2017. The Monitor reported that the Group has been working with due diligence and in full cooperation. A number of competing interests require the attention of the Monitor. Having considered all of the circumstances before the Court, I am satisfied that the Group has established due diligence.

[49] It bears noting that CWB is not the only party who would be affected by receivership. Employees, other creditors, clients, and the public would also be affected. Changes have already been implemented by the CRO, as observed and reported by the Monitor.

[50] The Group has had the recent opportunity to enter into contracts with the Province of B.C. in relation to the wildfires. It appears that despite the Group’s liquidity crisis – impacted by various factors, including market conditions – the business of the Group may well be salvageable. This assessment appears to be supported by: the cash flow projections, recoveries on receivables, and changes begun by the CRO in consultation with the Monitor with particular regard to increased work potential and to increase the sophistication of accounting.

[51] However, CWB takes the position that the Group has been in default of its obligations to CWB for many months. CWB extended time for the Group to find refinancing and continued to make available to the Group the operating line facility in the amount of \$12,000,000, margined on accounts receivable of the Group. CWB asserts that the Group took advantage of CWB by falsely including one or more multi-million dollar accounts receivable for which the work had not yet been done.

[52] The parties disagree as to whether the law supports serious consideration of past bad faith if it is relevant to the viability of the CCAA proposal or its continuation.

[53] The language of s. 11.02(3) of the CCAA does not temporally restrict the consideration of bad faith. The wording of that provision is captured broadly in **Tallgrass**. It would appear that **Muscletech** and the cases which followed it stand for the proposition that courts should look only to conduct in the context of the CCAA process. This represents a restrictive reading of s. 11.02(3) and the purpose of such a narrow interpretation is unclear.

[54] It is logical that past due diligence will usually have minimal relevance as a factor. However, past bad faith illuminated after CCAA proceedings have been initiated may undermine the confidence of creditors and the Court in the viability of CCAA proceedings. In my view, past bad faith may well be a relevant factor in the Court's assessment under s. 11.02(3). This is in keeping with the approach taken in **Alexis Paragon**, 2014 ABQB 65 at paras 37-38.

[55] I note that the facts in this case are distinguishable from those in **San Francisco** where the alleged deception appeared to be aimed at deriving an advantage from customers through knock off products and counterfeit safety labels, rather than deriving an advantage from a financing secured creditor through accounting practices as alleged here by CWB.

[56] Again, the major issue in this regard is, and has been profiled as, the status of accounts receivable in terms of the margining of contracts for work not yet performed or not fully performed.

[57] CWB takes the position that, upon consultation with her client and corporate counsel, Ms. Wanke misrepresented the situation to Nielsen J. in her oral submissions on July 5, 2017. While this Court is not reviewing the basis for Nielsen J.'s order, the issue of margining was raised at that time and the allegation of bad faith remains a live issue. I understand the interpretation placed by CWB on the representations made in front of Nielsen J. both from Affidavits and then information provided to legal counsel. Ms. Wanke summarized her understanding as being that this was part of the camp business on the books of the Group and not a lack of good faith. I accept her expression on this review to the effect that she would have preferred to have been more familiar with the Grand Rapids contract at the time but that this issue only surfaced latterly. She said she would have stated the client's position somewhat differently, but that the net effect remains that the margining was consistent with the Group's understanding of its entitlement.

[58] CWB's concerns regarding the margining are understandable. It takes the position that while margining on deferred revenue was permissible, the Grand Rapids contracts do not qualify for that treatment according to the terms as agreed to between the parties notwithstanding the assertions advanced by the Group. CWB says there was an understanding as relates to the formula to be applied to these receivables that was violated, especially as to the two major Grand Rapids accounts issued between the end of March 2017 and beginning of May 2017. Counsel for CWB took the Court through a number of documents relating to the credit agreement between CWB and the Group to explain what the Group's reasonable understanding should have been in relation to contracts qualifying for special treatment of the accounts receivable for margining purposes.

[59] The Monitor has reviewed and discounted a number of entries as inappropriate; it will likely have to further endorse commitment to revise other receivables. The Court agrees that a commitment to revise other receivables may be appropriate. However, there are a number of priorities competing for the attention of the CRO. It is difficult to measure whether any breaches of the protocol were intentionally deceptive as distinct from aggressive and misguided. That distinction is harder to make based on duelling affidavits as distinct from oral testimony,

questioning or at minimum some objective detailed analysis by the Monitor to assist the Court's interpretation of events.

[60] I have struggled to understand the treatment of invoicing as to the records of accounts receivable, particularly as the idea of charging for work not done is rather foreign to my experience as to the entitlement to collect. So too, the deferral of the time for payment extending from 45 days to 120 days obfuscates the idea of entitlement. The matter is complicated by the risk and relative reliability of these receivables as assets, distinct from a bad or at least tainted debt that needs to be monitored for collection procedures. All of these aspects appear to arise in far greater sums for 2016 than in any previous year which, understandably, is further troubling to principals at CWB.

[61] I endorse the concerns of CWB as legitimate. Even in the absence of a finding of bad faith, the practice employed as reflected in treatment of the Grand Rapids receivables raises legitimate concerns regarding the future viability of the Group. I accept that the practice in question has resulted in margining which has led to overall debt to CWB which is incongruent with the Group's receivables as they would be represented in the normal course, as confirmed in the Monitor's First Report.

[62] I also note CWB's concern that the cash flow projection relied on by the Monitor did not take into account unpaid professional fees relating to the work toward reorganization, and the projected loss to the end of October 2017 is considerably offset only by the fortuitous and uncertain wildfire camp work. CWB's receivables, to the extent they are collectible, are being used up by payment of the professional fees and interim financing.

[63] Nevertheless, I am not prepared to conclude on the basis of the material as presented to me that the Group has failed to act in good faith to the extent of disentiing the extension sought.

[64] Clearly, the parties now disagree on the interpretation of the arrangement between them as regards margining based on deferred revenue. The issue before this Court is not the correct interpretation of the various document referred to by CWB's counsel, but rather whether the Group's reliance on its understanding amounted to bad faith. There has been no trial of the latter issue. While raising questions, the evidence adduced on this application falls short of supporting a finding of bad faith in the sense of knowing reliance on an unsupportable interpretation of the documents, or intentional concealing of the practice or any relevant financial information. This is particularly so in light of the evidence of the Group's understanding that the arrangement between CWB and the Group expressly contemplated that the Group was permitted to margin deferred revenue when no work had been done.

[65] If the CWB was not aware of the effect or extent of this type of margining, it is not clear from the evidence that the Group understood it was acting other than consistently with the intention of the parties in this regard. This view of the matter is generally supported by the Monitor's information that the sophistication of all facets of the accounting system in place has not kept up with the sophistication of its business. The CRO is working to address accounting practices which require improvement.

[66] There is undeniably a considerable difference in the parties' interpretations of the conduct and reporting. Obviously, a debtor may be motivated to maximize access to funding. The past practice here is somewhat unclear, but even if the Group exceeded the terms or protocol as generally agreed, I do not ascribe bad faith to its actions.

[67] Overall, I find that extension of the Stay is in the best interest. However, a further vigorous review must take place within a reasonable period of time.

[68] The November 3, 2017 date targeted by the Group is not reasonable in the circumstances.

[69] As such, the next hearing is set for September 26, 2017. The Court will require a Report from the Monitor at least 7 business days prior to that date.

Increase in DIP Financing

[70] Ms. McCracken suggests in her affidavit that they only need a small increase in the DIP loan to cover operations in light of healthy cash flows and significant assets.

[71] While the creditors may rightly take issue with the characterization of the increase as “small”, I approve the request to increase the DIP financing from \$1M to \$2.5M in the form of order proposed by counsel for the Group to address the anticipated cash flow shortage resulting from welcome work during what is typically a slower season for the Group. Counsel for CWB took no issue with the form of order.

[72] At the close of submissions, counsel for CRA alerted the Court, as well as BDC in particular, that it took issue with the increase in DIP financing and that it would be applying for priority with respect to \$1.14M owing to the Minister by the Group for unremitted source deductions and GST. It was seeking an order to vary so as to put the administrative charge, director’s charge and interim lender charges in second place behind the CRA. In light of that information, BDC counsel indicated that the CRA’s position would not impair BDC’s ability to advance the DIP financing, noting that the matter would be argued at a later date.

1919

[73] The application to add 1919 was not opposed. As was the case in *Guestlogix*, the operations of 1919 are inextricably linked to those of the Group, as it leases important equipment and provides it Canada North.

[74] I order that 1919 be added as a party included in the Group. Counsel for the Group agreed to include in the order a clause restating the allocation provision in the initial Stay Order to recognize that Welease has made this concern known at this point. Counsel for CWB did not take issue with such a provision in the order.

Approval of Monitor’s First Report

[75] And at the request of the Monitor, I approve:

- his First Report and activities;
- suspend the limitation periods on claims;
- confer power to examine parties on questioned transactions regarding lot sales prior to CCAA.

[76] The further Report of the Monitor is required at least 7 days before the next hearing.

Expansion of Stay

[77] The Stay is expanded to apply to proceedings against Heart Lake and associated parties involved in the Grand Rapids contracts, and proceedings by Max Fuel against Ms. McCracken.

Counsel for CWB did not take issue with this. In the result, the applications for appointment of a Receiver, interim or otherwise, are dismissed.

Sealing of Confidential Information

[78] I order that the confidential information identified as such on the Court file be sealed.

Service Protocol to Reduce Costs

[79] The Monitor is to maintain a service list of parties who provide the Monitor with email addresses. Those parties may be served by email effective the date of the email. All others are to be served by the Monitor posting its and others' materials on its website, effective as at the date of posting.

VII Conclusion

[80] I have determined that it is in the collective interest to extend the CCAA Stay to September 29, 2017. The Order will be subject to review by me on September 26, 2017 in usual consultation with the Court Coordinator.

Heard on the 27th day of July, 2017.

Dated at the City of Edmonton, Alberta this 17th day of August, 2017.

S.D. Hillier
J.C.Q.B.A.

Appearances:

S.A. Wanke and S. Norris
DLA Piper (Canada) LLP
for the Applicants/Cross-Respondents

C.P. Russell, Q.C.
McLennan Ross LLP
for the Respondent/Cross-Applicant

D.R. Bieganeck, Q.C.
Duncan Craig LLP
for the Monitor, Ernst &Young LLP

J. Oliver
Cassels Brock
for Business Development Bank of Canada

T.M. Warner
Miller Thompson
for ECN Capital Corp.

M.J. McCabe, Q.C.
Reynolds Mirth Richards & Farmer LLP
for PricewaterhouseCoopers

R.J. Wasylyshyn
Ogilvie LLP
for Weslease Income Growth Fund LP

H.M.B.Ferris
Lawson Lundell LLP
for First Island Financial Services Ltd.

G.F. Body
Justice Canada
for Canada Revenue Agency

TAB 4

CITATION: Canwest Publishing Inc., 2010 ONSC 222
COURT FILE NO.: CV-10-8533-00CL
DATE: 20100118

ONTARIO

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

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

AND IN THE MATTER OF A PROPOSED PLAN OF COMPROMISE OR
ARRANGEMENT OF CANWEST PUBLISHING INC./PUBLICATIONS CANWEST
INC., CANWEST BOOKS INC. AND CANWEST (CANADA) INC.

COUNSEL: *Lyndon Barnes, Alex Cobb and Duncan Ault* for the Applicant LP Entities
Mario Forte for the Special Committee of the Board of Directors
Andrew Kent and Hilary Clarke for the Administrative Agent of the Senior
Secured Lenders' Syndicate
Peter Griffin for the Management Directors
Robin B. Schwill and Natalie Renner for the Ad Hoc Committee of 9.25% Senior
Subordinated Noteholders
David Byers and Maria Konyukhova for the proposed Monitor, FTI Consulting
Canada Inc.

PEPALL J.

REASONS FOR DECISION

Introduction

[1] Canwest Global Communications Corp. ("Canwest Global") is a leading Canadian media company with interests in (i) newspaper publishing and digital media; and (ii) free-to-air television stations and subscription based specialty television channels. Canwest Global, the entities in its Canadian television business (excluding CW Investments Co. and its subsidiaries) and the National Post Company (which prior to October 30, 2009 owned and published the National Post) (collectively, the "CMI Entities"), obtained protection from their creditors in a

*Companies' Creditors Arrangement Act*¹ ("CCAA") proceeding on October 6, 2009.² Now, the Canwest Global Canadian newspaper entities with the exception of National Post Inc. seek similar protection. Specifically, Canwest Publishing Inc./Publications Canwest Inc. ("CPI"), Canwest Books Inc. ("CBI"), and Canwest (Canada) Inc. ("CCI") apply for an order pursuant to the CCAA. They also seek to have the stay of proceedings and the other benefits of the order extend to Canwest Limited Partnership/Canwest Société en Commandite (the "Limited Partnership"). The Applicants and the Limited Partnership are referred to as the "LP Entities" throughout these reasons. The term "Canwest" will be used to refer to the Canwest enterprise as a whole. It includes the LP Entities and Canwest Global's other subsidiaries which are not applicants in this proceeding.

[2] All appearing on this application supported the relief requested with the exception of the Ad Hoc Committee of 9.25% Senior Subordinated Noteholders. That Committee represents certain unsecured creditors whom I will discuss more fully later.

[3] I granted the order requested with reasons to follow. These are my reasons.

[4] I start with three observations. Firstly, Canwest Global, through its ownership interests in the LP Entities, is the largest publisher of daily English language newspapers in Canada. The LP Entities own and operate 12 daily newspapers across Canada. These newspapers are part of the Canadian heritage and landscape. The oldest, The Gazette, was established in Montreal in 1778. The others are the Vancouver Sun, The Province, the Ottawa Citizen, the Edmonton Journal, the Calgary Herald, The Windsor Star, the Times Colonist, The Star Phoenix, the Leader-Post, the Nanaimo Daily News and the Alberni Valley Times. These newspapers have an estimated average weekly readership that exceeds 4 million. The LP Entities also publish 23 non-daily

¹ R.S.C. 1985, c. C. 36, as amended.

² On October 30, 2009, substantially all of the assets and business of the National Post Company were transferred to the company now known as National Post Inc.

newspapers and own and operate a number of digital media and online operations. The community served by the LP Entities is huge. In addition, based on August 31, 2009 figures, the LP Entities employ approximately 5,300 employees in Canada with approximately 1,300 of those employees working in Ontario. The granting of the order requested is premised on an anticipated going concern sale of the newspaper business of the LP Entities. This serves not just the interests of the LP Entities and their stakeholders but the Canadian community at large.

[5] Secondly, the order requested may contain some shortcomings; it may not be perfect. That said, insolvency proceedings typically involve what is feasible, not what is flawless.

[6] Lastly, although the builders of this insolvent business are no doubt unhappy with its fate, gratitude is not misplaced by acknowledging their role in its construction.

Background Facts

(i) Financial Difficulties

[7] The LP Entities generate the majority of their revenues through the sale of advertising. In the fiscal year ended August 31, 2009, approximately 72% of the LP Entities' consolidated revenue derived from advertising. The LP Entities have been seriously affected by the economic downturn in Canada and their consolidated advertising revenues declined substantially in the latter half of 2008 and in 2009. In addition, they experienced increases in certain of their operating costs.

[8] On May 29, 2009 the Limited Partnership failed, for the first time, to make certain interest and principal reduction payments and related interest and cross currency swap payments totaling approximately \$10 million in respect of its senior secured credit facilities. On the same day, the Limited Partnership announced that, as of May 31, 2009, it would be in breach of certain financial covenants set out in the credit agreement dated as of July 10, 2007 between its predecessor, Canwest Media Works Limited Partnership, The Bank of Nova Scotia as administrative agent, a syndicate of secured lenders ("the LP Secured Lenders"), and the predecessors of CCI, CPI and CBI as guarantors. The Limited Partnership also failed to make

principal, interest and fee payments due pursuant to this credit agreement on June 21, June 22, July 21, July 22 and August 21, 2009.

[9] The May 29, 2009, defaults under the senior secured credit facilities triggered defaults in respect of related foreign currency and interest rate swaps. The swap counterparties (the “Hedging Secured Creditors”) demanded payment of \$68.9 million. These unpaid amounts rank pari passu with amounts owing under the LP Secured Lenders’ credit facilities.

[10] On or around August 31, 2009, the Limited Partnership and certain of the LP Secured Lenders entered into a forbearance agreement in order to allow the LP Entities and the LP Secured Lenders the opportunity to negotiate a pre-packaged restructuring or reorganization of the affairs of the LP Entities. On November 9, 2009, the forbearance agreement expired and since then, the LP Secured Lenders have been in a position to demand payment of approximately \$953.4 million, the amount outstanding as at August 31, 2009. Nonetheless, they continued negotiations with the LP Entities. The culmination of this process is that the LP Entities are now seeking a stay of proceedings under the CCAA in order to provide them with the necessary “breathing space” to restructure and reorganize their businesses and to preserve their enterprise value for the ultimate benefit of their broader stakeholder community.

[11] The Limited Partnership released its annual consolidated financial statements for the twelve months ended August 31, 2009 and 2008 on November 26, 2009. As at August 31, 2009, the Limited Partnership had total consolidated assets with a net book value of approximately \$644.9 million. This included consolidated current assets of \$182.7 million and consolidated non-current assets of approximately \$462.2 million. As at that date, the Limited Partnership had total consolidated liabilities of approximately \$1.719 billion (increased from \$1.656 billion as at August 31, 2008). These liabilities consisted of consolidated current liabilities of \$1.612 billion and consolidated non-current liabilities of \$107 million.

[12] The Limited Partnership had been experiencing deteriorating financial results over the past year. For the year ended August 31, 2009, the Limited Partnership’s consolidated revenues decreased by \$181.7 million or 15% to \$1.021 billion as compared to \$1.203 billion for the year

ended August 31, 2008. For the year ended August 31, 2009, the Limited Partnership reported a consolidated net loss of \$66 million compared to consolidated net earnings of \$143.5 million for fiscal 2008.

(ii) Indebtedness under the Credit Facilities

[13] The indebtedness under the credit facilities of the LP Entities consists of the following.

- (a) The LP senior secured credit facilities are the subject matter of the July 10, 2007 credit agreement already mentioned. They are guaranteed by CCI, CPI and CBI. The security held by the LP Secured Lenders has been reviewed by the solicitors for the proposed Monitor, FTI Consulting Canada Inc. and considered to be valid and enforceable.³ As at August 31, 2009, the amounts owing by the LP Entities totaled \$953.4 million exclusive of interest.⁴
- (b) The Limited Partnership is a party to the aforementioned foreign currency and interest rate swaps with the Hedging Secured Creditors. Defaults under the LP senior secured credit facilities have triggered defaults in respect of these swap arrangements. Demand for repayment of amounts totaling \$68.9 million (exclusive of unpaid interest) has been made. These obligations are secured.
- (c) Pursuant to a senior subordinated credit agreement dated as of July 10, 2007, between the Limited Partnership, The Bank of Nova Scotia as administrative agent for a syndicate of lenders, and others, certain subordinated lenders agreed to provide the Limited Partnership with access to a term credit facility of up to \$75

³ Subject to certain assumptions and qualifications.

⁴ Although not formally in evidence before the court, counsel for the LP Secured Lenders advised the court that currently \$382,889,000 in principal in Canadian dollars is outstanding along with \$458,042,000 in principal in American dollars.

million. CCI, CPI, and CBI are guarantors. This facility is unsecured, guaranteed on an unsecured basis and currently fully drawn. On June 20, 2009, the Limited Partnership failed to make an interest payment resulting in an event of default under the credit agreement. In addition, the defaults under the senior secured credit facilities resulted in a default under this facility. The senior subordinated lenders are in a position to take steps to demand payment.

- (d) Pursuant to a note indenture between the Limited Partnership, The Bank of New York Trust Company of Canada as trustee, and others, the Limited Partnership issued 9.5% per annum senior subordinated unsecured notes due 2015 in the aggregate principal amount of US \$400 million. CPI and CBI are guarantors. The notes are unsecured and guaranteed on an unsecured basis. The noteholders are in a position to take steps to demand immediate payment of all amounts outstanding under the notes as a result of events of default.

[14] The LP Entities use a centralized cash management system at the Bank of Nova Scotia which they propose to continue. Obligations owed pursuant to the existing cash management arrangements are secured (the “Cash Management Creditor”).

(iii) LP Entities’ Response to Financial Difficulties

[15] The LP Entities took a number of steps to address their circumstances with a view to improving cash flow and strengthening their balance sheet. Nonetheless, they began to experience significant tightening of credit from critical suppliers and other trade creditors. The LP Entities’ debt totals approximately \$1.45 billion and they do not have the liquidity required to make payment in respect of this indebtedness. They are clearly insolvent.

[16] The board of directors of Canwest Global struck a special committee of directors (the “Special Committee”) with a mandate to explore and consider strategic alternatives. The Special Committee has appointed Thomas Strike, the President, Corporate Development & Strategy Implementation, as Recapitalization Officer and has retained Gary Colter of CRS Inc. as

Restructuring Advisor for the LP Entities (the “CRA”). The President of CPI, Dennis Skulsky, will report directly to the Special Committee.

[17] Given their problems, throughout the summer and fall of 2009, the LP Entities have participated in difficult and complex negotiations with their lenders and other stakeholders to obtain forbearance and to work towards a consensual restructuring or recapitalization.

[18] An ad hoc committee of the holders of the senior subordinated unsecured notes (the “Ad Hoc Committee”) was formed in July, 2009 and retained Davies Ward Phillips & Vineberg as counsel. Among other things, the Limited Partnership agreed to pay the Committee’s legal fees up to a maximum of \$250,000. Representatives of the Limited Partnership and their advisors have had ongoing discussions with representatives of the Ad Hoc Committee and their counsel was granted access to certain confidential information following execution of a confidentiality agreement. The Ad Hoc Committee has also engaged a financial advisor who has been granted access to the LP Entities’ virtual data room which contains confidential information regarding the business and affairs of the LP Entities. There is no evidence of any satisfactory proposal having been made by the noteholders. They have been in a position to demand payment since August, 2009, but they have not done so.

[19] In the meantime and in order to permit the businesses of the LP Entities to continue to operate as going concerns and in an effort to preserve the greatest number of jobs and maximize value for the stakeholders of the LP Entities, the LP Entities have been engaged in negotiations with the LP Senior Lenders, the result of which is this CCAA application.

(iv) The Support Agreement, the Secured Creditors’ Plan and the Solicitation Process

[20] Since August 31, 2009, the LP Entities and the LP administrative agent for the LP Secured Lenders have worked together to negotiate terms for a consensual, prearranged restructuring, recapitalization or reorganization of the business and affairs of the LP Entities as a going concern. This is referred to by the parties as the Support Transaction.

[21] As part of this Support Transaction, the LP Entities are seeking approval of a Support Agreement entered into by them and the administrative agent for the LP Secured Lenders. 48% of the LP Secured Lenders, the Hedging Secured Creditors, and the Cash Management Creditor (the “Secured Creditors”) are party to the Support Agreement.

[22] Three interrelated elements are contemplated by the Support Agreement and the Support Transaction: the credit acquisition, the Secured Creditors’ plan (the “Plan”), and the sale and investor solicitation process which the parties refer to as SISP.

[23] The Support Agreement contains various milestones with which the LP Entities are to comply and, subject to a successful bid arising from the solicitation process (an important caveat in my view), commits them to support a credit acquisition. The credit acquisition involves an acquisition by an entity capitalized by the Secured Creditors and described as AcquireCo. AcquireCo. would acquire substantially all of the assets of the LP Entities (including the shares in National Post Inc.) and assume certain of the liabilities of the LP Entities. It is contemplated that AcquireCo. would offer employment to all or substantially all of the employees of the LP Entities and would assume all of the LP Entities’ existing pension plans and existing post-retirement and post-employment benefit plans subject to a right by AcquireCo., acting commercially reasonably and after consultation with the operational management of the LP Entities, to exclude certain specified liabilities. The credit acquisition would be the subject matter of a Plan to be voted on by the Secured Creditors on or before January 31, 2010. There would only be one class. The Plan would only compromise the LP Entities’ secured claims and would not affect or compromise any other claims against any of the LP Entities (“unaffected claims”). No holders of the unaffected claims would be entitled to vote on or receive any distributions of their claims. The Secured Creditors would exchange their outstanding secured claims against the LP Entities under the LP credit agreement and the swap obligations respectively for their *pro rata* shares of the debt and equity to be issued by AcquireCo. All of the LP Entities’ obligations under the LP secured claims calculated as of the date of closing less \$25 million would be deemed to be satisfied following the closing of the Acquisition Agreement.

LP secured claims in the amount of \$25 million would continue to be held by AcquireCo. and constitute an outstanding unsecured claim against the LP Entities.

[24] The Support Agreement contemplates that the Financial Advisor, namely RBC Dominion Securities Inc., under the supervision of the Monitor, will conduct the solicitation process. Completion of the credit acquisition process is subject to a successful bid arising from the solicitation process. In general terms, the objective of the solicitation process is to obtain a better offer (with some limitations described below) than that reflected in the credit acquisition. If none is obtained in that process, the LP Entities intend for the credit acquisition to proceed assuming approval of the Plan. Court sanction would also be required.

[25] In more detailed terms, Phase I of the solicitation process is expected to last approximately 7 weeks and qualified interested parties may submit non-binding proposals to the Financial Advisor on or before February 26, 2010. Thereafter, the Monitor will assess the proposals to determine whether there is a reasonable prospect of obtaining a Superior Offer. This is in essence a cash offer that is equal to or higher than that represented by the credit acquisition. If there is such a prospect, the Monitor will recommend that the process continue into Phase II. If there is no such prospect, the Monitor will then determine whether there is a Superior Alternative Offer, that is, an offer that is not a Superior Offer but which might nonetheless receive approval from the Secured Creditors. If so, to proceed into Phase II, the Superior Alternative Offer must be supported by Secured Creditors holding more than at least 33.3% of the secured claims. If it is not so supported, the process would be terminated and the LP Entities would then apply for court sanction of the Plan.

[26] Phase II is expected to last approximately 7 weeks as well. This period allows for due diligence and the submission of final binding proposals. The Monitor will then conduct an assessment akin to the Phase 1 process with somewhat similar attendant outcomes if there are no Superior Offers and no acceptable Alternative Superior Offers. If there were a Superior Offer or an acceptable Alternative Superior Offer, an agreement would be negotiated and the requisite approvals sought.

[27] The solicitation process is designed to allow the LP Entities to test the market. One concern is that a Superior Offer that benefits the secured lenders might operate to preclude a Superior Alternative Offer that could provide a better result for the unsecured creditors. That said, the LP Entities are of the view that the solicitation process and the support transaction present the best opportunity for the businesses of the LP Entities to continue as going concerns, thereby preserving jobs as well as the economic and social benefits of their continued operation. At this stage, the alternative is a bankruptcy or liquidation which would result in significant detriment not only to the creditors and employees of the LP Entities but to the broader community that benefits from the continued operation of the LP Entities' business. I also take some comfort from the position of the Monitor which is best captured in an excerpt from its preliminary Report:

The terms of the Support Agreement and SISP were the subject of lengthy and intense arm's length negotiations between the LP Entities and the LP Administrative Agent. The Proposed Monitor supports approval of the process contemplated therein and of the approval of those documents, but without in any way fettering the various powers and discretions of the Monitor.

[28] It goes without saying that the Monitor, being a court appointed officer, may apply to the court for advice and directions and also owes reporting obligations to the court.

[29] As to the objection of the Ad Hoc Committee, I make the following observations. Firstly, they represent unsecured subordinated debt. They have been in a position to take action since August, 2009. Furthermore, the LP Entities have provided up to \$250,000 for them to retain legal counsel. Meanwhile, the LP Secured Lenders have been in a position to enforce their rights through a non-consensual court proceeding and have advised the LP Entities of their abilities in that regard in the event that the LP Entities did not move forward as contemplated by the Support Agreement. With the Support Agreement and the solicitation process, there is an enhanced likelihood of the continuation of going concern operations, the preservation of jobs and the maximization of value for stakeholders of the LP Entities. It seemed to me that in the face of these facts and given that the Support Agreement expired on January 8, 2010, adjourning the

proceeding was not merited in the circumstances. The Committee did receive very short notice. Without being taken as encouraging or discouraging the use of the comeback clause in the order, I disagree with the submission of counsel to the Ad Hoc Committee to the effect that it is very difficult if not impossible to stop a process relying on that provision. That provision in the order is a meaningful one as is clear from the decision in *Muscletech Research & Development Inc.*⁵. On a come back motion, although the positions of parties who have relied bona fide on an Initial Order should not be prejudiced, the onus is on the applicants for an Initial Order to satisfy the court that the existing terms should be upheld.

Proposed Monitor

[30] The Applicants propose that FTI Consulting Canada Inc. serve as the Monitor. It currently serves as the Monitor in the CMI Entities' CCAA proceeding. It is desirable for FTI to act; it is qualified to act; and it has consented to act. It has not served in any of the incompatible capacities described in section 11.7(2) of the CCAA. The proposed Monitor has an enhanced role that is reflected in the order and which is acceptable.

Proposed Order

[31] As mentioned, I granted the order requested. It is clear that the LP Entities need protection under the CCAA. The order requested will provide stability and enable the LP Entities to pursue their restructuring and preserve enterprise value for their stakeholders. Without the benefit of a stay, the LP Entities would be required to pay approximately \$1.45 billion and would be unable to continue operating their businesses.

⁵ 2006 CarswellOnt 264 (S.C.J.).

(a) Threshold Issues

[32] The chief place of business of the Applicants is Ontario. They qualify as debtor companies under the CCAA. They are affiliated companies with total claims against them that far exceed \$5 million. Demand for payment of the swap indebtedness has been made and the Applicants are in default under all of the other facilities outlined in these reasons. They do not have sufficient liquidity to satisfy their obligations. They are clearly insolvent.

(b) Limited Partnership

[33] The Applicants seek to extend the stay of proceedings and the other relief requested to the Limited Partnership. The CCAA definition of a company does not include a partnership or a limited partnership but courts have exercised their inherent jurisdiction to extend the protections of an Initial CCAA Order to partnerships when it was just and convenient to do so. The relief has been held to be appropriate where the operations of the partnership are so intertwined with those of the debtor companies that irreparable harm would ensue if the requested stay were not granted: *Re Canwest Global Communications Corp*⁶ and *Re Lehndorff General Partners Ltd*⁷.

[34] In this case, the Limited Partnership is the administrative backbone of the LP Entities and is integral to and intertwined with the Applicants' ongoing operations. It owns all shared information technology assets; it provides hosting services for all Canwest properties; it holds all software licences used by the LP Entities; it is party to many of the shared services agreements involving other Canwest entities; and employs approximately 390 full-time equivalent employees who work in Canwest's shared services area. The Applicants state that failure to extend the stay to the Limited Partnership would have a profoundly negative impact on the value of the Applicants, the Limited Partnership and the Canwest Global enterprise as a whole. In

⁶ 2009 CarswellOnt 6184 at para. 29 (S.C.J.).

⁷ (1993), 9 B.L.R. (2d) 275 (Ont. Gen. Div.).

addition, exposing the assets of the Limited Partnership to the demands of creditors would make it impossible for the LP Entities to successfully restructure. I am persuaded that under these circumstances it is just and convenient to grant the request.

(c) Filing of the Secured Creditors' Plan

[35] The LP Entities propose to present the Plan only to the Secured Creditors. Claims of unsecured creditors will not be addressed.

[36] The CCAA seems to contemplate a single creditor-class plan. Sections 4 and 5 state:

s.4 Where a compromise or an arrangement is proposed between a debtor company and its unsecured creditors or any class of them, the court may, on the application in a summary way of the company or of any such creditor or of the trustee in bankruptcy or liquidator of the company, order a meeting of the creditors or class of creditors and, if the court so determines, of the shareholders of the company, to be summoned in such manner as the court directs.

s.5 Where a compromise or an arrangement is proposed between a debtor company and its secured creditors or any class of them, the court may, on the application in a summary way of the company or of any such creditor or of the trustee in bankruptcy or liquidator of the company, order a meeting of the creditors or class of creditors and, if the court so determines, of the shareholders of the company, to be summoned in such manner as the court directs.

[37] Case law has interpreted these provisions as authorizing a single creditor-class plan. For instance, Blair J. (as he then was) stated in *Re Philip Services Corp.*⁸ : " There is no doubt that a debtor is at liberty, under the terms of sections 4 and 5 of the CCAA, to make a proposal to

⁸ 1999 CarswellOnt 4673 (S.C.J.).

secured creditors or to unsecured creditors or to both groups."⁹ Similarly, in *Re Anvil Range Mining Corp.*¹⁰, the Court of Appeal stated: "It may also be noted that s. 5 of the CCAA contemplates a plan which is a compromise between a debtor company and its secured creditors and that by the terms of s. 6 of the Act, applied to the facts of this case, the plan is binding only on the secured creditors and the company and not on the unsecured creditors."¹¹

[38] Based on the foregoing, it is clear that a debtor has the statutory authority to present a plan to a single class of creditors. In *Re Anvil Range Mining Corp.*, the issue was raised in the context of the plan's sanction by the court and a consideration of whether the plan was fair and reasonable as it eliminated the opportunity for unsecured creditors to realize anything. The basis of the argument was that the motions judge had erred in not requiring a more complete and in depth valuation of the company's assets relative to the claims of the secured creditors.

[39] In this case, I am not being asked to sanction the Plan at this stage. Furthermore, the Monitor will supervise a vigorous and lengthy solicitation process to thoroughly canvass the market for alternative transactions. The solicitation should provide a good indication of market value. In addition, as counsel for the LP Entities observed, the noteholders and the LP Entities never had any forbearance agreement. The noteholders have been in a position to take action since last summer but chose not to do so. One would expect some action on their part if they themselves believed that they "were in the money". While the process is not perfect, it is subject to the supervision of the court and the Monitor is obliged to report on its results to the court.

[40] In my view it is appropriate in the circumstances to authorize the LP Entities to file and present a Plan only to the Secured Creditors.

⁹ Ibid at para. 16.

¹⁰ (2002), 34 C.B.R. (4th) 157 (Ont. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused (March 6, 2003).

¹¹ Ibid at para. 34.

(d) DIP Financing

[41] The Applicants seek approval of a DIP facility in the amount of \$25 million which would be secured by a charge over all of the assets of the LP Entities and rank ahead of all other charges except the Administration Charge, and ahead of all other existing security interests except validly perfected purchase money security interests and certain specific statutory encumbrances.

[42] Section 11.2 of the CCAA provides the statutory jurisdiction to grant a DIP charge. In *Re Canwest*¹², I addressed this provision. Firstly, an applicant should address the requirements contained in section 11.2 (1) and then address the enumerated factors found in section 11.2(4) of the CCAA. As that list is not exhaustive, it may be appropriate to consider other factors as well.

[43] Applying these principles to this case and dealing firstly with section 11.2(1) of the CCAA, notice either has been given to secured creditors likely to be affected by the security or charge or alternatively they are not affected by the DIP charge. While funds are not anticipated to be immediately necessary, the cash flow statements project a good likelihood that the LP Entities will require the additional liquidity afforded by the \$25 million. The ability to borrow funds that are secured by a charge will help retain the confidence of the LP Entities' trade creditors, employees and suppliers. It is expected that the DIP facility will permit the LP Entities to conduct the solicitation process and consummate a recapitalization transaction of a sale of all or some of its assets. The charge does not secure any amounts that were owing prior to the filing. As such, there has been compliance with the provisions of section 11.2 (1).

[44] Turning then to a consideration of the factors found in section 11.2(4) of the Act, the LP Entities are expected to be subject to these CCAA proceedings until July 31, 2010. Their business and financial affairs will be amply managed during the proceedings. This is a

¹² Supra, note 7 at paras. 31-35.

consensual filing which is reflective of the confidence of the major creditors in the current management configuration. All of these factors favour the granting of the charge. The DIP loan would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement and would ensure the necessary stability during the CCAA process. I have already touched upon the issue of value. That said, in relative terms, the quantum of the DIP financing is not large and there is no readily apparent material prejudice to any creditor arising from the granting of the charge and approval of the financing. I also note that it is endorsed by the proposed Monitor in its report.

[45] Other factors to consider in assessing whether to approve a DIP charge include the reasonableness of the financing terms and more particularly the associated fees. Ideally there should be some evidence on this issue. Prior to entering into the forbearance agreement, the LP Entities sought proposals from other third party lenders for a DIP facility. In this case, some but not all of the Secured Creditors are participating in the financing of the DIP loan. Therefore, only some would benefit from the DIP while others could bear the burden of it. While they may have opted not to participate in the DIP financing for various reasons, the concurrence of the non participating Secured Creditors is some market indicator of the appropriateness of the terms of the DIP financing.

[46] Lastly, I note that the DIP lenders have indicated that they would not provide a DIP facility if the charge was not approved. In all of these circumstances, I was prepared to approve the DIP facility and grant the DIP charge.

(e) Critical Suppliers

[47] The LP Entities ask that they be authorized but not required to pay pre-filing amounts owing in arrears to certain suppliers if the supplier is critical to the business and ongoing operations of the LP Entities or the potential future benefit of the payments is considerable and of value to the LP Entities as a whole. Such payments could only be made with the consent of the proposed Monitor. At present, it is contemplated that such suppliers would consist of certain newspaper suppliers, newspaper distributors, logistic suppliers and the Amex Bank of Canada. The LP Entities do not seek a charge to secure payments to any of its critical suppliers.

[48] Section 11.4 of the CCAA addresses critical suppliers. It states:

11.4(1) On application by a debtor company and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, the court may make an order declaring a person to be a critical supplier to the company if the court is satisfied that the person is a supplier of goods and services to the company and that the goods or services that are supplied are critical to the company's continued operation.

(2) If the court declares the person to be a critical supplier, the court may make an order requiring the person to supply any goods or services specified by the court to the company on any terms and conditions that are consistent with the supply relationship or that the court considers appropriate.

(3) If the court makes an order under subsection (2), the court shall, in the order, declare that all or part of the property of the company is subject to a security or charge in favour of the person declared to be a critical supplier, in an amount equal to the value of the goods or services supplied upon the terms of the order.

(4) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

[49] Mr. Byers, who is counsel for the Monitor, submits that the court has always had discretion to authorize the payment of critical suppliers and that section 11.4 is not intended to address that issue. Rather, it is intended to respond to a post-filing situation where a debtor company wishes to compel a supplier to supply. In those circumstances, the court may declare a person to be a critical supplier and require the person to supply. If the court chooses to compel a person to supply, it must authorize a charge as security for the supplier. Mr. Barnes, who is counsel for the LP Entities, submits that section 11.4 is not so limited. Section 11.4 (1) gives the court general jurisdiction to declare a supplier to be a "critical supplier" where the supplier provides goods or services that are essential to the ongoing business of the debtor company. The permissive as opposed to mandatory language of section 11.4 (2) supports this interpretation.

[50] Section 11.4 is not very clear. As a matter of principle, one would expect the purpose of section 11.4 to be twofold: (i) to codify the authority to permit suppliers who are critical to the continued operation of the company to be paid and (ii) to require the granting of a charge in circumstances where the court is compelling a person to supply. If no charge is proposed to be granted, there is no need to give notice to the secured creditors. I am not certain that the distinction between Mr. Byers and Mr. Barnes' interpretation is of any real significance for the purposes of this case. Either section 11.4(1) does not oust the court's inherent jurisdiction to make provision for the payment of critical suppliers where no charge is requested or it provides authority to the court to declare persons to be critical suppliers. Section 11.4(1) requires the person to be a supplier of goods and services that are critical to the companies' operation but does not impose any additional conditions or limitations.

[51] The LP Entities do not seek a charge but ask that they be authorized but not required to make payments for the pre-filing provision of goods and services to certain third parties who are critical and integral to their businesses. This includes newsprint and ink suppliers. The LP Entities are dependent upon a continuous and uninterrupted supply of newsprint and ink and they have insufficient inventory on hand to meet their needs. It also includes newspaper distributors who are required to distribute the newspapers of the LP Entities; American Express whose corporate card programme and accounts are used by LP Entities employees for business related expenses; and royalty fees accrued and owing to content providers for the subscription-based on-line service provided by FPinfomart.ca, one of the businesses of the LP Entities. The LP Entities believe that it would be damaging to both their ongoing operations and their ability to restructure if they are unable to pay their critical suppliers. I am satisfied that the LP Entities may treat these parties and those described in Mr. Strike's affidavit as critical suppliers but none will be paid without the consent of the Monitor.

(f) Administration Charge and Financial Advisor Charge

[52] The Applicants also seek a charge in the amount of \$3 million to secure the fees of the Monitor, its counsel, the LP Entities' counsel, the Special Committee's financial advisor and

counsel to the Special Committee, the CRA and counsel to the CRA. These are professionals whose services are critical to the successful restructuring of the LP Entities' business. This charge is to rank in priority to all other security interests in the LP Entities' assets, with the exception of purchase money security interests and specific statutory encumbrances as provided for in the proposed order.¹³ The LP Entities also request a \$10 million charge in favour of the Financial Advisor, RBC Dominion Securities Inc. The Financial Advisor is providing investment banking services to the LP Entities and is essential to the solicitation process. This charge would rank in third place, subsequent to the administration charge and the DIP charge.

[53] In the past, an administration charge was granted pursuant to the inherent jurisdiction of the court. Section 11.52 of the amended CCAA now provides statutory jurisdiction to grant an administration charge. Section 11.52 states:

On notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, the court may make an order declaring that all or part of the property of the debtor company is subject to a security or charge – in an amount that the court considers appropriate – in respect of the fees and expenses of

- (a) the monitor, including the fees and expenses of any financial, legal or other experts engaged by the monitor in the performance of the monitor's duties;
- (b) any financial, legal or other experts engaged by the company for the purpose of proceedings under this Act; and
- (c) any financial, legal or other experts engaged by any other interested person if the court is satisfied that the security or charge is necessary for their effective participation in proceedings under this Act.

¹³ This exception also applies to the other charges granted.

(2) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

[54] I am satisfied that the issue of notice has been appropriately addressed by the LP Entities. As to whether the amounts are appropriate and whether the charges should extend to the proposed beneficiaries, the section does not contain any specific criteria for a court to consider in its assessment. It seems to me that factors that might be considered would include:

- (a) the size and complexity of the businesses being restructured;
- (b) the proposed role of the beneficiaries of the charge;
- (c) whether there is an unwarranted duplication of roles;
- (d) whether the quantum of the proposed charge appears to be fair and reasonable;
- (e) the position of the secured creditors likely to be affected by the charge; and
- (f) the position of the Monitor.

This is not an exhaustive list and no doubt other relevant factors will be developed in the jurisprudence.

[55] There is no question that the restructuring of the LP Entities is large and highly complex and it is reasonable to expect extensive involvement by professional advisors. Each of the professionals whose fees are to be secured has played a critical role in the LP Entities restructuring activities to date and each will continue to be integral to the solicitation and restructuring process. Furthermore, there is no unwarranted duplication of roles. As to quantum of both proposed charges, I accept the Applicants' submissions that the business of the LP Entities and the tasks associated with their restructuring are of a magnitude and complexity that justify the amounts. I also take some comfort from the fact that the administrative agent for the LP Secured Lenders has agreed to them. In addition, the Monitor supports the charges requested. The quantum of the administration charge appears to be fair and reasonable. As to the quantum

of the charge in favour of the Financial Advisor, it is more unusual as it involves an incentive payment but I note that the Monitor conducted its own due diligence and, as mentioned, is supportive of the request. The quantum reflects an appropriate incentive to secure a desirable alternative offer. Based on all of these factors, I concluded that the two charges should be approved.

(g) Directors and Officers

[56] The Applicants also seek a directors and officers charge (“D & O charge”) in the amount of \$35 million as security for their indemnification obligations for liabilities imposed upon the Applicants’ directors and officers. The D & O charge will rank after the Financial Advisor charge and will rank *pari passu* with the MIP charge discussed subsequently. Section 11.51 of the CCAA addresses a D & O charge. I have already discussed section 11.51 in *Re Canwest*¹⁴ as it related to the request by the CMI Entities for a D & O charge. Firstly, the charge is essential to the successful restructuring of the LP Entities. The continued participation of the experienced Boards of Directors, management and employees of the LP Entities is critical to the restructuring. Retaining the current officers and directors will also avoid destabilization. Furthermore, a CCAA restructuring creates new risks and potential liabilities for the directors and officers. The amount of the charge appears to be appropriate in light of the obligations and liabilities that may be incurred by the directors and officers. The charge will not cover all of the directors’ and officers’ liabilities in a worse case scenario. While Canwest Global maintains D & O liability insurance, it has only been extended to February 28, 2009 and further extensions are unavailable. As of the date of the Initial Order, Canwest Global had been unable to obtain additional or replacement insurance coverage.

[57] Understandably in my view, the directors have indicated that due to the potential for significant personal liability, they cannot continue their service and involvement in the

¹⁴ Supra note 7 at paras. 44-48.

restructuring absent a D & O charge. The charge also provides assurances to the employees of the LP Entities that obligations for accrued wages and termination and severance pay will be satisfied. All secured creditors have either been given notice or are unaffected by the D & O charge. Lastly, the Monitor supports the charge and I was satisfied that the charge should be granted as requested.

(h) Management Incentive Plan and Special Arrangements

[58] The LP Entities have made amendments to employment agreements with 2 key employees and have developed certain Management Incentive Plans for 24 participants (collectively the “MIPs”). They seek a charge in the amount of \$3 million to secure these obligations. It would be subsequent to the D & O charge.

[59] The CCAA is silent on charges in support of Key Employee Retention Plans (“KERPs”) but they have been approved in numerous CCAA proceedings. Most recently, in *Re Canwest*¹⁵, I approved the KERP requested on the basis of the factors enumerated in *Re Grant Forrest*¹⁶ and given that the Monitor had carefully reviewed the charge and was supportive of the request as were the Board of Directors, the Special Committee of the Board of Directors, the Human Resources Committee of Canwest Global and the Adhoc Committee of Noteholders.

[60] The MIPs in this case are designed to facilitate and encourage the continued participation of certain senior executives and other key employees who are required to guide the LP Entities through a successful restructuring. The participants are critical to the successful restructuring of the LP Entities. They are experienced executives and have played critical roles in the restructuring initiatives to date. They are integral to the continued operation of the business

¹⁵ Supra note 7.

¹⁶ [2009] O.J. No. 3344 (S.C.J.).

during the restructuring and the successful completion of a plan of restructuring, reorganization, compromise or arrangement.

[61] In addition, it is probable that they would consider other employment opportunities in the absence of a charge securing their payments. The departure of senior management would distract from and undermine the restructuring process that is underway and it would be extremely difficult to find replacements for these employees. The MIPs provide appropriate incentives for the participants to remain in their current positions and ensures that they are properly compensated for their assistance in the reorganization process.

[62] In this case, the MIPs and the MIP charge have been approved in form and substance by the Board of Directors and the Special Committee of Canwest Global. The proposed Monitor has also expressed its support for the MIPs and the MIP charge in its pre-filing report. In my view, the charge should be granted as requested.

(i) Confidential Information

[63] The LP Entities request that the court seal the confidential supplement which contains individually identifiable information and compensation information including sensitive salary information about the individuals who are covered by the MIPs. It also contains an unredacted copy of the Financial Advisor's agreement. I have discretion pursuant to Section 137(2) of the *Courts of Justice Act*¹⁷ to order that any document filed in a civil proceeding be treated as confidential, sealed and not form part of the public record. That said, public access in an important tenet of our system of justice.

[64] The threshold test for sealing orders is found in the Supreme Court of Canada decision of *Sierra Club of Canada v Canada (Minister of Finance)*¹⁸. In that case, Iacobucci J. stated that an

¹⁷ R.S.O. 1990, c. C.43, as amended.

¹⁸ [2002] 2 S.C.R. 522.

order should only be granted when: (i) it is necessary in order to prevent a serious risk to an important interest, including a commercial interest, in the context of litigation because reasonable alternative measures will not prevent the risk; and (ii) the salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the right of civil litigants to a fair trial, outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression, which in this context includes the public interest in open and accessible court proceedings.

[65] In *Re Canwest*¹⁹ I applied the *Sierra Club* test and approved a similar request by the Applicants for the sealing of a confidential supplement containing unredacted copies of KERPs for the employees of the CMI Entities. Here, with respect to the first branch of the *Sierra Club* test, the confidential supplement contains unredacted copies of the MIPs. Protecting the disclosure of sensitive personal and compensation information of this nature, the disclosure of which would cause harm to both the LP Entities and the MIP participants, is an important commercial interest that should be protected. The information would be of obvious strategic advantage to competitors. Moreover, there are legitimate personal privacy concerns in issue. The MIP participants have a reasonable expectation that their names and their salary information will be kept confidential. With respect to the second branch of the *Sierra Club* test, keeping the information confidential will not have any deleterious effects. As in the *Re Canwest* case, the aggregate amount of the MIP charge has been disclosed and the individual personal information adds nothing. The salutary effects of sealing the confidential supplement outweigh any conceivable deleterious effects. In the normal course, outside of the context of a CCAA proceeding, confidential personal and salary information would be kept confidential by an employer and would not find its way into the public domain. With respect to the unredacted Financial Advisor agreement, it contains commercially sensitive information the disclosure of which could be harmful to the solicitation process and the salutary effects of sealing it outweigh

¹⁹ *Supra*, note 7 at para. 52.

any deleterious effects. The confidential supplements should be sealed and not form part of the public record at least at this stage of the proceedings.

Conclusion

[66] For all of these reasons, I was prepared to grant the order requested.

Pepall J.

Released: January 18, 2010

CITATION: CanWest Global Communications Corp., 2010 ONSC 222
COURT FILE NO.: CV-10-8533-00CL
DATE: 20100118

ONTARIO

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

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

AND IN THE MATTER OF A PROPOSED PLAN
OF COMPROMISE OR
ARRANGEMENT OF CANWEST GLOBAL
COMMUNICATIONS CORP. AND THE OTHER
APPLICANTS LISTED ON SCHEDULE "A"

REASONS FOR DECISION

Pepall J.

Released: January 18, 2010

TAB 5

CITATION: Lydian International Limited (Re), 2019 ONSC 7473
COURT FILE NO.: CV-19-00633392-00CL
DATE: 2019-12-24

**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 A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGMENT OF
LYDIAN INTERNATIONAL LIMITED, LYDIAN CANADA VENTURES
CORPORATION AND LYDIAN U.K. CORPORATION LIMITED**

Applicants

BEFORE: Chief Justice Geoffrey B. Morawetz

COUNSEL: *Elizabeth Pillon, Sanja Sopic, and Nicholas Avis*, for the Applicants

Pamela Huff, for Resource Capital Fund VI L.P.

Alan Merskey, for OSISKO Bermuda Limited

D.J. Miller, for Alvarez & Marsal Canada Inc. proposed Monitor

David Bish, for ORION Capital Management

Bruce Darlington, for ING Bank N.V./ABS Svensk Exportkredit (publ)

HEARD and DETERMINED: December 23, 2019

REASONS RELEASED: December 24, 2019

ENDORSEMENT

Introduction

[1] Lydian International Limited ("Lydian International"), Lydian Canada Ventures Corporation ("Lydian Canada") and Lydian UK Corporation Limited ("Lydian UK", and collectively, the "Applicants") apply for creditor protection and other relief under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"). The Applicants seek an initial order, substantially in the form attached to the application record. No party attending on the motion opposed the requested relief.

[2] The Applicants are part of a gold exploration and development business in south central Armenia (the “Amulsar Project”). The Amulsar Project is directly owned and operated by Lydian Armenia CJSC (“Lydian Armenia”), a wholly-owned subsidiary of the Applicants.

[3] As set out in the affidavit of Edward A. Sellers sworn December 22, 2019 (the “Sellers Affidavit”), the Applicants have been experiencing and continue to experience liquidity issues due to blockades of the Amulsar Project and other external factors. The Sellers Affidavit details such activities and Mr. Sellers deposes that these activities have prevented Lydian Armenia and its employees, contractors and suppliers from accessing, constructing and ultimately operating the Amulsar Project.

[4] Mr. Sellers states that the lack of progress at the Amulsar Project has prevented the Lydian Group (as that term is defined below) from generating any positive cash flow and has also triggered defaults on certain of the Lydian Group’s obligations to its lenders which, if enforced, the Lydian Group would be unable to satisfy.

[5] The Lydian Group has operated under forbearance agreements in respect of these defaults since October 2018, but the most recent forbearance agreement expired on December 20, 2019.

[6] The Applicants contend that they now require immediate protection under the CCAA for the breathing room they require to pursue remedial steps on a time sensitive basis.

[7] The Applicants intend to continue discussions with their lenders and other stakeholders, including the Government of Armenia (“GOA”). The Applicants also intend to continue evaluating potential financing and/or sale options, all with a view to achieving a viable path forward.

The Applicants

[8] Lydian International is a corporation continued under the laws of the Bailiwick of Jersey, Channel Islands, from the Province of Alberta pursuant to the *Companies (Jersey) Law 1991*. Lydian International was originally incorporated under the *Business Corporations Act*, R.S.A. 2000, c. B-9 (Alberta) on February 14, 2006 as “Dawson Creek Capital Corp.”, and subsequently became Lydian International on December 12, 2007.

[9] Lydian International’s registered office is located in Jersey. On June 12, 2019, Lydian International shareholders approved its continuance under the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44, but this continuance has yet to be implemented.

[10] Lydian International has two types of securities listed on the Toronto Stock exchange: (1) ordinary shares and (2) warrants that expired in 2017.

[11] Lydian Canada is a direct, wholly owned subsidiary of Lydian International. Lydian Canada is incorporated under the *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c. 57 (British Columbia) and has a registered head office in Toronto. Its registered and records office is located in British Columbia.

[12] Lydian UK is a corporation incorporated in the United Kingdom and is a direct, wholly-owned subsidiary of Lydian Canada with a head office located in the United Kingdom. Lydian UK has no material assets in the UK.

[13] Lydian International and Lydian UK have assets in Canada in the form of deposits with the Bank of Nova Scotia in Toronto.

[14] The Applicants are part of a corporate group (the “Lydian Group”) with a number of other subsidiaries ultimately owned by Lydian International. Other than the Applicants, certain of the Lydian Group’s subsidiaries are Lydian U.S. Corporation (“Lydian US”), Lydian International Holdings Limited (“Lydian Holdings”), Lydian Resources Armenia Limited (“Lydian Resources”) and Lydian Armenia, a corporation incorporated under the laws of the Republic of Armenia. Together, Lydian U.S., Lydian Holdings, Lydian Resources and Lydian Armenia are the “Non-Applicant” parties.

[15] The Applicants submit that due to the complete integration of the business and operations of the Lydian Group, an extension of the stay of proceedings over the Non-Applicant parties is appropriate.

[16] The Applicants contend that the Lydian Group is highly integrated and its business and affairs are directed primarily out of Canada. Substantially all of its strategic business affairs, including key decision-making, are conducted in Toronto and Vancouver.

[17] Further, all the Applicants and Non-Applicant Parties are borrowers or guarantors of the Lydian Group’s secured indebtedness. The Lydian Group’s loan agreements are governed primarily by the laws of Ontario.

[18] Finally, the Lydian Group’s forbearance and restructuring efforts have been directed out of Toronto.

[19] The Lydian Group is focused on constructing the Amulsar Project, its wholly-owned development stage gold mine in Armenia. The Amulsar Project was funded by a combination of equity and debt capital and stream financing. The debt and stream financing arrangements are secured over substantially all the assets of Lydian Armenia and Lydian International in the shares of various groups of the Lydian Group.

[20] The Applicants contend that time is of the essence given the Applicants’ minimal cash position and negative cash flow.

Issues

[21] The issues for consideration are whether:

- (a) the Applicants meet the criteria for protection under the CCAA;

- (b) the CCAA stay should be extended to the Non-Applicant Parties;
- (c) the proposed monitor, Alvarez & Marsal Canada Inc. (“A&M”) should be appointed as monitor;
- (d) Ontario is the appropriate venue for this proceeding;
- (e) this court should issue a letter of request of the Royal Court of Jersey;
- (f) this Court should exercise its discretion to grant the Administration Charge and the D & O Charge (as defined below); and
- (g) it is appropriate to grant a stay extension immediately following the issuance of the Initial Order.

Law and Analysis

[22] Pursuant to section 11.02(1) of the CCAA, a court may make an order staying all proceedings in respect of a debtor company for a period of not more than 10 days, provided that the court is satisfied that circumstances exist to make the order appropriate.

[23] Section 11.02(1) of the CCAA was recently amended and the maximum stay period permitted in an initial application was reduced from 30 days to 10 days. Section 11.001 which came into force at the same time as the amendment to s. 11.02(1), limits initial orders to “ordinary course” relief.

[24] Section 11.001 provides:

11.001 An order made under section 11 at the same time as an order made under subsection 11.02(1) or during the period referred to in an order made under that subsection with respect to an initial application shall be limited to relief that is reasonably necessary for the continued operations of the debtor company in the ordinary course of business during that period.

[25] The News Release issued by Innovation, Science and Economic Development Canada specifically states that these amendments “limit the decisions that can be taken at the outset of a CCAA proceeding to measures necessary to avoid the immediate liquidation of an insolvent company, thereby improving participation of all players.”

[26] In my view, the intent of s. 11.001 is clear. Absent exceptional circumstances, the relief to be granted in the initial hearing “shall be limited to relief that is reasonably necessary for the continued operations of the debtor company in the ordinary course of business during that

period”. The period being no more than 10 days, and whenever possible, the *status quo* should be maintained during that period.

[27] Following the granting of the initial order, a number of developments can occur, including:

- (a) notification to all stakeholders of the CCAA application;
- (b) stabilization of the operation of debtor companies;
- (c) ongoing negotiations with key stakeholders who were consulted prior to the CCAA filing;
- (d) commencement of negotiations with stakeholders who were not consulted prior to the CCAA filing;
- (e) negotiations of DIP facilities and DIP Charges;
- (f) negotiations of Administration Charges;
- (g) negotiation of Key Employee Incentives Programs;
- (h) negotiation of Key Employee Retention Programs;
- (i) consultation with regulators;
- (j) consultation with tax authorities;
- (k) consideration as to whether representative counsel is required; and
- (l) consultation and negotiation with key suppliers.

[28] This list is not intended to be exhaustive. It is merely illustrative of the many issues that can arise in a CCAA proceeding.

[29] Prior to the recent amendments, it was not uncommon for an initial order to include provisions that would affect some or all of the aforementioned issues and parties. The previous s. 11.02 provided that the initial stay period could be for a period of up to 30 days. After the initial stay, a “comeback” hearing was scheduled and, in theory, parties could request that certain provisions addressed in the initial order could be reconsidered.

[30] The practice of granting wide-sweeping relief at the initial hearing must be altered in light of the recent amendments. The intent of the amendments is to limit the relief granted on the first day. The ensuing 10-day period allows for a stabilization of operations and a negotiating window, followed by a comeback hearing where the request for expanded relief can be considered, on proper notice to all affected parties.

[31] In my view, this is consistent with the objectives of the amendments which include the requirement for “participants in an insolvency proceeding to act in good faith” and “improving participation of all players”. It may also result in more meaningful comeback hearings.

[32] It is against this backdrop that the requested relief at the initial hearing should be scrutinized so as to ensure that it is restricted to what is reasonably necessary for the continued operations of the debtor company during the initial stay period.

[33] For the reasons that follow, I conclude that it is appropriate to grant a s. 11.02 order in respect of the Applicants.

[34] I am satisfied that Lydian Canada meets the CCAA definition of “company” and is eligible for CCAA protection.

[35] I have also considered whether the foreign incorporated companies are “companies” pursuant to the CCAA. Such entities must satisfy the disjunctive test of being an “incorporated company” either “having assets or doing business in Canada”.

[36] In *Cinram International Inc., (Re)*, 2012 ONSC 3767, 91 C.B.R. (5th) 46, I stated that the threshold for having assets in Canada is low and that holding funds in a Canadian bank account brings a foreign corporation within the definition of “company” under the CCAA.

[37] In this case, both Lydian International and Lydian UK meet the definition of “company” because both corporations have assets in and do business in Canada.

[38] In my view the Applicants are each “debtor companies” under the CCAA. The Applicants are insolvent and have liabilities in excess of \$5 million. I am satisfied that the Applicants are eligible for CCAA protection.

[39] The Applicants seek to extend the stay to Lydian Armenia, Lydian Holdings, Lydian Resources Armenia Limited and Lydian US. I am satisfied that, in the circumstances, it is appropriate to grant an order that extends the stay to the Non-Applicant Parties. The stay is intended to stabilize operations in the Lydian Group. This finding is consistent with CCAA jurisprudence: see e.g., *Sino-Forest Corporation (Re)*, 2012 ONSC 2063, at paras. 5, 18, and 31; *Canwest Global Communications Corp. (Re)* (2009), 59 C.B.R. (5th) 72 (Ont. S.C.); and *Target Canada Co. (Re)*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323, at paras. 49-50.

[40] I am also satisfied that it is appropriate to appoint A & M as monitor pursuant to the provisions of s. 11.7 of the CCAA.

[41] With respect to whether Ontario is the appropriate venue for this proceeding, Lydian Canada’s registered head office is located in Toronto and its registered and records offices are located in Vancouver. In my view, Ontario has jurisdiction over Lydian Canada. The registered head offices for Lydian International and Lydian UK are in Jersey and the UK respectively, however, both entities have assets in Ontario, those being funds on deposit with the Bank of Nova Scotia in Toronto. Further, it seems to me that both Lydian International and Lydian UK

have a strong nexus to Ontario and accordingly I am satisfied that Ontario is the appropriate jurisdiction to hear this application.

[42] I am also satisfied that, in these circumstances, it is appropriate for this court to issue to the Royal Court of Jersey a letter of request as referenced in the application record.

Administration Charge

[43] The Applicants seek a charge on their assets in the maximum amount of US \$350,000 to secure the fees and disbursements incurred in connection with services rendered by counsel to the Applicants, A & M and A & M's counsel, in respect of the CCAA proceedings (the "Administration Charge").

[44] Section 11.52 of the CCAA provides the ability for the court to grant the Administration Charge.

[45] The recently enacted s. 11.001 of the CCAA limits the requested relief on this motion, including the Administration Charge, to what is reasonably necessary for the continued operation of the Applicants during the Initial Stay Period. The Sellers Affidavit outlines the complex issues facing the Applicants.

[46] In *Canwest Publishing Inc.*, (Re), 2010 ONSC 222, 63 C.B.R.(5th) 115, Pepall J. (as she then was) identified six non-exhaustive factors that the court may consider in addition to s. 11.52 of the CCAA when determining whether to grant an administration charge. These factors include:

- (a) the size and complexity of business being restructured;
- (b) the proposed role of the beneficiaries of the charge;
- (c) whether there is an unwarranted duplication of roles;
- (d) whether the quantum of the proposed charge appears to be fair and reasonable;
- (e) the position of the secured creditors likely to be affected by the charge; and
- (f) the position of the monitor.

[47] It seems to me that the proposed restructuring will require extensive input from the professional advisors and there is an immediate need for such advice. The requested relief is supported by A & M.

[48] I am satisfied that the Administration Charge in the limited amount of US \$350,000 is appropriate in the circumstances and is reasonably necessary for the continued operation of the business at this time.

D & O Charge

[49] The Applicants also seek a charge over the property in favour of their former and current directors in the limited amount of \$200,000 (the “D & O Charge”).

[50] The Applicants maintain Directors’ and Officers’ liability insurance (the “D & O Insurance”) which provides a total of \$10 million in coverage.

[51] The D & O Insurance is set to expire on December 31, 2019.

[52] Section 11.51 of the CCAA provides the court with the express statutory jurisdiction to grant the D & O charge in an amount the court considers appropriate, provided notice is given to the secured creditors who are likely to be affected.

[53] In *Jaguar Mining Inc., (Re)*, 2014 ONSC 494, 12 C.B.R. (6th) 290, I set out a number of factors to be considered in determining whether to grant a directors’ and officers’ charge:

- (a) whether notice has been given to the secured creditors likely to be affected by the charge;
- (b) whether the amount is appropriate;
- (c) whether the Applicant could obtain adequate indemnification insurance for the director at a reasonable cost; and
- (d) whether the charge applies in respect of any obligation incurred by a director or officer as a result of the directors’ or officers’ gross negligence or willful misconduct.

[54] Having reviewed the Sellers Affidavit, it seems to me that the granting of the D & O charge is necessary in the circumstances. In arriving at this conclusion, I have also taken into account that the D & O Insurance will lapse shortly; having directors involved in the process is desirable; that the secured creditors likely to be affected do not object; and that A & M has advised that it is supportive of the D & O Charge. Further, the requested amount is one that I consider to be reasonably necessary for the continued operation of the Applicants.

Extension of the Stay of Proceedings

[55] The Applicants have requested that, if the initial order is granted, I should immediately entertain and grant an order extending the Stay Period until and including January 17, 2020 which will provide the Applicants and all stakeholders with enough time to adequately prepare for a comeback hearing.

[56] The Applicants submit that I am authorized to grant a stay extension immediately after granting the initial order because section 11.02(2) of the CCAA does not provide a minimum waiting time before an applicant can seek a stay extension. The Applicants reference recent decisions where courts have scheduled hearings within two or three days after the granting of an initial order. Reference is made to *Clover Leaf Holdings Company (Re)*, 2019 ONSC 6966 and *Re Wayland group Corp. et al.* (2 December 2019), Toronto CV-19-00632079-00CL. In *Clover Leaf*, the stay extension for 36 days and additional relief including authorization for DIP financing was granted three days after the initial order and in *Wayland*, the stay extension was granted two days after the initial order.

[57] I acknowledge that, in this case, it may be challenging for the Applicants to return to court at or near the end of the 10-day initial stay period due to the year-end holidays. I also acknowledge that the offices of many of the parties involved in these proceedings may not be open during the holidays.

[58] However, the statutory maximum 10-day stay as referenced in s. 11.02(1) expires on January 2, 2020 and the courts are open on that day.

[59] As noted above, absent exceptional circumstances, I do not believe that it is desirable to entertain motions for supplementary relief in the period immediately following the granting of an initial order.

[60] It could very well be that circumstances existed in both *Clover Leaf* and *Wayland* that justified the stay extension and the ancillary relief being granted shortly after the initial order.

[61] However, in this case, I have not been persuaded on the evidence that it is necessary for the stay extension to be addressed prior to January 2, 2020 and I decline to do so.

Disposition

[62] The initial order is granted with a Stay Period in effect until January 2, 2020. In view of the holiday schedules of many parties, the following procedures are put in place. The Applicants can file a motion returnable on January 2, 2020, requesting that the stay be extended to January 23, 2020. Any party that wishes to oppose the extension of the stay to January 23, 2020 is required to notify the Applicant, A & M and the Commercial List Office of their intention to do so no later than 2:00 p.m. on December 30, 2019. In the event that the requested stay extension is unopposed, there will be no need for counsel to attend on the return of the motion. I will consider the motion based on the materials filed.

[63] If any objections are received by 2:00 p.m. on December 30, 2019, the hearing on January 2, 2020 will address the opposed extension request. Any further relief will be considered at the Comeback Motion on January 23, 2020.

Chief Justice Geoffrey B. Morawetz

Date: December 24, 2019

TAB 6

CITATION: Northstar Aerospace, Inc. (Re), 2013 ONSC 1780
COURT FILE NO.: CV-12-9761-00CL
DATE: 20130409

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

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

**RE: IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT
OF NORTHSTAR AEROSPACE, INC., NORTHSTAR AEROSPACE
(CANADA) INC., 2007775 ONTARIO INC. AND 3024308 NOVA SCOTIA
COMPANY, Applicants**

BEFORE: MORAWETZ J.

**COUNSEL: C. J. Hill and J. Szumski, for Ernst & Young Inc., Court-Appointed Monitor
J. Wall, for Her Majesty the Queen in Right of Ontario, as Represented by
the Ministry of the Environment
P. Guy and K. Montpetit, for the Former Directors and Officers Group
Steven Weisz, for Fifth Third Bank**

ENDORSEMENT

Motion Overview

[1] This is a motion brought by Ernst & Young Inc., in its capacity as court-appointed Monitor (the “Monitor”) of Northstar Aerospace, Inc. (“Northstar Inc.”), Northstar Aerospace (Canada) Inc., 2007775 Ontario Inc. and 3024308 Nova Scotia Company (collectively, the “Applicants”), for approval of an adjudication process and for a final determination with respect to whether two claims submitted in the claims procedure (the “Claims Procedure”) authorized by order of August 2, 2012 (the “Claims Procedure Order”) are valid claims for which the former directors and officers of the Applicants (the “D&Os”) are indemnified pursuant to the indemnity (the “Directors’ Indemnity”) contained in paragraph 23 of the Initial Order dated June 14, 2012 (the “Initial Order”).

[2] If they are so indemnified, the D&Os may be entitled to the benefit of certain funds held in a reserve by the Monitor (the “D&O Charge Reserve”) to satisfy such claims. If they are not, then there are no claims against the D&O Charge Reserve and the funds can be released to Fifth Third Bank, in its capacity as agent for itself, First Merit Bank, N.A. and North Shore Community Bank & Trust Company (in such capacity, the “Pre-Filing Agent”).

[3] For the following reasons, I have determined that the adjudication process should be approved and that the D&Os are not entitled to the benefit of the D&O Charge Reserve.

[4] In my view, for the purposes of determining this motion, it is not necessary to determine whether the claims filed by the MOE and the D&Os are pre-filing or post-filing claims. References in this endorsement to “MOE Pre-Filing D&O Claim”, “MOE Post-Filing D&O Claim” and “WeirFoulds Post-Filing D&O Claim” have been taken from the materials filed by the parties. This endorsement includes references to those terms for identification purposes, but no determination is being made as to whether these claims are pre-filing or post-filing claims.

[5] The two claims at issue are described in proofs of claim (collectively, “the Proofs of Claim”) filed by Her Majesty the Queen in Right of the Province of Ontario as Represented by the Ministry of the Environment (the “MOE”) and by WeirFoulds LLP (“WeirFoulds”) on behalf of certain of the D&Os (“WeirFoulds D&Os”).

[6] The MOE proof of claim (the “MOE Proof of Claim”) asserts, among other things, a “Pre-Filing D&O Claim” (the “MOE Pre-Filing D&O Claim”) and a “Post-Filing D&O Claim” (the “MOE Post-Filing D&O Claim”) (collectively, the “MOE D&O Claims”), for costs incurred and to be incurred by the MOE in carrying out certain remediation activities originally imposed on the Applicants in an Ontario MOE Director’s Order issued under the *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1990, c. E. 19 (the “EPA”) on March 15, 2012 (the “March 15 Order”). The basis for the D&Os’ purported liability is a future Ontario MOE Director’s Order (the “Future Director’s Order”), which the MOE intends to issue against the D&Os. According to the Monitor’s counsel, the Future Director’s Order will require the D&Os to conduct the same remediation activities previously required of the Applicants.

[7] The WeirFoulds proof of claim (the “WeirFoulds Proof of Claim”) responds to the threat of the Future Director’s Order. It asserts a Post-Filing D&O Claim (the “WeirFoulds Post-Filing D&O Claim”) by the individual WeirFoulds D&Os for contribution and indemnity against each other, and against the former directors and officers of the predecessors of Northstar Inc., in respect of any liability that they may incur under the Future Director’s Order.

[8] Neither the MOE nor the D&Os object to the Monitor’s proposed adjudication procedure.

Background to the CCAA Proceedings

[9] On May 14, 2012, the Applicants obtained protection from their creditors under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C. 36 (“CCAA”); Ernst & Young Inc. was subsequently appointed as the Monitor (the “CCAA Proceedings”).

[10] A number of background facts have been set out in *Northstar Aerospace, Inc. (Re)*, 2012 ONSC 4423 (*Northstar*) and *Northstar Aerospace, Inc. (Re)* 2012 ONSC 6362. A number of the issues with respect to MOE's claims against the Applicants have been covered in a previous decision. See *Northstar, supra*.

Directors' Indemnification and Directors' Charge

[11] The Initial Order provided that the Applicants would grant the Directors' Indemnity, indemnifying the D&Os against obligations and liabilities that they may incur as directors and officers of the Applicants after the commencement of the CCAA Proceedings.

[12] Paragraph 23 of the Initial Order provides:

23. This court orders that the CCAA Entities shall indemnify their directors and officers against obligations and liabilities that they may incur as directors and officers of the CCAA entities after the commencement of the within proceedings, except to the extent that, with respect to any director or officer the obligation or liability was incurred as a result of the director's or officer's gross negligence or wilful misconduct.

[13] Paragraph 24 of the Initial Order further provides that the D&Os and the chief restructuring officer would have the benefit of a charge, in the amount of US\$1,750,000, on the Applicants' current and future assets, undertakings and properties, to secure the Directors' Indemnity (the "Directors' Charge").

[14] The Directors' Charge, as established in the Initial Order, was fixed ahead of all security interests in favour of any person, other than the "Administration Charge", "Critical Suppliers' Charge" and the "DIP Lenders' Charge".

[15] The statutory basis for the Directors' Charge is set out in section 11.51 of the CCAA, which reads as follows:

11.51(1) On application by a debtor company and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, the court may make an order declaring that all or part of the property of the company is subject to a security or charge – in an amount that the court considers appropriate – in favour of any director or officer of the company to indemnify the director or officer against obligations and liabilities that they may incur as a director or officer of the company after the commencement of proceedings under this Act.

11.51(2) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

[16] Any order under this provision affects, or potentially affects, the priority status of creditors. It is through this lens that the court considers motions. The order is discretionary in nature, is extraordinary in nature and should be, in my view, applied restrictively as it alters the

general priority regime affecting secured creditors. In this case, the order was made and it has priority over Fifth Third Bank.

D&O Claims

[17] On August 2, 2012, the Claims Procedure Order was issued to solicit the submissions of Proofs of Claim by the claims bar date of October 23, 2012 (the “Claims Bar Date”) in respect of all “D&O Claim[s]”.

[18] As indicated by the Monitor’s counsel, the definition of a “D&O Claim” is very broad. It includes both claims that arose prior to June 14, 2012 (pre-filing D&O claims) and claims that arose from and after June 14, 2012 (post-filing D&O claims). It also potentially includes both post-filing D&O claims which are secured by the Directors’ Charge and post-filing D&O claims which are not secured by the Directors’ Charge.

[19] Paragraph 25 of the Claims Procedure Order specifically recognizes this distinction:

25. This court orders that no Post-Filing D&O Claim shall be paid by the Monitor from the D&O Charge Reserve without the consent of the Pre-Filing Agent and the CRO Counsel and D&O Counsel or further Order of the court and the determination that a claim is a Post-Filing D&O Claim does not create a presumption that such D&O Claim is entitled to be paid by the Monitor from the D&O Charge Reserve.

[20] The MOE D&O Claims concurrently asserts the MOE Pre-Filing D&O Claim and the MOE Post-Filing D&O Claim for the same amounts, namely:

- (a) \$66,240.36 for costs incurred by the MOE to carry out the remediation activities described in the March 15 Order up to the date when the MOE Proof of Claim was filed;
- (b) \$15 million for future costs to be incurred by the MOE to carry out the remediation activities described in the March 15 Order; and
- (c) a presently unknown amount required to conduct additional environmental remediation work necessary to decontaminate the Site and the Bishop Street Community.

[21] As there are no funds available for distribution to unsecured pre-filing creditors in the CCAA Proceedings, the Monitor appropriately has not considered the validity of the MOE Pre-Filing D&O Claim. This motion, from the Monitor’s standpoint, therefore only addresses the MOE Post-Filing D&O Claim.

[22] The WeirFoulds Proof of Claim provides that:

This proof of claim is filed in order to preserve the right to commence:

- (1) any and all claims over that any of the [WeirFoulds D&Os] may have against each other; and
- (2) any and all claims that any of the [WeirFoulds D&Os] may have against any former director or officer of Northstar Aerospace, Inc., or predecessor companies, for contribution or indemnity, based upon any applicable cause of action in law or in equity, in relation to any liability that may be found to exist against any of the [WeirFoulds D&Os] in connection with the proofs of claim filed in the within proceedings by the Ontario Ministry of the Environment, dated October 19, 2012.

[23] For the purpose of resolving the entitlement of any claimant to the D&O Charge Reserve, paragraph 22 of the Claims Procedure Order allows the Monitor and certain other parties to bring a motion seeking approval of an adjudication procedure for determination as to whether any claim asserted in the Claims Procedure is a post-filing D&O claim which constitutes a claim for which the D&Os are indemnified under the Directors' Indemnity.

Issues to Consider

[24] The D&Os are bringing a motion on April 18, 2013 to determine the proper venue for the adjudication of the Post-Filing D&O Claims. There is considerable overlap between the issues raised on this motion and the issues raised on the pending motion.

[25] In my view, it is appropriate for this endorsement to exclusively address the narrow issue raised in this motion, namely, whether the Proofs of Claims are valid claims for which the D&Os are indemnified pursuant to the Directors' Indemnity contained in the Initial Order. A consideration of whether the claims are pre-filing claims or post-filing claims, with respect to the D&Os, is better addressed in the motion returnable on April 18, 2013.

[26] The Monitor's counsel appropriately sets out the issues of this motion, as follows:

- (a) Whether the court should approve the proposed adjudication process and issue a determination as to whether the disputed post-filing D&O claims constitute valid claims for which the D&Os are indemnified under the Directors' Indemnity;
- (b) Whether the MOE Post-Filing D&O Claim is a valid claim for which the D&Os are indemnified under the Directors' Indemnity;
- (c) Whether the WeirFoulds Post-Filing D&O Claim is a valid claim for which the D&Os are indemnified under the Directors' Indemnity; and
- (d) Whether the D&O Charge Reserve should be released and paid over to the Pre-Filing Agent.

Analysis and Conclusion

[27] I conclude, for the following reasons, that (a) the adjudication process should be approved; (b) the MOE Post-Filing D&O Claims are not claims for which the D&Os are indemnified under paragraph 23 of the Initial Order; (c) the WeirFoulds Post-Filing D&O Claims are not claims for which the D&Os are indemnified under paragraph 23 of the Initial Order; and (d) the D&O Charge Reserve should be paid over to the Pre-Filing Agent.

[28] The Directors' Charge, as contemplated by section 11.51 of the CCAA, is appropriate in the current circumstances (notwithstanding it being a discretionary and extraordinary provision, as outlined above) because it is directly tailored to the purposes of creating a charge, and its impact is limited.

[29] The purpose of a section 11.51 charge is twofold: (1) to keep the directors and officers in place during the restructuring to avoid a potential destabilization of the business; and (2) to enable the CCAA applicants to benefit from experienced board of directors and experienced senior management. Courts have accepted that, without certain protections, officers and directors will often discontinue their service in CCAA restructurings. See *Canwest Global Communications, Re* (2009), 59 C.B.R. (5th) 72 (Ont. S.C.J.) and *Canwest Publishing Inc., Re*, 2010 ONSC 222.

[30] In this case, the Applicants' basis for seeking the Directors' Charge is set out in the affidavit of Mr. Yuen, sworn June 13, 2012, which was filed in support of the Initial Order application. He described the purpose of the Directors' Charge as:

To ensure the ongoing stability of the CCAA Entities' business during the CCAA period, the CCAA Entities require the continued participation of the CRO and the CCAA Entities' officers and executives who manage the business and commercial activities of the CCAA Entities.

[31] The Yuen affidavit goes on to identify the specific obligations and liabilities for which the Directors' Charge was requested, including liability for unpaid wages, pension amounts, vacation pay, statutory employee deductions and HST. At paragraph 143 of his affidavit, Mr. Yuen states:

I am advised by Daniel Murdoch of Stikeman Elliott LLP, counsel to the CCAA Entities, and do verily believe, that in certain circumstances directors can be held liable for certain obligations of a company owing to employees and government entities. As at May 18, 2012, the CCAA Entities were potentially liable for some or all of unpaid wages, pension amounts, vacation pay, statutory employee deductions, and HST (Harmonized Sales Tax) of approximately CDN \$1.65 million ...

[32] The Monitor's counsel submits that the quantum of the Directors' Charge was tailored to the Applicants' existing liability for such amounts.

[33] The scope of a section 11.51 charge is limited in several ways:

- (a) section 11.51 does not authorize the creation of a charge in favour of any party other than a director or officer (or chief restructuring officer) of the companies under CCAA protection;
- (b) section 11.51 does not authorize the creation of a charge for purposes other than to indemnify the directors and officers against obligations and liabilities that they may incur as a director or officer of the company after the commencement of its CCAA Proceedings; and
- (c) section 11.51(4) requires the court to exclude from the section 11.51 charge the obligations and liabilities of directors and officers incurred through their own gross negligence or wilful misconduct.

[34] In my view, it would be inappropriate to determine that the Proofs of Claim are claims for which the D&Os are entitled to be indemnified under the Directors' Indemnity, as doing so would wrongly and inequitably affect the priority of claims as between the MOE and the Fifth Third Bank.

[35] In the context of the MOE claims against the Applicants in these CCAA proceedings, it has already been determined, in *Northstar, supra*, that the MOE claims are unsecured and subordinate to the position of Fifth Third Bank. It would be a strange outcome, and invariably lead to inconsistent results, if the MOE could, in the CCAA Proceedings, improve its unsecured position against Fifth Third Bank by issuing a Director's Order after the commencement of CCAA Proceedings, based on an environmental condition which occurred long before the CCAA Proceedings. This would result in the MOE achieving indirectly in these CCAA Proceedings that which it could not achieve directly.

[36] Simply put, the activity that gave rise to the MOE claims occurred prior to the CCAA proceedings. It is not the type of claim to which the Directors' Charge under section 11.51 responds. Rather, in the CCAA proceedings, it is an unsecured claim and does not entitle the MOE to obtain the remedy sought on this motion. The fact that the MOE seeks this remedy through the D&Os does not change the substance of the position.

[37] The situation facing the Applicants, the Monitor, Fifth Third Bank, and others affected by the Directors' Charge, has to be considered as part of the CCAA Proceedings. In my view, it would be highly inequitable to create a parallel universe, wherein certain MOE claims as against the Applicants are treated as unsecured claims and MOE D&O Claims and the WeirFoulds Post-Filing D&O Claim are treated as secured claims with respect to the Directors' Charge.

[38] It could be that the MOE has a remedy against the D&Os; however, any remedy they may have does not provide recourse against the D&O Charge in these CCAA Proceedings. Nevertheless, it remains open for the MOE to pursue its claims against the D&Os on the motion returnable on April 18, 2013.

Order

[39] In the result, I grant the Monitor's motion, approve the aforementioned adjudication process, and approve the activities of the Monitor as described in the Seventh Report of the Monitor dated November 7, 2012. I also direct the following:

- (1) The MOE Post-Filing D&O Claim is not a claim for which the D&Os are indemnified under the Directors' Indemnity;
- (2) The WeirFoulds Post-Filing D&O Claim is not a claim for which the D&Os are indemnified under the Directors' Indemnity; and
- (3) The US\$1,750,000 held by the Monitor in respect of the D&O Charge Reserve be paid to the Pre-Filing Agent.

MORAWETZ J.

Date: April 9, 2013

TAB 7

CITATION: Jaguar Mining Inc. (Re), 2014 ONSC 494
COURT FILE NO.: CV-13-10383-00CL
DATE: 20140116

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

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

AND:

**IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT
OF JAGUAR MINING INC., Applicant**

BEFORE: MORAWETZ R.S.J.

COUNSEL: Tony Reyes and Evan Cobb, for the Applicant, Jaguar Mining Inc.

**Robert J. Chadwick and Caroline Descours, for the Ad Hoc Committee of
Noteholders**

Joseph Bellissimo, for Global Resource Fund, Secured Lender

Jeremy Dacks, for FTI Consulting Canada Inc., Proposed Monitor

Robin B. Schwill, for the Special Committee of the Board of Directors

**HEARD &
ENDORSED: DECEMBER 23, 2013**

REASONS: JANUARY 16, 2014

ENDORSEMENT

[1] On December 23, 2013, I heard the CCAA application of Jaguar Mining Inc. (“Jaguar”) and made the following three endorsements:

1. CCAA protection granted. Initial Order signed. Reasons will follow. It is expected that parties will utilize the e-Service Protocol which can be

confirmed on comeback motion. Sealing Order of confidential exhibits granted.

2. Meeting Order granted in form submitted.

3. Claims Procedure Order granted in form submitted.

[2] These are my reasons.

[3] Jaguar sought protection from its creditors under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA") and requested authorization to commence a process for the approval and implementation of a plan of compromise and arrangement affecting its unsecured creditors.

[4] Jaguar also requested certain protections in favour of its wholly-owned subsidiaries that are not applicants (the "Subsidiaries" and, together with the Applicant, the "Jaguar Group").

[5] Counsel to Jaguar submits that the principal objective of these proceedings is to effect a recapitalization and financing transaction (the "Recapitalization") on an expedited basis through a plan of compromise and arrangement (the "Plan") to provide a financial foundation for the Jaguar Group going forward and additional liquidity to allow the Jaguar Group to continue to work towards its operational and financial goals. The Recapitalization, if implemented, is expected to result in a reduction of over \$268 million of debt and new liquidity upon exit of approximately \$50 million.

[6] Jaguar's senior unsecured convertible notes (the "Notes") are the primary liabilities affected by the Recapitalization. Any other affected liabilities of Jaguar, which is a holding company with no active business operations, are limited and identifiable.

[7] The Recapitalization is supported by an Ad Hoc Committee of Noteholders of the Notes (the "Ad Hoc Committee of Noteholders") and other Consenting Noteholders, who collectively represent approximately 93% of the Notes.

[8] The background facts are set out in the affidavit of David M. Petrov sworn December 23, 2013 (the "Petrov Affidavit"), the important points of which are summarized below.

[9] Jaguar is a corporation existing under the *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990 c. B.16, with a registered office in Toronto, Ontario. Jaguar has assets in Canada.

[10] Jaguar is the public parent corporation of other corporations in the Jaguar Group that carry on active gold mining and exploration in Brazil, employing in excess of 1,000 people. Jaguar itself does not carry on active gold mining operations.

[11] Jaguar has three wholly-owned Brazilian operating subsidiaries: MCT Mineração Ltda. ("MCT"), Mineração Serras do Oeste Ltda. ("MSOL") and Mineração Turmalina Ltda. ("MTL") (and, together with MCT and MSOL, the "Subsidiaries"), all incorporated in Brazil.

[12] The Subsidiaries' assets include properties in the development stage and in the production stage.

[13] Jaguar has been the main corporate vehicle through which financing has been raised for the operations of the Jaguar Group. The Subsidiaries have guaranteed repayment of certain funds borrowed by Jaguar.

[14] Jaguar has raised debt financing by (a) issuing notes, and (b) borrowing from Renvest Mercantile Bank Corp. Inc., through its global resource fund ("Renvest").

[15] In aggregate, Jaguar has issued a principal amount of \$268.5 million of Notes through two transactions, known as the "2014 Notes" and the "2016 Notes".

[16] Interest is paid semi-annually on the 2014 Notes and the 2016 Notes. Jaguar has not paid the last interest payment due on November 1, 2013. Under the 2014 Notes, the grace period has lapsed and an event of default has occurred.

[17] Jaguar is also the borrower under a fully drawn \$30 million secured facility (the "Renvest Facility") with Renvest. The obligations under the Renvest Facility are secured by a general security agreement from Jaguar as well as guarantees and collateral security granted by each of the Subsidiaries.

[18] Jaguar has identified another potential liability. Mr. Daniel Titcomb, former chief executive officer of Jaguar, and certain other associated parties, have instituted a legal proceeding against Jaguar and certain of its current and former directors that is currently proceeding in the United States Federal Court. Counsel to Jaguar submits that this lawsuit alleges certain employment-related claims and other claims in respect of equity interests in Jaguar that are held by Mr. Titcomb and others. Counsel to Jaguar advises that Jaguar and its board of directors believe this lawsuit to be without merit.

[19] Counsel also advises that, aside from the lawsuit and professional service fees incurred by Jaguar, the unsecured liabilities of Jaguar are not material.

[20] The Jaguar Group's mines are not low-cost gold producers and the recent decline in the price of gold has negatively impacted the Jaguar Group.

[21] Based on current world prices and Jaguar Group's current level of expenditures, the Jaguar Group is expected to cease to have sufficient cash resources to continue operations early in the first quarter of 2014.

[22] Counsel also submits that, as a result of Jaguar's event of default under the 2014 Notes, certain remedies have become available, including the possible acceleration of the principal amount and accrued and unpaid interest on the 2014 Notes. As of November 13, 2013, that principal and accrued interest totalled approximately \$169.3 million.

[23] Jaguar's unaudited consolidated financial statements for the nine months ending September 30, 2013 show that Jaguar had an accumulated deficit of over \$317 million and a net loss of over \$82 million for the nine months ending September 30, 2013. Jaguar's current liabilities (at book value) exceed Jaguar's current assets (at book value) by approximately \$40 million.

[24] I accept that Jaguar faces a liquidity crisis and is insolvent.

[25] Jaguar has been involved in a strategic review over the past two years. Counsel submits that the efforts of Jaguar and its advisors have shown that a comprehensive restructuring plan involving a debt-to-equity exchange and an investment of new money is the best available alternative to address Jaguar's financial issues.

[26] Counsel to Jaguar advises that the board of directors of Jaguar has determined that the Recapitalization is the best available option to Jaguar and, further, that the plan cannot be implemented outside of a CCAA proceeding. Counsel emphasizes that without the protection of the CCAA, Jaguar is exposed to the immediate risk that enforcement steps may be taken under a variety of debt instruments. Further, Jaguar is not in a position to satisfy obligations that may result from such enforcement steps.

[27] Jaguar requests a stay of proceedings in favour of non-applicant Subsidiaries contending that, because of Jaguar's dependence upon its Subsidiaries for their value generating capacity, the commencement of any proceedings or the exercise of rights or remedies against these Subsidiaries would be detrimental to Jaguar's restructuring efforts and would undermine a process that would otherwise benefit Jaguar Group's stakeholders as a whole.

[28] Jaguar also seeks a charge on its current and future assets (the "Property") in the maximum amount of \$5 million (a \$500,000 first-ranking charge (the "Primary Administration Charge") and a \$4.5 million fourth-ranking charge (the "Subordinated Administration Charge") (together, the "Administration Charge")). The purpose of the charge is to secure the fees and disbursements incurred in connection with services rendered both before and after the commencement of the CCAA proceedings by various professionals, as well as Canaccord Genuity and Houlihan Lokey, as financial advisors to the Ad Hoc Committee (collectively, the "Financial Advisors").

[29] Counsel advises that the Financial Advisors' monthly work fees (but not their success fees) will be secured by the Primary Administration Charge, while the Financial Advisors' success fees will be secured solely by the Subordinated Administration Charge.

[30] Counsel further advises that the Proposed Initial Order contemplates the establishment of a charge on Jaguar's Property in the amount of \$150,000 (the "Director's Charge") to protect the directors and officers. Counsel further advises that the benefit of the Director's Charge will only be available to the extent that a liability is not covered by existing directors and officers insurance. The directors and officers have indicated that, due to the potential for personal liability, they may not continue their service in this restructuring unless the Initial Order grants the Director's Charge.

[31] Counsel to Jaguar further advises that the proposed monitor is of the view that the Director's Charge and the Administration Charge are reasonable in these circumstances.

[32] Jaguar is unaware of any secured creditors, other than those who have received notice of the application, who are likely to be affected by the court-ordered charges.

[33] In addition to the Initial Order, Jaguar also seeks a Claims Procedure Order and a Meeting Order, submitting that it must complete the Recapitalization on an expedited timeline.

[34] Each of the Claims Procedure Order and Meeting Order include a comeback provision.

[35] Having reviewed the record and upon hearing submissions, I am satisfied the Applicant is a company to which the CCAA applies. It is insolvent and faces a looming liquidity crisis. The Applicant is subject to claims in excess of \$5 million and has assets in Canada. I am also satisfied that the application is properly before me as the Applicant's registered office and certain of its assets are situated in Toronto, Ontario.

[36] I am also satisfied that the Applicant has complied with the obligations of s. 10(2) of the CCAA.

[37] I am also satisfied that an extension of the stay of proceedings to the Subsidiaries of Jaguar is appropriate in the circumstances. Further, I am also satisfied that it is reasonable and appropriate to grant the Administration Charge and the Director's Charge over the Property of the Applicant. In these circumstances, I am also prepared to approve the Engagement Letters and to seal the terms of the Engagement Letters. In deciding on the sealing provision, I have taken into account that the Engagement Letters contain sensitive commercial information, the disclosure of which could be harmful to the parties at issue. However, as I indicated at the hearing, this issue should be revisited at the comeback hearing.

[38] I am also satisfied that Jaguar should be authorized to comply with the pre-filing obligations to the extent provided in the Initial Order.

[39] In arriving at the foregoing conclusions, I reviewed the argument submitted by counsel to Jaguar that the stay of proceedings against non-applicants is appropriate. The Jaguar Group operates in a fully integrated manner and depends upon its Subsidiaries for their value generating capacity. Absent a stay of proceedings not only in favour of Jaguar but also in favour of the Subsidiaries, various creditors would be in a position to take enforcement steps which could conceivably lead to a failed restructuring, which would not be in the best interests of Jaguar's stakeholders.

[40] The court has jurisdiction to extend the stay in favour of Jaguar's Subsidiaries. See *Lehndorff General Partners Limited (Re)* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (Ont. Gen. Div.); *Calpine Canada Energy Limited (Re)*, 2006 ABQB 153, 19 C.B.R. (5th) 187; *Skylink Aviation Inc. (Re)*, 2013 ONSC 1500, 3 C.B.R. (6th) 150.

[41] The authority to grant the court-ordered Administration Charge and Director's Charge is contained in ss. 11.51 and 11.52 of the CCAA.

[42] In granting the Administration Charge, I am satisfied that:

- (i) notice has been given to the secured creditors likely to be affected by the charge;
- (ii) the amount is appropriate; and
- (iii) the charges should extend to all of the proposed beneficiaries.

[43] In considering both the amount of the Administration Charge and who should be entitled to its benefit, the following factors can also be considered:

- (a) the size and complexity of the business being restructured; and
- (b) whether there is an unwarranted duplication of roles.

See *Canwest Publishing Inc. (Re)*, 2010 ONSC 222, 63 C.B.R. (5th) 115.

[44] In this case, the proposed restructuring involves the proposed beneficiaries of the charge. I accept that many have played a significant role in the negotiation of the Recapitalization to date and will continue to play a role in the implementation of the Recapitalization. I am satisfied that there is no unwarranted duplication of roles among those who benefit from the proposed Administration Charge.

[45] With respect to the Director's Charge, the court must be satisfied that:

- (i) notice has been given to the secured creditors likely to be affected by the charge;
- (ii) the amount is appropriate;
- (iii) the applicant could not obtain adequate indemnification insurance for the director or officer at a reasonable cost; and
- (iv) the charge does not apply in respect of any obligation incurred by a director or officer as a result of the director's or officer's gross negligence or wilful misconduct.

[46] A review of the evidence satisfies me that it is appropriate to grant the Director's Charge as requested.

[47] Jaguar requested that the Initial Order authorize it to perform certain pre-filing obligations in respect of professional service providers and third parties who provide services in respect of Jaguar's public listing agreement. In the circumstances, I find it to be reasonable that Jaguar be authorized to perform these pre-filing obligations.

[48] In view of Jaguar's desire to move quickly to implement the Recapitalization, I have also been persuaded that it is both necessary and appropriate to grant the Claims Procedure Order and the Meeting Order at this time. These are procedural steps in the CCAA process and do not require any assessment by the court as to the fairness and reasonableness of the Plan at this stage.

[49] Counsel to Jaguar submits that Jaguar's approach to classification of the affected unsecured creditors is appropriate in these circumstances, citing a commonality of interest. Counsel also references s. 22(2) of the CCAA. For the purposes of today's motion, I am prepared to accept this argument. However, this is an issue that can, if raised, be reviewed at the comeback hearing.

[50] In the result, an Initial Order is granted together with a Meeting Order and Claims Procedure Order. All orders have been signed in the form presented.

MORAWETZ R.S.J.

Date: January 16, 2014

TAB 8

COURT FILE NO.: CV-09-8241-OOCL

DATE: 20091013

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
COMMERCIAL LIST

IN THE MATTER OF THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT,

R.S.C. 1985, C-36. AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF A PROPOSED PLAN OF COMPROMISE OR
ARRANGEMENT OF CANWEST GLOBAL COMMUNICATIONS CORP. AND THE
OTHER APPLICANTS LISTED ON SCHEDULE "A"

BEFORE: PEPALL J.

COUNSEL: *Lyndon Barnes, Edward Sellers and Jeremy Dacks* for the Applicants
Alan Merskey for the Special Committee of the Board of Directors
David Byers and Maria Konyukhova for the Proposed Monitor, FTI Consulting
Canada Inc.
Benjamin Zarnett and Robert Chadwick for Ad Hoc Committee of Noteholders
Edmond Lamek for the Asper Family
Peter H. Griffin and Peter J. Osborne for the Management Directors and Royal
Bank of Canada
Hilary Clarke for Bank of Nova Scotia,
Steve Weisz for CIT Business Credit Canada Inc.

REASONS FOR DECISION

Relief Requested

[1] Canwest Global Communications Corp. ("Canwest Global"), its principal operating subsidiary, Canwest Media Inc. ("CMI"), and the other applicants listed on Schedule "A" of the Notice of Application apply for relief pursuant to the *Companies' Creditors Arrangement Act*.¹ The applicants also seek to have the stay of proceedings and other provisions extend to the following partnerships: Canwest Television Limited Partnership ("CTLP"), Fox Sports World Canada Partnership and The National Post Company/La Publication National Post ("The National Post Company"). The businesses operated by

¹ R.S.C. 1985, c. C. 36, as amended

the applicants and the aforementioned partnerships include (i) Canwest's free-to-air television broadcast business (ie. the Global Television Network stations); (ii) certain subscription-based specialty television channels that are wholly owned and operated by CTLP; and (iii) the National Post.

- [2] The Canwest Global enterprise as a whole includes the applicants, the partnerships and Canwest Global's other subsidiaries that are not applicants. The term Canwest will be used to refer to the entire enterprise. The term CMI Entities will be used to refer to the applicants and the three aforementioned partnerships. The following entities are not applicants nor is a stay sought in respect of any of them: the entities in Canwest's newspaper publishing and digital media business in Canada (other than the National Post Company) namely the Canwest Limited Partnership, Canwest Publishing Inc./Publications Canwest Inc., Canwest Books Inc., and Canwest (Canada) Inc.; the Canadian subscription based specialty television channels acquired from Alliance Atlantis Communications Inc. in August, 2007 which are held jointly with Goldman Sachs Capital Partners and operated by CW Investments Co. and its subsidiaries; and subscription-based specialty television channels which are not wholly owned by CTLP.

- [3] No one appearing opposed the relief requested.

Background Facts

- [4] Canwest is a leading Canadian media company with interests in twelve free-to-air television stations comprising the Global Television Network, subscription-based specialty television channels and newspaper publishing and digital media operations.
- [5] As of October 1, 2009, Canwest employed the full time equivalent of approximately 7,400 employees around the world. Of that number, the full time equivalent of approximately 1,700 are employed by the CMI Entities, the vast majority of whom work in Canada and 850 of whom work in Ontario.

- [6] Canwest Global owns 100% of CMI. CMI has direct or indirect ownership interests in all of the other CMI Entities. Ontario is the chief place of business of the CMI Entities.
- [7] Canwest Global is a public company continued under the *Canada Business Corporations Act*². It has authorized capital consisting of an unlimited number of preference shares, multiple voting shares, subordinate voting shares, and non-voting shares. It is a “constrained-share company” which means that at least 66 2/3% of its voting shares must be beneficially owned by Canadians. The Asper family built the Canwest enterprise and family members hold various classes of shares. In April and May, 2009, corporate decision making was consolidated and streamlined.
- [8] The CMI Entities generate the majority of their revenue from the sale of advertising (approximately 77% on a consolidated basis). Fuelled by a deteriorating economic environment in Canada and elsewhere, in 2008 and 2009, they experienced a decline in their advertising revenues. This caused problems with cash flow and circumstances were exacerbated by their high fixed operating costs. In response to these conditions, the CMI Entities took steps to improve cash flow and to strengthen their balance sheets. They commenced workforce reductions and cost saving measures, sold certain interests and assets, and engaged in discussions with the CRTC and the Federal government on issues of concern.
- [9] Economic conditions did not improve nor did the financial circumstances of the CMI Entities. They experienced significant tightening of credit from critical suppliers and trade creditors, a further reduction of advertising commitments, demands for reduced credit terms by newsprint and printing suppliers, and restrictions on or cancellation of credit cards for certain employees.
- [10] In February, 2009, CMI breached certain of the financial covenants in its secured credit facility. It subsequently received waivers of the borrowing conditions on six

² R.S.C. 1985, c.C.44.

occasions. On March 15, 2009, it failed to make an interest payment of US\$30.4 million due on 8% senior subordinated notes. CMI entered into negotiations with an ad hoc committee of the 8% senior subordinated noteholders holding approximately 72% of the notes (the “Ad Hoc Committee”). An agreement was reached wherein CMI and its subsidiary CTLP agreed to issue US\$105 million in 12% secured notes to members of the Ad Hoc Committee. At the same time, CMI entered into an agreement with CIT Business Credit Canada Inc. (“CIT”) in which CIT agreed to provide a senior secured revolving asset based loan facility of up to \$75 million. CMI used the funds generated for operations and to repay amounts owing on the senior credit facility with a syndicate of lenders of which the Bank of Nova Scotia was the administrative agent. These funds were also used to settle related swap obligations.

[11] Canwest Global reports its financial results on a consolidated basis. As at May 31, 2009, it had total consolidated assets with a net book value of \$4.855 billion and total consolidated liabilities of \$5.846 billion. The subsidiaries of Canwest Global that are not applicants or partnerships in this proceeding had short and long term debt totalling \$2.742 billion as at May 31, 2009 and the CMI Entities had indebtedness of approximately \$954 million. For the 9 months ended May 31, 2009, Canwest Global’s consolidated revenues decreased by \$272 million or 11% compared to the same period in 2008. In addition, operating income before amortization decreased by \$253 million or 47%. It reported a consolidated net loss of \$1.578 billion compared to \$22 million for the same period in 2008. CMI reported that revenues for the Canadian television operations decreased by \$8 million or 4% in the third quarter of 2009 and operating profit was \$21 million compared to \$39 million in the same period in 2008.

[12] The board of directors of Canwest Global struck a special committee of the board (“the Special Committee”) with a mandate to explore and consider strategic alternatives in order to maximize value. That committee appointed Thomas Strike, who is the President, Corporate Development and Strategy Implementation of Canwest Global, as Recapitalization Officer and retained Hap Stephen, who is the Chairman and CEO of Stonecrest Capital Inc., as a Restructuring Advisor (“CRA”).

- [13] On September 15, 2009, CMI failed to pay US\$30.4 million in interest payments due on the 8% senior subordinated notes.
- [14] On September 22, 2009, the board of directors of Canwest Global authorized the sale of all of the shares of Ten Network Holdings Limited (Australia) ("Ten Holdings") held by its subsidiary, Canwest Mediaworks Ireland Holdings ("CMIH"). Prior to the sale, the CMI Entities had consolidated indebtedness totalling US\$939.9 million pursuant to three facilities. CMI had issued 8% unsecured notes in an aggregate principal amount of US\$761,054,211. They were guaranteed by all of the CMI Entities except Canwest Global, and 30109, LLC. CMI had also issued 12% secured notes in an aggregate principal amount of US\$94 million. They were guaranteed by the CMI Entities. Amongst others, Canwest's subsidiary, CMIH, was a guarantor of both of these facilities. The 12% notes were secured by first ranking charges against all of the property of CMI, CTLP and the guarantors. In addition, pursuant to a credit agreement dated May 22, 2009 and subsequently amended, CMI has a senior secured revolving asset-based loan facility in the maximum amount of \$75 million with CIT Business Credit Canada Inc. ("CIT"). Prior to the sale, the debt amounted to \$23.4 million not including certain letters of credit. The facility is guaranteed by CTLP, CMIH and others and secured by first ranking charges against all of the property of CMI, CTLP, CMIH and other guarantors. Significant terms of the credit agreement are described in paragraph 37 of the proposed Monitor's report. Upon a CCAA filing by CMI and commencement of proceedings under Chapter 15 of the Bankruptcy Code, the CIT facility converts into a DIP financing arrangement and increases to a maximum of \$100 million.
- [15] Consents from a majority of the 8% senior subordinated noteholders were necessary to allow the sale of the Ten Holdings shares. A Use of Cash Collateral and Consent Agreement was entered into by CMI, CMIH, certain consenting noteholders and others wherein CMIH was allowed to lend the proceeds of sale to CMI.
- [16] The sale of CMIH's interest in Ten Holdings was settled on October 1, 2009. Gross proceeds of approximately \$634 million were realized. The proceeds were applied to

fund general liquidity and operating costs of CMI, pay all amounts owing under the 12% secured notes and all amounts outstanding under the CIT facility except for certain letters of credit in an aggregate face amount of \$10.7 million. In addition, a portion of the proceeds was used to reduce the amount outstanding with respect to the 8% senior subordinated notes leaving an outstanding indebtedness thereunder of US\$393.25 million.

[17] In consideration for the loan provided by CMIH to CMI, CMI issued a secured intercompany note in favour of CMIH in the principal amount of \$187.3 million and an unsecured promissory note in the principal amount of \$430.6 million. The secured note is subordinated to the CIT facility and is secured by a first ranking charge on the property of CMI and the guarantors. The payment of all amounts owing under the unsecured promissory note are subordinated and postponed in favour of amounts owing under the CIT facility. Canwest Global, CTLP and others have guaranteed the notes. It is contemplated that the debt that is the subject matter of the unsecured note will be compromised.

[18] Without the funds advanced under the intercompany notes, the CMI Entities would be unable to meet their liabilities as they come due. The consent of the noteholders to the use of the Ten Holdings proceeds was predicated on the CMI Entities making this application for an Initial Order under the CCAA. Failure to do so and to take certain other steps constitute an event of default under the Use of Cash Collateral and Consent Agreement, the CIT facility and other agreements. The CMI Entities have insufficient funds to satisfy their obligations including those under the intercompany notes and the 8% senior subordinated notes.

[19] The stay of proceedings under the CCAA is sought so as to allow the CMI Entities to proceed to develop a plan of arrangement or compromise to implement a consensual “pre-packaged” recapitalization transaction. The CMI Entities and the Ad Hoc Committee of noteholders have agreed on the terms of a going concern recapitalization transaction which is intended to form the basis of the plan. The terms are reflected in a

support agreement and term sheet. The recapitalization transaction contemplates amongst other things, a significant reduction of debt and a debt for equity restructuring. The applicants anticipate that a substantial number of the businesses operated by the CMI Entities will continue as going concerns thereby preserving enterprise value for stakeholders and maintaining employment for as many as possible. As mentioned, certain steps designed to implement the recapitalization transaction have already been taken prior to the commencement of these proceedings.

[20] CMI has agreed to maintain not more than \$2.5 million as cash collateral in a deposit account with the Bank of Nova Scotia to secure cash management obligations owed to BNS. BNS holds first ranking security against those funds and no court ordered charge attaches to the funds in the account.

[21] The CMI Entities maintain eleven defined benefit pension plans and four defined contribution pension plans. There is an aggregate solvency deficiency of \$13.3 million as at the last valuation date and a wind up deficiency of \$32.8 million. There are twelve television collective agreements eleven of which are negotiated with the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada. The Canadian Union of Public Employees negotiated the twelfth television collective agreement. It expires on December 31, 2010. The other collective agreements are in expired status. None of the approximately 250 employees of the National Post Company are unionized. The CMI Entities propose to honour their payroll obligations to their employees, including all pre-filing wages and employee benefits outstanding as at the date of the commencement of the CCAA proceedings and payments in connection with their pension obligations.

Proposed Monitor

[22] The applicants propose that FTI Consulting Canada Inc. serve as the Monitor in these proceedings. It is clearly qualified to act and has provided the Court with its consent to act. Neither FTI nor any of its representatives have served in any of the capacities prohibited by section of the amendments to the CCAA.

Proposed Order

[23] I have reviewed in some detail the history that preceded this application. It culminated in the presentation of the within application and proposed order. Having

reviewed the materials and heard submissions, I was satisfied that the relief requested should be granted.

[24] This case involves a consideration of the amendments to the CCAA that were proclaimed in force on September 18, 2009. While these were long awaited, in many instances they reflect practices and principles that have been adopted by insolvency practitioners and developed in the jurisprudence and academic writings on the subject of the CCAA. In no way do the amendments change or detract from the underlying purpose of the CCAA, namely to provide debtor companies with the opportunity to extract themselves from financial difficulties notwithstanding insolvency and to reorganize their affairs for the benefit of stakeholders. In my view, the amendments should be interpreted and applied with that objective in mind.

(a) Threshold Issues

[25] Firstly, the applicants qualify as debtor companies under the CCAA. Their chief place of business is in Ontario. The applicants are affiliated debtor companies with total claims against them exceeding \$5 million. The CMI Entities are in default of their obligations. CMI does not have the necessary liquidity to make an interest payment in the amount of US\$30.4 million that was due on September 15, 2009 and none of the other CMI Entities who are all guarantors are able to make such a payment either. The assets of the CMI Entities are insufficient to discharge all of the liabilities. The CMI Entities are unable to satisfy their debts as they come due and they are insolvent. They are insolvent both under the *Bankruptcy and Insolvency Act*³ definition and under the more expansive definition of insolvency used in *Re Stelco*⁴. Absent these CCAA proceedings, the applicants would lack liquidity and would be unable to continue as going concerns. The CMI Entities have acknowledged their insolvency in the affidavit filed in support of the application.

³ R.S.C. 1985, c. B-3, as amended.

⁴ (2004), 48 C.B.R. (4th) 299; leave to appeal refused 2004 CarswellOnt 2936 (C.A.).

[26] Secondly, the required statement of projected cash-flow and other financial documents required under section 11(2) of the CCAA have been filed.

(b) Stay of Proceedings

[27] Under section 11 of the CCAA, the Court has broad jurisdiction to grant a stay of proceedings and to give a debtor company a chance to develop a plan of compromise or arrangement. In my view, given the facts outlined, a stay is necessary to create stability and to allow the CMI Entities to pursue their restructuring.

(b) Partnerships and Foreign Subsidiaries

[28] The applicants seek to extend the stay of proceedings and other relief to the aforementioned partnerships. The partnerships are intertwined with the applicants' ongoing operations. They own the National Post daily newspaper and Canadian free-to-air television assets and certain of its specialty television channels and some other television assets. These businesses constitute a significant portion of the overall enterprise value of the CMI Entities. The partnerships are also guarantors of the 8% senior subordinated notes.

[29] While the CCAA definition of a company does not include a partnership or limited partnership, courts have repeatedly exercised their inherent jurisdiction to extend the scope of CCAA proceedings to encompass them. See for example *Re Lehndorff General Partners Ltd.*⁵; *Re Smurfit-Stone Container Canada Inc.*⁶; and *Re Calpine Canada Energy Ltd.*⁷. In this case, the partnerships carry on operations that are integral and closely interrelated to the business of the applicants. The operations and obligations of the partnerships are so intertwined with those of the applicants that irreparable harm would ensue if the requested stay were not granted. In my view, it is just and convenient to grant the relief requested with respect to the partnerships.

⁵ (1993), 9 B.L.R. (2d) 275.

⁶ [2009] O.J. No. 349.

⁷ (2006), 19 C.B.R. (5th) 187.

[30] Certain applicants are foreign subsidiaries of CMI. Each is a guarantor under the 8% senior subordinated notes, the CIT credit agreement (and therefore the DIP facility), the intercompany notes and is party to the support agreement and the Use of Cash Collateral and Consent Agreement. If the stay of proceedings was not extended to these entities, creditors could seek to enforce their guarantees. I am persuaded that the foreign subsidiary applicants as that term is defined in the affidavit filed are debtor companies within the meaning of section 2 of the CCAA and that I have jurisdiction and ought to grant the order requested as it relates to them. In this regard, I note that they are insolvent and each holds assets in Ontario in that they each maintain funds on deposit at the Bank of Nova Scotia in Toronto. See in this regard *Re Cadillac Fairview*⁸ and *Re Global Light Telecommunications Ltd.*⁹

(c) DIP Financing

[31] Turning to the DIP financing, the premise underlying approval of DIP financing is that it is a benefit to all stakeholders as it allows the debtors to protect going-concern value while they attempt to devise a plan acceptable to creditors. While in the past, courts relied on inherent jurisdiction to approve the terms of a DIP financing charge, the September 18, 2009 amendments to the CCAA now expressly provide jurisdiction to grant a DIP financing charge. Section 11.2 of the Act states:

(1) On application by a debtor company and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, a court may make an order declaring that all or part of the company's property is subject to a security or charge — in an amount that the court considers appropriate — in favour of a person specified in the order who agrees to lend to the company an amount approved by the court as being required by the company, having regard to its cash-flow statement. The security or charge may not secure an obligation that exists before the order is made.

(2) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

⁸ (1995), 30 C.B.R. (3d) 29.

⁹ (2004), 33 B.C.L.R. (4th) 155.

(3) The court may order that the security or charge rank in priority over any security or charge arising from a previous order made under subsection (1) only with the consent of the person in whose favour the previous order was made.

(4) In deciding whether to make an order, the court is to consider, among other things,

(a) the period during which the company is expected to be subject to proceedings under this Act;

(b) how the company's business and financial affairs are to be managed during the proceedings;

(c) whether the company's management has the confidence of its major creditors;

(d) whether the loan would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made in respect of the company;

(e) the nature and value of the company's property;

(f) whether any creditor would be materially prejudiced as a result of the security or charge; and

(g) the monitor's report referred to in paragraph 23(1)(b), if any.

[32] In light of the language of section 11.2(1), the first issue to consider is whether notice has been given to secured creditors who are likely to be affected by the security or charge. Paragraph 57 of the proposed order affords priority to the DIP charge, the administration charge, the Directors' and Officers' charge and the KERP charge with the following exception: "any validly perfected purchase money security interest in favour of a secured creditor or any statutory encumbrance existing on the date of this order in favour of any person which is a "secured creditor" as defined in the CCAA in respect of any of source deductions from wages, employer health tax, workers compensation, GST/QST, PST payables, vacation pay and banked overtime for employees, and amounts under the Wage Earners' Protection Program that are subject to a super priority claim under the BIA". This provision coupled with the notice that was provided satisfied me that secured creditors either were served or are unaffected by the DIP charge. This approach is both consistent with the legislation and practical.

[33] Secondly, the Court must determine that the amount of the DIP is appropriate and required having regard to the debtors' cash-flow statement. The DIP charge is for up to

\$100 million. Prior to entering into the CIT facility, the CMI Entities sought proposals from other third party lenders for a credit facility that would convert to a DIP facility should the CMI Entities be required to file for protection under the CCAA. The CIT facility was the best proposal submitted. In this case, it is contemplated that implementation of the plan will occur no later than April 15, 2010. The total amount of cash on hand is expected to be down to approximately \$10 million by late December, 2009 based on the cash flow forecast. The applicants state that this is an insufficient cushion for an enterprise of this magnitude. The cash-flow statements project the need for the liquidity provided by the DIP facility for the recapitalization transaction to be finalized. The facility is to accommodate additional liquidity requirements during the CCAA proceedings. It will enable the CMI Entities to operate as going concerns while pursuing the implementation and completion of a viable plan and will provide creditors with assurances of same. I also note that the proposed facility is simply a conversion of the pre-existing CIT facility and as such, it is expected that there would be no material prejudice to any of the creditors of the CMI Entities that arises from the granting of the DIP charge. I am persuaded that the amount is appropriate and required.

[34] Thirdly, the DIP charge must not and does not secure an obligation that existed before the order was made. The only amount outstanding on the CIT facility is \$10.7 in outstanding letters of credit. These letters of credit are secured by existing security and it is proposed that that security rank ahead of the DIP charge.

[35] Lastly, I must consider amongst others, the enumerated factors in paragraph 11.2(4) of the Act. I have already addressed some of them. The Management Directors of the applicants as that term is used in the materials filed will continue to manage the CMI Entities during the CCAA proceedings. It would appear that management has the confidence of its major creditors. The CMI Entities have appointed a CRA and a Restructuring Officer to negotiate and implement the recapitalization transaction and the aforementioned directors will continue to manage the CMI Entities during the CCAA proceedings. The DIP facility will enhance the prospects of a completed restructuring. CIT has stated that it will not convert the CIT facility into a DIP facility if the DIP charge

is not approved. In its report, the proposed Monitor observes that the ability to borrow funds from a court approved DIP facility secured by the DIP charge is crucial to retain the confidence of the CMI Entities' creditors, employees and suppliers and would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made. The proposed Monitor is supportive of the DIP facility and charge.

[36] For all of these reasons, I was prepared to approve the DIP facility and charge.

(d) Administration Charge

[37] While an administration charge was customarily granted by courts to secure the fees and disbursements of the professional advisors who guided a debtor company through the CCAA process, as a result of the amendments to the CCAA, there is now statutory authority to grant such a charge. Section 11.52 of the CCAA states:

(1) On notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, the court may make an order declaring that all or part of the property of a debtor company is subject to a security or charge — in an amount that the court considers appropriate — in respect of the fees and expenses of

(a) the monitor, including the fees and expenses of any financial, legal or other experts engaged by the monitor in the performance of the monitor's duties;

(b) any financial, legal or other experts engaged by the company for the purpose of proceedings under this Act; and

(c) any financial, legal or other experts engaged by any other interested person if the court is satisfied that the security or charge is necessary for their effective participation in proceedings under this Act.

(2) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

[38] I must therefore be convinced that (1) notice has been given to the secured creditors likely to be affected by the charge; (2) the amount is appropriate; and (3) the charge should extend to all of the proposed beneficiaries.

[39] As with the DIP charge, the issue relating to notice to affected secured creditors has been addressed appropriately by the applicants. The amount requested is up to \$15 million. The beneficiaries of the charge are: the Monitor and its counsel; counsel to the CMI Entities; the financial advisor to the Special Committee and its counsel; counsel to the Management Directors; the CRA; the financial advisor to the Ad Hoc Committee; and RBC Capital Markets and its counsel. The proposed Monitor supports the aforementioned charge and considers it to be required and reasonable in the circumstances in order to preserve the going concern operations of the CMI Entities. The applicants submit that the above-note professionals who have played a necessary and integral role in the restructuring activities to date are necessary to implement the recapitalization transaction.

[40] Estimating quantum is an inexact exercise but I am prepared to accept the amount as being appropriate. There has obviously been extensive negotiation by stakeholders and the restructuring is of considerable magnitude and complexity. I was prepared to accept the submissions relating to the administration charge. I have not included any requirement that all of these professionals be required to have their accounts scrutinized and approved by the Court but they should not preclude this possibility.

(e) Critical Suppliers

[41] The next issue to consider is the applicants' request for authorization to pay pre-filing amounts owed to critical suppliers. In recognition that one of the purposes of the CCAA is to permit an insolvent corporation to remain in business, typically courts exercised their inherent jurisdiction to grant such authorization and a charge with respect to the provision of essential goods and services. In the recent amendments, Parliament codified the practice of permitting the payment of pre-filing amounts to critical suppliers and the provision of a charge. Specifically, section 11.4 provides:

(1) On application by a debtor company and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, the court may make an order declaring a person to be a critical supplier to the company if the court is satisfied that

the person is a supplier of goods or services to the company and that the goods or services that are supplied are critical to the company's continued operation.

(2) If the court declares a person to be a critical supplier, the court may make an order requiring the person to supply any goods or services specified by the court to the company on any terms and conditions that are consistent with the supply relationship or that the court considers appropriate.

(3) If the court makes an order under subsection (2), the court shall, in the order, declare that all or part of the property of the company is subject to a security or charge in favour of the person declared to be a critical supplier, in an amount equal to the value of the goods or services supplied under the terms of the order.

(4) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

[42] Under these provisions, the Court must be satisfied that there has been notice to creditors likely to be affected by the charge, the person is a supplier of goods or services to the company, and that the goods or services that are supplied are critical to the company's continued operation. While one might interpret section 11.4 (3) as requiring a charge any time a person is declared to be a critical supplier, in my view, this provision only applies when a court is compelling a person to supply. The charge then provides protection to the unwilling supplier.

[43] In this case, no charge is requested and no additional notice is therefore required. Indeed, there is an issue as to whether in the absence of a request for a charge, section 11.4 is even applicable and the Court is left to rely on inherent jurisdiction. The section seems to be primarily directed to the conditions surrounding the granting of a charge to secure critical suppliers. That said, even if it is applicable, I am satisfied that the applicants have met the requirements. The CMI Entities seek authorization to make certain payments to third parties that provide goods and services integral to their business. These include television programming suppliers given the need for continuous and undisturbed flow of programming, newsprint suppliers given the dependency of the National Post on a continuous and uninterrupted supply of newsprint to enable it to publish and on newspaper distributors, and the American Express Corporate Card Program and Central Billed Accounts that are required for CMI Entity employees to perform their job functions. No payment would be made without the consent of the

Monitor. I accept that these suppliers are critical in nature. The CMI Entities also seek more general authorization allowing them to pay other suppliers if in the opinion of the CMI Entities, the supplier is critical. Again, no payment would be made without the consent of the Monitor. In addition, again no charge securing any payments is sought. This is not contrary to the language of section 11.4 (1) or to its purpose. The CMI Entities seek the ability to pay other suppliers if in their opinion the supplier is critical to their business and ongoing operations. The order requested is facilitative and practical in nature. The proposed Monitor supports the applicants' request and states that it will work to ensure that payments to suppliers in respect of pre-filing liabilities are minimized. The Monitor is of course an officer of the Court and is always able to seek direction from the Court if necessary. In addition, it will report on any such additional payments when it files its reports for Court approval. In the circumstances outlined, I am prepared to grant the relief requested in this regard.

(f) Directors' and Officers' Charge

[44] The applicants also seek a directors' and officers' ("D &O") charge in the amount of \$20 million. The proposed charge would rank after the administration charge, the existing CIT security, and the DIP charge. It would rank *pari passu* with the KERP charge discussed subsequently in this endorsement but postponed in right of payment to the extent of the first \$85 million payable under the secured intercompany note.

[45] Again, the recent amendments to the CCAA allow for such a charge. Section 11.51 provides that:

- (1) On application by a debtor company and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, the court may make an order declaring that all or part of the property of the company is subject to a security or charge — in an amount that the court considers appropriate — in favour of any director or officer of the company to indemnify the director or officer against obligations and liabilities that they may incur as a director or officer of the company
- (2) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.
- (3) The court may not make the order if in its opinion the company could obtain adequate indemnification insurance for the director or officer at a reasonable cost.

(4) The court shall make an order declaring that the security or charge does not apply in respect of a specific obligation or liability incurred by a director or officer if in its opinion the obligation or liability was incurred as a result of the director's or officer's gross negligence or wilful misconduct or, in Quebec, the director's or officer's gross or intentional fault.

[46] I have already addressed the issue of notice to affected secured creditors. I must also be satisfied with the amount and that the charge is for obligations and liabilities the directors and officers may incur after the commencement of proceedings. It is not to extend to coverage of wilful misconduct or gross negligence and no order should be granted if adequate insurance at a reasonable cost could be obtained.

[47] The proposed Monitor reports that the amount of \$20 million was estimated taking into consideration the existing D&O insurance and the potential liabilities which may attach including certain employee related and tax related obligations. The amount was negotiated with the DIP lender and the Ad Hoc Committee. The order proposed speaks of indemnification relating to the failure of any of the CMI Entities, after the date of the order, to make certain payments. It also excludes gross negligence and wilful misconduct. The D&O insurance provides for \$30 million in coverage and \$10 million in excess coverage for a total of \$40 million. It will expire in a matter of weeks and Canwest Global has been unable to obtain additional or replacement coverage. I am advised that it also extends to others in the Canwest enterprise and not just to the CMI Entities. The directors and senior management are described as highly experienced, fully functional and qualified. The directors have indicated that they cannot continue in the restructuring effort unless the order includes the requested directors' charge.

[48] The purpose of such a charge is to keep the directors and officers in place during the restructuring by providing them with protection against liabilities they could incur during the restructuring: *Re General Publishing Co.*¹⁰ Retaining the current directors and officers of the applicants would avoid destabilization and would assist in the restructuring. The proposed charge would enable the applicants to keep the experienced board of directors supported by experienced senior management. The proposed Monitor

believes that the charge is required and is reasonable in the circumstances and also observes that it will not cover all of the directors' and officers' liabilities in the worst case scenario. In all of these circumstances, I approved the request.

(g) Key Employee Retention Plans

[49] Approval of a KERP and a KERP charge are matters of discretion. In this case, the CMI Entities have developed KERPs that are designed to facilitate and encourage the continued participation of certain of the CMI Entities' senior executives and other key employees who are required to guide the CMI Entities through a successful restructuring with a view to preserving enterprise value. There are 20 KERP participants all of whom are described by the applicants as being critical to the successful restructuring of the CMI Entities. Details of the KERPs are outlined in the materials and the proposed Monitor's report. A charge of \$5.9 million is requested. The three Management Directors are seasoned executives with extensive experience in the broadcasting and publishing industries. They have played critical roles in the restructuring initiatives taken to date. The applicants state that it is probable that they would consider other employment opportunities if the KERPs were not secured by a KERP charge. The other proposed participants are also described as being crucial to the restructuring and it would be extremely difficult to find replacements for them

[50] Significantly in my view, the Monitor who has scrutinized the proposed KERPs and charge is supportive. Furthermore, they have been approved by the Board, the Special Committee, the Human Resources Committee of Canwest Global and the Ad Hoc Committee. The factors enumerated in *Re Grant Forest*¹¹ have all been met and I am persuaded that the relief in this regard should be granted.

[51] The applicants ask that the Confidential Supplement containing unredacted copies of the KERPs that reveal individually identifiable information and compensation information be sealed. Generally speaking, judges are most reluctant to grant sealing

¹⁰ (2003), 39 C.B.R. (4th) 216.

orders. An open court and public access are fundamental to our system of justice. Section 137(2) of the *Courts of Justice Act* provides authority to grant a sealing order and the Supreme Court of Canada's decision in *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*¹² provides guidance on the appropriate legal principles to be applied. Firstly, the Court must be satisfied that the order is necessary in order to prevent a serious risk to an important interest, including a commercial interest, in the context of litigation because reasonable alternative measures will not prevent the risk. Secondly, the salutary effects of the order should outweigh its deleterious effects including the effects on the right to free expression which includes the public interest in open and accessible court proceedings.

- [52] In this case, the unredacted KERPs reveal individually identifiable information including compensation information. Protection of sensitive personal and compensation information the disclosure of which could cause harm to the individuals and to the CMI Entities is an important commercial interest that should be protected. The KERP participants have a reasonable expectation that their personal information would be kept confidential. As to the second branch of the test, the aggregate amount of the KERPs has been disclosed and the individual personal information adds nothing. It seems to me that this second branch of the test has been met. The relief requested is granted.

Annual Meeting

- [53] The CMI Entities seek an order postponing the annual general meeting of shareholders of Canwest Global. Pursuant to section 133 (1)(b) of the CBCA, a corporation is required to call an annual meeting by no later than February 28, 2010, being six months after the end of its preceding financial year which ended on August 31, 2009. Pursuant to section 133 (3), despite subsection (1), the corporation may apply to the court for an order extending the time for calling an annual meeting.

¹¹ [2009] O.J. No. 3344. That said, given the nature of the relationship between a board of directors and senior management, it may not always be appropriate to give undue consideration to the principle of business judgment.

¹² [2002] 2 S.C.R. 522.

- [54] CCAA courts have commonly granted extensions of time for the calling of an annual general meeting. In this case, the CMI Entities including Canwest Global are devoting their time to stabilizing business and implementing a plan. Time and resources would be diverted if the time was not extended as requested and the preparation for and the holding of the annual meeting would likely impede the timely and desirable restructuring of the CMI Entities. Under section 106(6) of the CBCA, if directors of a corporation are not elected, the incumbent directors continue. Financial and other information will be available on the proposed Monitor's website. An extension is properly granted.

Other

- [55] The applicants request authorization to commence Chapter 15 proceedings in the U.S. Continued timely supply of U.S. network and other programming is necessary to preserve going concern value. Commencement of Chapter 15 proceedings to have the CCAA proceedings recognized as "foreign main proceedings" is a prerequisite to the conversion of the CIT facility into the DIP facility. Authorization is granted.
- [56] Canwest's various corporate and other entities share certain business services. They are seeking to continue to provide and receive inter-company services in the ordinary course during the CCAA proceedings. This is supported by the proposed Monitor and FTI will monitor and report to the Court on matters pertaining to the provision of inter-company services.
- [57] Section 23 of the amended CCAA now addresses certain duties and functions of the Monitor including the provision of notice of an Initial Order although the Court may order otherwise. Here the financial threshold for notice to creditors has been increased from \$1000 to \$5000 so as to reduce the burden and cost of such a process. The proceedings will be widely published in the media and the Initial Order is to be posted on the Monitor's website. Other meritorious adjustments were also made to the notice provisions.

[58] This is a “pre-packaged” restructuring and as such, stakeholders have negotiated and agreed on the terms of the requested order. That said, not every stakeholder was before me. For this reason, interested parties are reminded that the order includes the usual come back provision. The return date of any motion to vary, rescind or affect the provisions relating to the CIT credit agreement or the CMI DIP must be no later than November 5, 2009.

[59] I have obviously not addressed every provision in the order but have attempted to address some key provisions. In support of the requested relief, the applicants filed a factum and the proposed Monitor filed a report. These were most helpful. A factum is required under Rule 38.09 of the Rules of Civil Procedure. Both a factum and a proposed Monitor’s report should customarily be filed with a request for an Initial Order under the CCAA.

Conclusion

[60] Weak economic conditions and a high debt load do not a happy couple make but clearly many of the stakeholders have been working hard to produce as desirable an outcome as possible in the circumstances. Hopefully the cooperation will persist.

Pepall J.

Released: October 13, 2009

TAB 9

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 de-
ductions not remitted to Crown by companies in receiv-
ership — 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 giv-
ing 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
Banque de développement du Canada**
Intimées

et

**Institut d'insolvabilité du Canada et
Association canadienne des professionnels
de l'insolvabilité et de la réorganisation**
Intervenants

**RÉPERTOIRE : CANADA c. CANADA NORTH
GROUP INC.**

2021 CSC 30

N° du greffe : 38871.

2020 : 1^{er} 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 sur-
veiller la procédure de restructuration intentée sous le
régime de la Loi sur les arrangements avec les créan-
ciers des compagnies ordonnant que les actifs des com-
pagnies soient grevés de charges super prioritaires en
faveur du prêteur temporaire, du contrôleur et des admi-
nistrateurs — 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. 1 (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. 1 (5^e 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, plaçant 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, privilèges, 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 unremitted 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 unremitted 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 unremitted 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 unremitted 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 *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 *CCAA* 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 *CCAA* and the *ITA* by imposing three restrictions that are significant here. First, although s. 37(1) of the *CCAA* 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 *CCAA* 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 *CCAA*, 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 *CCAA* 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 *CCAA*. Section 6(3) of the *CCAA*, 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 assujéti 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 *CCAA* 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 *CCAA* 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 *CCAA*. 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 *CCAA*. 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 *CCAA*, 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 *CCAA* 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 expresses 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 perdrait 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. Katsikonouris*, [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.N.R.*, 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. Katsikonouris*, [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.N.R.*, 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 Métallistes*, 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 R.C.S. 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, ornemental 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).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 11th ed., by Bryan A. Garner. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2019, "beneficial owner".

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^e 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).
- 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).
- 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).
- 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).
- 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.

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

- 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 *Rev. can. dr. comm.* 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.

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 intervener the Insolvency Institute of Canada.

Randal Van de Mosselaer, for the intervener 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 intimées 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 insolvable 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^e 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* habilite 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 privilèges, 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 discrétionnaire 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^e 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, « [l]e tribunal doit d’abord créer les conditions propres à permettre au débiteur de tenter une réorganisation » (par. 60).

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

[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

S.C.J.); *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169), and bid protection charges (*In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of Green Growth Brands Inc.*, 2020 ONSC 3565, 84 C.B.R. (6th) 146).

[25] In *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, at para. 60, quoting the amended initial order in that case, this Court confirmed that a court-ordered financing charge with priority over “all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, statutory or otherwise”, had priority over a deemed trust established by the *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10 (“PPSA”), to protect employee pensions. Justice Deschamps wrote for a unanimous Court on this point. She found that the existence of a deemed trust did not preclude orders granting first priority to financiers: “This will be the case only if the provincial priorities provided for in s. 30(7) of the PPSA ensure that the claim of the Salaried Plan’s members has priority over the [debtor-in-possession (“DIP”)] charge” (para. 48).

[26] Justice Deschamps first assessed the supervising judge’s order to determine whether it had truly been necessary to give the financing charge priority over the deemed trust. Even though the supervising judge had not specifically considered the deemed trust in the order authorizing a super-priority charge, he had found that there was no alternative but to make the order. Financing secured by a super priority was necessary if the company was to remain a going concern (para. 59). Justice Deschamps rejected the suggestion “that the DIP lenders would have accepted that their claim ranked below claims resulting from the deemed trust”, because “[t]he harsh reality is that lending is governed by the commercial imperatives of the lenders, not by the interests of

vertu de ces dispositions. Songeons, par exemple, aux charges relatives aux plans de rétention des employés clés (*Grant Forest Products Inc., Re* (2009), 57 C.B.R. (5th) 128 (C.S.J. Ont.); *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169), et aux charges relatives à la protection des offres (*In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of Green Growth Brands Inc.*, 2020 ONSC 3565, 84 C.B.R. (6th) 146).

[25] Dans l’arrêt *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallistes*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271, par. 60, citant l’ordonnance initiale modifiée dans cette affaire, notre Cour a confirmé que la charge de financement d’origine judiciaire qui devait prendre rang devant [TRADUCTION] « toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d’origine législative ou autre » prenait effectivement rang devant la fiducie réputée qui avait été établie par la *Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, c. P.10 (« LSM »), dans le but de protéger les régimes de retraite des employés. La juge Deschamps s’est exprimée sur ce point au nom d’une Cour unanime. Elle a conclu que l’existence d’une fiducie réputée ne faisait pas obstacle au prononcé d’ordonnances accordant une priorité aux bailleurs de fonds : « Ce sera le cas seulement si la priorité de rang accordée par la province aux participants au régime des salariés, au par. 30(7) de la LSM, fait en sorte que leur réclamation a préséance sur la charge [débiteur-exploitant (« DE »)] » (par. 48).

[26] La juge Deschamps a tout d’abord examiné l’ordonnance du juge surveillant afin de déterminer si celle-ci était véritablement nécessaire pour que la charge de financement ait priorité sur la fiducie réputée. Même s’il ne s’était pas expressément penché sur la fiducie réputée dans l’ordonnance aux termes de laquelle il avait constitué la charge super prioritaire, le juge surveillant avait conclu qu’il n’avait d’autre choix que de rendre l’ordonnance. Le financement devait être garanti par une super priorité pour que la compagnie demeure en activité (par. 59). La juge Deschamps a rejeté l’idée « que les prêteurs DE auraient accepté que leur réclamation soit subordonnée à celles fondées sur la fiducie réputée », étant donné que « [l]a dure réalité est que l’octroi de prêts est

the plan members or the policy considerations that lead provincial governments to legislate in favour of pension fund beneficiaries” (para. 59).

[27] After determining that the order was necessary, she turned to the statute creating the deemed trust’s priority. Section 30(7) of the *PPSA* provided that the deemed trust would have priority over all security interests. In her view, this created a conflict between the court-ordered super priority and the statutory priority of the claim protected by the deemed trust. The super priority therefore prevailed by virtue of federal paramountcy (para. 60).

[28] There are also practical considerations that explain why supervising judges must have the discretion to order other charges with priority over deemed trusts. Restructuring under the *CCAA* often requires the assistance of many professionals. As Wagner C.J. and Moldaver J. recently recognized for a unanimous Court, the role the monitor plays in a *CCAA* proceeding is critical: “The monitor is an independent and impartial expert, acting as ‘the eyes and the ears of the court’ throughout the proceedings . . . The core of the monitor’s role includes providing an advisory opinion to the court as to the fairness of any proposed plan of arrangement and on orders sought by parties, including the sale of assets and requests for interim financing” (*Callidus Capital*, at para. 52, quoting *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1, at para. 109). In the words of Morawetz J. (as he then was), “[i]t is not reasonable to expect that professionals will take the risk of not being paid for their services, and that directors and officers will remain if placed in a compromised position” (*Timminco*, at para. 66).

régi par les impératifs commerciaux des prêteurs, et non par les intérêts des participants ou par les considérations de politique générale qui ont incité les législateurs provinciaux à protéger les bénéficiaires de caisses de retraite » (par. 59).

[27] Après avoir décidé que l’ordonnance était nécessaire, la juge Deschamps a examiné la loi accordant la priorité à la fiducie réputée. Le paragraphe 30(7) de la *LSM* prévoyait que la fiducie réputée prenait rang devant toutes les garanties, ce qui, à son avis, créait un conflit entre la super priorité d’origine judiciaire et la priorité légale accordée à la créance protégée par la fiducie réputée. La super priorité avait donc préséance sur la fiducie réputée en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale (par. 60).

[28] Il existe aussi des considérations d’ordre pratique qui expliquent pourquoi les juges surveillants doivent disposer du pouvoir discrétionnaire d’ordonner des charges ayant priorité sur les fiducies réputées. Pour restructurer une compagnie sous le régime de la *LACC*, il faut souvent obtenir l’aide de nombreux professionnels. Ainsi que le juge en chef Wagner et le juge Moldaver l’ont récemment reconnu au nom d’une Cour unanime, le contrôleur joue un rôle crucial dans une instance introduite sous le régime de la *LACC* : « Le contrôleur est un expert indépendant et impartial qui agit comme [TRADUCTION] “les yeux et les oreilles du tribunal” tout au long de la procédure [. . .] Il a essentiellement pour rôle de donner au tribunal des avis consultatifs sur le caractère équitable de tout plan d’arrangement proposé et sur les ordonnances demandées par les parties, y compris celles portant sur la vente d’actifs et le financement provisoire » (*Callidus Capital*, par. 52, citant *Ernst & Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1, par. 109). Comme l’a dit le juge Morawetz (maintenant juge en chef de la Cour supérieure de justice de l’Ontario), [TRADUCTION] « [o]n ne peut raisonnablement s’attendre à ce que des professionnels prennent le risque de ne pas être payés pour leurs services et à ce que les administrateurs et les dirigeants demeurent en poste s’ils se retrouvent dans une position délicate » (*Timminco*, par. 66).

[29] This Court has similarly found that financing is critical as “case after case has shown that ‘the priming of the DIP facility is a key aspect of the debtor’s ability to attempt a workout’” (*Indalex*, at para. 59, quoting J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), at p. 97). As lower courts have affirmed, “[p]rofessional services are provided, and DIP funding is advanced, in reliance on super-priorities contained in initial orders. To ensure the integrity, predictability and fairness of the CCAA process, certainty must accompany the granting of such super-priority charges” (*First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299, at para. 51 (CanLII)).

[30] Super-priority charges in favour of the monitor, financiers and other professionals are required to derive the most value for the stakeholders. They are beneficial to all creditors, including those whose claims are protected by a deemed trust. The fact that they require super priority is just a part of “[t]he harsh reality . . . that lending is governed by the commercial imperatives of the lenders” (*Indalex*, at para. 59). It does not make commercial sense to act when there is a high level of risk involved. 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, smacks of unfairness. As McLachlin J. (as she then was) said, granting a deemed trust absolute priority where it does not amount to a trust under general principles of law would “defy fairness and common sense” (*British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, at p. 33).

[31] It is therefore clear that, in general, courts supervising a CCAA reorganization have the authority to order super-priority charges to facilitate the restructuring process. Similarly, courts have ensured that the CCAA is given a liberal construction to

[29] Notre Cour a pareillement conclu que le financement est essentiel, étant donné qu’il « a été démontré maintes et maintes fois que [TRADUCTION] “la priorité accordée au financement DE constitue un élément clé de la capacité du débiteur de tenter de conclure un arrangement” » (*Indalex*, par. 59, citant J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), p. 97). Ainsi que les juridictions inférieures l’ont affirmé, [TRADUCTION] « [l]es services professionnels sont fournis et le financement DE est avancé sur la foi des charges super prioritaires contenues dans les ordonnances initiales. Pour assurer l’intégrité, la prévisibilité et l’équité du processus de la LACC, la certitude doit caractériser l’octroi de ces charges super prioritaires » (*First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299, par. 51 (CanLII)).

[30] Pour que les parties prenantes bénéficient d’une valorisation maximale, il est nécessaire de constituer des charges super prioritaires en faveur du contrôleur, des bailleurs de fonds et d’autres professionnels. Ces mesures profitent à l’ensemble des créanciers, y compris ceux dont les créances sont protégées par une fiducie réputée. Le fait qu’ils aient besoin d’une super priorité n’est qu’un des aspects de « [l]a dure réalité [. . .] que l’octroi de prêts est régi par les impératifs commerciaux des prêteurs » (*Indalex*, par. 59). Il n’est pas sensé, au plan commercial, de s’engager en présence d’un risque élevé. Il n’y a rien d’équitable dans la situation où, pour aider une entreprise à se restructurer et à se développer, un contrôleur et des prêteurs s’exposent à des risques, et découvrent par la suite qu’une fiducie réputée prévaut sur l’ensemble des créances. Comme la juge McLachlin (plus tard juge en chef) l’a dit, accorder la priorité absolue à une fiducie réputée — alors qu’elle ne constitue pas une fiducie selon les principes généraux du droit — serait « contrair[e] à l’équité et au bon sens » (*Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24, p. 33).

[31] Il est donc évident qu’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. Dans la même veine, les

fulfill its broad purpose and to prevent this purpose from being neutralized by other statutes: [TRANSLATION] “As the courts have ruled time and again, the purpose of the CCAA and orders made under it cannot be affected or neutralized by another [Act], whether of public order or not” (*Triton Électronique inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 1202, at para. 35 (CanLII)). “This case is not so much about the rights of employees as creditors, but the right of the court under the [CCAA] to serve not the special interests of the directors and officers of the company but the broader constituency referred to in *Chef Ready Foods Ltd. [v. Hongkong Bank of Can. (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.)]* . . . Such a decision may inevitably conflict with provincial legislation, but the broad purposes of the [CCAA] must be served” (*Pacific National Lease Holding*, at para. 28). Courts have been particularly cautious when interpreting security interests so as to ensure that the CCAA’s important purpose can be fulfilled. For instance, in *Chef Ready Foods*, Gibbs J.A. observed that if a bank’s rights under the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, were to be interpreted as being immune from the provisions of the CCAA, then the benefits of CCAA proceedings would be “largely illusory” (p. 92). “There will be two classes of debtor companies: those for whom there are prospects for recovery under the [CCAA]; and those for whom the [CCAA] may be irrelevant dependent upon the whim of the [creditor]” (p. 92). It is important to keep in mind that CCAA proceedings operate for the benefit of the creditors as a group and not for the benefit of a single creditor. Without clear and direct instruction from Parliament, we cannot countenance the possibility that it intended to create a security interest that would limit or eliminate the prospect of reorganization and recovery under the CCAA for some companies. To do so would turn the CCAA into a dead letter. With this in mind, I turn to the specific provision at issue in this appeal.

tribunaux se sont assurés que la LACC reçoive une interprétation libérale pour être capable d’en réaliser l’objectif général tout en évitant que cet objectif ne soit neutralisé par d’autres lois : « Ce que les tribunaux ont décidé à maintes reprises, c’est que la finalité de la LACC et les ordonnances qui en découlent ne sauraient être affectées, ni neutralisées par une autre loi, fut-elle d’ordre public ou non » (*Triton Électronique inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 1202, par. 35 (CanLII)). [TRADUCTION] « L’affaire qui nous occupe concerne moins les droits des employés en tant que créanciers que le droit accordé par la [LACC] au tribunal de servir non pas les intérêts spéciaux des dirigeants et administrateurs de la compagnie, mais l’ensemble plus large d’intéressés dont il est question dans *Chef Ready Foods Ltd. [c. Hongkong Bank of Can. (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.)]* [. . .] Pareille décision risque d’entrer en conflit avec la législation provinciale, mais il faut atteindre les objectifs généraux de la [LACC] » (*Pacific National Lease Holding*, par. 28). Les tribunaux se sont montrés particulièrement vigilants au moment d’interpréter les garanties, pour veiller à ce que l’important objectif de la LACC puisse être réalisé. Par exemple, dans l’arrêt *Chef Ready Foods*, le juge d’appel Gibbs a fait remarquer que, s’il fallait considérer que les droits conférés à une banque par la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46, étaient à l’abri des dispositions de la LACC, les avantages des procédures intentées sous le régime de cette loi seraient [TRADUCTION] « en grande partie illusoirs » (p. 92). « Il y aura deux groupes de compagnies débitrices : celles qui peuvent se rétablir sous le régime de la [LACC], et celles à l’égard de qui la pertinence de la [LACC] varierait selon le caprice du [créancier] » (p. 92). Il importe de garder à l’esprit que ces procédures sont engagées au bénéfice de l’ensemble des créanciers, et non au bénéfice d’un seul d’entre eux. En l’absence de directives claires et expresses, nous ne saurions supposer que le Parlement ait voulu créer une garantie de nature à suggérer que, sous le régime de la LACC, la perspective de réorganisation et de rétablissement de certaines compagnies sera limitée, voire inexistante. La LACC deviendrait alors lettre morte. En gardant ces principes à l’esprit, je me tourne à présent vers la disposition en litige dans la présente affaire.

B. *Nature of the Interest Created by Section 227(4.1) of the ITA*

[32] The Crown argues that, despite the authority a supervising court may have to order super-priority charges, Her Majesty's claim to unremitted source deductions is protected by a deemed trust, and that ordering charges with priority over the deemed trust is contrary to s. 227(4.1) of the *ITA*. To determine whether this is true, we must begin by understanding how the deemed trust comes about.

[33] Section 153(1) of the *ITA* requires employers to withhold income tax from employees' gross pay and forward the amounts withheld to the CRA. When an employer withholds income tax from its employees in accordance with the *ITA*, it assumes its employees' liability for those amounts (s. 227(9.4)). As a result, Her Majesty cannot have recourse to the employees if the employer fails to remit the withheld amounts. Instead, Her Majesty's interest is protected by a deemed trust. Section 227(4) of the *ITA* provides that amounts withheld are deemed to be held separate and apart from the employer's assets and in trust for Her Majesty. If an employer fails to remit the amounts withheld in the manner provided by the *ITA*, s. 227(4.1) extends the trust to all of the employer's assets. In this case, the Debtors failed to remit the amounts withheld to the CRA, bringing s. 227(4.1) into operation.

[34] When a company seeks protection under the *CCAA*, s. 37(1) of the *CCAA* provides that most of Her Majesty's deemed trusts are nullified (unless the property in question would be regarded as held in trust in the absence of the statutory provision creating the deemed trust). However, s. 37(2) of the *CCAA* exempts the deemed trusts created by s. 227(4) and (4.1) of the *ITA* from the nullification provided for in s. 37(1). These deemed trusts continue to operate throughout the *CCAA* process (*Century Services*, at para. 45). In my view, this preservation by the *CCAA* of the deemed trusts created by the *ITA* does not modify the characteristics of these trusts. They

B. *Nature de l'intérêt créé par le paragraphe 227(4.1) de la LIR*

[32] La Couronne soutient que, même si le tribunal de surveillance peut ordonner des charges super prioritaires, la créance de Sa Majesté sur les retenues à la source non versées est protégée par une fiducie réputée, et que la constitution de charges prenant rang devant la fiducie réputée va à l'encontre du par. 227(4.1) de la *LIR*. Pour déterminer le bien-fondé de cette position, il faut d'abord comprendre l'origine de la fiducie réputée.

[33] Le paragraphe 153(1) de la *LIR* oblige les employeurs à retenir l'impôt sur le salaire brut de leurs employés et à transmettre les sommes retenues à l'ARC. L'employeur qui retient l'impôt sur le revenu de ses employés conformément à la *LIR* devient responsable des sommes dues à ce titre par ses employés (par. 227(9.4)). Par conséquent, Sa Majesté ne peut exercer de recours contre les employés si l'employeur fait défaut de verser les montants qu'il a retenus. L'intérêt de Sa Majesté est protégé par une fiducie réputée. Le paragraphe 227(4) de la *LIR* prévoit que les montants retenus sont réputés détenus en fiducie pour Sa Majesté, séparément des propres biens de l'employeur. Si l'employeur fait défaut de verser les retenues conformément aux modalités prévues par la *LIR*, le par. 227(4.1) étend la fiducie à l'ensemble des biens de l'employeur. En l'espèce, les débitrices ont fait défaut de verser les retenues à l'ARC, ce qui a entraîné l'application du par. 227(4.1).

[34] Lorsqu'une compagnie cherche à se prévaloir de la protection de la *LACC*, le par. 37(1) de cette loi prévoit que la plupart des fiducies réputées de Sa Majesté sont annulées (à moins que les biens en question eussent été assimilés à des biens détenus en fiducie même en l'absence de la disposition législative créant la fiducie réputée). Toutefois, le par. 37(2) de la *LACC* soustrait les fiducies réputées créées en vertu des par. 227(4) et (4.1) de la *LIR* à l'annulation prévue au par. 37(1). Ces fiducies réputées continuent de produire leur effet tout au long du processus de la *LACC* (*Century Services*, par. 45). À mon avis, le fait que la *LACC* permet aux fiducies

continue to operate as they would have if the insolvent company had not sought CCAA protection. Therefore, the Crown's arguments must be assessed by reviewing the nature of the interest created by s. 227(4.1) of the *ITA*.

[35] Before doing so, and while it is not strictly speaking required of me given the reasons I set out below, I pause here to clarify the role of s. 6(3) of the CCAA, which provides as follows:

(3) Unless Her Majesty agrees otherwise, the court may sanction a compromise or arrangement only if the compromise or arrangement provides for the payment in full to Her Majesty in right of Canada or a province, within six months after court sanction of the compromise or arrangement, of all amounts that were outstanding at the time of the application for an order under section 11 or 11.02 and that are of a kind that could be subject to a demand under

(a) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* . . .

[36] Section 6(3) merely grants Her Majesty the right to insist that a compromise or arrangement not be sanctioned by a court unless it provides for payment in full to Her Majesty of certain claims within six months after court sanction. Section 6(3) does not say that it modifies the deemed trust created by s. 227(4.1) of the *ITA* in any way, and it comes into operation only at the end of the CCAA process when parties seek court approval of their arrangement or compromise. Section 6(3) also applies to numerous claims that are not protected by the deemed trust, including penalties, interest, withholdings on non-resident dispositions and certain retirement contributions (see ss. 224(1.2) and 227(10.1) of the *ITA*, the latter of which refers to amounts payable under ss. 116, 227(9), (9.2), (9.3), (9.4) and (10.2), Part XII.5 and Part XIII). Equating the deemed trust with the right under s. 6(3) renders s. 37(2) of the CCAA and the deemed trust meaningless. I therefore proceed, as this Court did in *Indalex*, by assessing

réputées créées par la *LIR* de continuer à produire leurs effets 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*. Par conséquent, il faut examiner les arguments de la Couronne en tenant compte de la nature du droit découlant du par. 227(4.1) de la *LIR*.

[35] Mais avant de procéder à cet examen, et bien que cela ne soit pas à proprement parler nécessaire vu les motifs que j'expose ci-dessous, j'ouvre une parenthèse pour clarifier le rôle du par. 6(3) de la *LACC*, dont voici le texte :

(3) Le tribunal ne peut, sans le consentement de Sa Majesté, homologuer la transaction ou l'arrangement qui ne prévoit pas le paiement intégral à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, dans les six mois suivant l'homologation, de toutes les sommes qui étaient dues lors de la demande d'ordonnance visée aux articles 11 ou 11.02 et qui pourraient, de par leur nature, faire l'objet d'une demande aux termes d'une des dispositions suivantes :

a) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* . . .

[36] Le paragraphe 6(3) accorde simplement à Sa Majesté le droit d'insister auprès du tribunal afin qu'il refuse d'homologuer la transaction ou l'arrangement qui ne prévoit pas le paiement intégral de certaines créances de Sa Majesté dans un délai de six mois suivant l'homologation. Le paragraphe 6(3) ne dit pas qu'il modifie la fiducie présumée créée par le par. 227(4.1) de la *LIR* de quelque façon que ce soit, et il 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. Le paragraphe 6(3) s'applique également à de nombreuses créances qui ne sont pas protégées par la fiducie réputée, y compris les pénalités, les intérêts, les retenues sur les dispositions relatives aux non-résidents et certaines cotisations de retraite (voir les par. 224(1.2) et 227(10.1) de la *LIR*, le deuxième faisant état des sommes payables en application de l'art. 116 et des par. 227(9), (9.2), (9.3), (9.4) et (10.2), à la partie XII.5 et à la partie XIII). Assimiler

the interest created by s. 227(4.1) of the *ITA* without regard to the *CCAA* (*Indalex*, at para. 48).

[37] Section 227(4.1) provides:

(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.

(1) Does Section 227(4.1) of the *ITA* Create a Proprietary or Ownership Interest in the Debtor's Assets?

[38] This appeal — like previous appeals to this Court — does not require the Court to exhaustively

la fiducie réputée au droit prévu au par. 6(3) vide de leur sens le par. 37(2) de la *LACC* et la fiducie présumée. La démarche que je vais suivre consiste donc, à l'instar de celle suivie par notre Cour dans l'affaire *Indalex*, à évaluer l'intérêt créé par le par. 227(4.1) de la *LIR* en faisant abstraction de la *LACC* (*Indalex*, par. 48).

[37] Le paragraphe 227(4.1) dispose :

(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.

(1) Le paragraphe 227(4.1) de la *LIR* crée-t-il un intérêt à titre de propriétaire dans l'actif du débiteur?

[38] Le présent pourvoi — comme certains pourvois précédents devant notre Cour — n'oblige pas

define the nature and content of the interest created by s. 227(4.1) of the *ITA* (*Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, and *First Vancouver*). All that is necessary is to determine whether s. 227(4.1) confers upon Her Majesty an interest in the debtor's property that precludes a court from ordering charges with priority over Her Majesty's claim. The Crown argues that s. 227(4.1) does so by giving Her Majesty a proprietary interest in the debtor's assets, which "causes those assets to become the property of the Crown" (A.F., at para. 46). The Crown rests this argument on the wording of the section. First, it says that property equal in value to the amount deemed to be held in trust by a person is deemed to be held "separate and apart from the property of the person". Second, it says that the property deemed to be held in trust is deemed "to form no part of the estate or property of the person". Third, it says that the property deemed to be held in trust "is property beneficially owned by Her Majesty notwithstanding any security interest in such property". The Crown submits that, as a result of Her Majesty's proprietary interest, amounts subject to the deemed trust cannot be considered assets of the debtor in *CCAA* proceedings.

[39] In order to determine whether s. 227(4.1) confers a proprietary or ownership interest upon Her Majesty, we must look at the nature of the rights afforded to Her Majesty by the deemed trust and compare them to the rights ordinarily afforded to an owner. To begin with, it is clear that the statute does not purport to transfer legal title to any property to Her Majesty. Instead, the Crown's argument places considerable weight on the common law meaning of the words "beneficially owned by Her Majesty" and "in trust". Trusts and beneficial ownership are equitable concepts that are part of the common law. As in all cases of statutory interpretation, the meaning of these words is a question of parliamentary intent. In the interpretation of a federal statute that uses concepts of property and civil rights, reference

la Cour à définir de façon exhaustive la nature et le contenu de l'intérêt créé par le par. 227(4.1) de la *LIR* (*Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, et *First Vancouver*). Il suffit de déterminer si le par. 227(4.1) confère à Sa Majesté un intérêt dans les actifs du débiteur de nature à empêcher un tribunal d'ordonner des charges ayant priorité sur la réclamation de Sa Majesté. La Couronne soutient que c'est ce que fait le par. 227(4.1) en accordant à Sa Majesté un intérêt à titre de propriétaire dans les actifs du débiteur, de sorte que [TRADUCTION] « ces actifs deviennent des biens de la Couronne » (m.a., par. 46). L'argument de la Couronne repose sur le libellé de la disposition. Premièrement, elle affirme que des biens d'une valeur égale au montant réputé détenu en fiducie par une personne sont réputés détenus « séparés des propres biens de la personne ». Deuxièmement, elle affirme que les biens qui sont réputés détenus en fiducie sont réputés « ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne ». Troisièmement, elle fait valoir que les biens qui sont réputés détenus en fiducie « sont des biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire malgré toute autre garantie sur ces biens ». La Couronne soutient qu'en raison de l'intérêt que possède Sa Majesté à titre de propriétaire, les montants assujettis à la fiducie réputée ne peuvent être considérés comme des actifs du débiteur dans le cadre de procédures intentées sous le régime de la *LACC*.

[39] Afin de déterminer si le par. 227(4.1) confère à Sa Majesté un intérêt à titre de propriétaire, il nous faut examiner la nature des droits que la fiducie réputée confère à Sa Majesté et comparer ces droits à ceux habituellement accordés à un propriétaire. D'entrée de jeu, il est évident que la loi ne vise pas à transférer à Sa Majesté le titre en common law de quelque bien que ce soit. Au soutien de sa thèse, la Couronne table beaucoup sur le sens que la common law donne aux termes « biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire » et « en fiducie ». La fiducie et la propriété bénéficiaire sont des concepts d'equity qui font partie de la common law. Comme pour tous les cas d'interprétation des lois, le sens de ces termes dépend de l'intention du législateur. Dans l'interprétation d'une loi fédérale

must be had to ss. 8.1 and 8.2 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21. These sections provide:

8.1 Both the common law and the civil law are equally authoritative and recognized sources of the law of property and civil rights in Canada and, unless otherwise provided by law, if in interpreting an enactment it is necessary to refer to a province's rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights, reference must be made to the rules, principles and concepts in force in the province at the time the enactment is being applied.

8.2 Unless otherwise provided by law, when an enactment contains both civil law and common law terminology, or terminology that has a different meaning in the civil law and the common law, the civil law terminology or meaning is to be adopted in the Province of Quebec and the common law terminology or meaning is to be adopted in the other provinces.

[40] In other words, where Parliament uses a private law expression and is silent as to its meaning, courts must refer to the applicable provincial private law. This is known as the principle of complementarity. However, as both these sections also make clear, Parliament is free to derogate from provincial private law and create a uniform rule across all provinces (see R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 158-59).

[41] In this case, Parliament has expressly chosen to dissociate itself from provincial private law. Section 227(4.1) says that it operates “[n]otwithstanding 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”. In *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond v. Canada*, 2009 SCC 29, [2009] 2 S.C.R. 94, the majority found that, through these words, Parliament has created a standalone scheme of uniform application across all provinces (paras. 11-13). The nature of the deemed trust created by s. 227(4.1) must thus be understood on its own terms.

qui fait appel à des notions de propriété et de droits civils, il faut se référer aux art. 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21. Ces articles sont ainsi libellés :

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

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

[40] En d'autres termes, lorsque le législateur utilise une expression de droit privé et qu'il n'en précise pas le sens, les tribunaux doivent se référer au droit privé provincial applicable. C'est ce qu'on appelle le principe de complémentarité. Toutefois, comme ces deux articles l'indiquent clairement, il est loisible au législateur de déroger au droit privé provincial et de créer une règle uniforme applicable dans toutes les provinces (voir R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 158-159).

[41] En l'espèce, le législateur a délibérément choisi de se dissocier du droit privé provincial. Le paragraphe 227(4.1) indique qu'il s'applique « [m]algré 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 ». Dans l'arrêt *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94, la majorité a conclu que, par ces termes, le législateur a créé un régime autonome d'application uniforme dans toutes les provinces (par. 11-13). La nature de la fiducie réputée créée par le par. 227(4.1) doit donc être comprise d'après les termes de cette disposition.

[42] With that said, it is also clear that Parliament has chosen to use terms with established legal meanings in constructing the deemed trust. While the meaning of these terms is not to be based on their precise meaning under Alberta common law, it is difficult to attempt to understand s. 227(4.1) without any reference to how these concepts generally operate. Despite the protestations of my colleagues Justices Brown and Rowe, I do not see how we could begin to understand the meaning of the words “deemed trust”, “held in trust” or “beneficially owned” without reference to the civil law or common law. The law of trusts in both civil law and common law thus provides critical context for understanding Parliament’s intent. From a civil law perspective, some courts have found it awkward to apply the idea of beneficial ownership under s. 227(4.1) in Quebec “on the ground that it is a concept that is obviously derived from the common law” (*Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d’Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31, at para. 48). I agree with the following observation by Noël J.A. (as he then was):

It is not the task of the judiciary to determine whether it is appropriate for Parliament to use common law concepts in Quebec (or to use civil law concepts elsewhere in Canada) for the purpose of giving effect to federal legislation. The task of the courts is limited to discovering Parliament’s intention and giving effect to it. [para. 49]

[43] Under Quebec civil law, it is clear that s. 227(4.1) does not establish a trust within the meaning of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”). Articles 1260 and 1261 C.C.Q. provide the following:

1260. A trust results from an act whereby a person, the settlor, transfers property from his patrimony to another patrimony constituted by him which he appropriates to a particular purpose and which a trustee undertakes, by his acceptance, to hold and administer.

1261. The trust patrimony, consisting of the property transferred in trust, constitutes a patrimony by appropriation, autonomous and distinct from that of the settlor, trustee or beneficiary and in which none of them has any real right.

[42] Cela dit, il est également clair que le législateur a choisi d’employer des termes qui possèdent une signification juridique bien établie pour constituer la fiducie réputée. Bien que le sens de ces termes ne doive pas être fondé sur le sens précis qu’ils ont selon la common law de l’Alberta, on peut difficilement analyser le par. 227(4.1) sans tenir compte de la façon dont ces concepts opèrent généralement. Malgré les protestations de mes collègues les juges Brown et Rowe, je ne vois pas comment l’on pourrait chercher à comprendre le sens des mots « fiducie réputée », « détenus en fiducie » ou « droit de bénéficiaire » sans tenir compte du droit civil ou de la common law. Le droit des fiducies tant en droit civil qu’en common law fournit donc un contexte essentiel pour comprendre la volonté de législateur. Du point de vue du droit civil, certains tribunaux ont trouvé difficile d’appliquer au Québec le concept de « droit de bénéficiaire » énoncé au par. 227(4.1), « au motif qu’il s’agit d’un concept évidemment issu de la common law » (*Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d’Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31, par. 48). Je souscris à la remarque suivante du juge Noël (maintenant juge en chef) :

La question de savoir s’il est opportun pour le législateur fédéral d’utiliser au Québec des concepts de common law (ou d’utiliser ailleurs au Canada des concepts de droit civil) pour donner effet aux lois fédérales ne relève pas du pouvoir judiciaire. La tâche des tribunaux se limite à déceler l’intention du législateur et [à] y donner effet. [par. 49]

[43] En droit civil québécois, il est clair que le par. 227(4.1) ne crée pas de fiducie au sens du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »). Les articles 1260 et 1261 C.c.Q. prévoient ce qui suit :

1260. La fiducie résulte d’un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu’il constitue, des biens qu’il affecte à une fin particulière et qu’un fiduciaire s’oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.

1261. Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d’affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d’entre eux n’a de droit réel.

As this Court held in *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, 2004 SCC 29, [2004] 1 S.C.R. 758, at para. 31, “[t]hree requirements must therefore be met in order for a trust to be constituted [under Quebec civil law]: property must be transferred from an individual’s patrimony to another patrimony by appropriation; the property must be appropriated to a particular purpose; and the trustee must accept the property.”

[44] Under s. 227(4.1) of the *ITA*, however, no specific property is transferred to a trust patrimony. Indeterminacy remains as to which assets are subject to the deemed trust, *ergo*, as to which assets left the settlor’s patrimony and entered the trust’s patrimony. Although s. 227(4.1) provides 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”, this is not sufficient to constitute an autonomous patrimony such as the one contemplated by the civilian trust regime. It flows from the autonomous nature of the trust patrimony that assets held in trust must be property in which none of the settlor, trustee or beneficiary has any property right. But this runs afoul of the interest created by s. 227(4.1), because nothing in that provision deprives the person whose assets are subject to a deemed trust of property rights in these assets. Therefore, the main element of a civilian trust is absent in the deemed trust established by s. 227(4.1): there is no autonomous patrimony to which specific property is transferred.

[45] Furthermore, under s. 227(4.1), the person whose assets are subject to the deemed trust would act as trustee. Again, this is inconsistent with the definition of a trustee in civil law. The person whose assets are subject to a deemed trust pursuant to s. 227(4.1) does not “undertak[e], by his acceptance, to hold and administer” a trust patrimony (art. 1260 *C.C.Q.*). But most importantly, the fact that assets subject to the deemed trust are indeterminate makes the trustee’s role effectively impossible to play. The *C.C.Q.* provides that the trustee “has the control and the exclusive administration of the trust patrimony” and “acts as the administrator of the property of others charged with full administration” (art. 1278).

Comme l’a statué notre Cour dans *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 R.C.S. 758, par. 31, « [t]rois conditions sont donc nécessaires pour la constitution d’une fiducie [en droit civil québécois] : le transfert de biens du patrimoine d’une personne à un patrimoine d’affectation, l’affectation des biens à une fin particulière et l’acceptation par un fiduciaire. »

[44] Toutefois, selon le par. 227(4.1) de la *LIR*, aucun bien précis n’est transféré au patrimoine fiduciaire. L’incertitude demeure quant aux biens assujettis à la fiducie réputée et, partant, quant aux actifs qui ont quitté le patrimoine du constituant pour entrer dans celui de la fiducie. Bien que le par. 227(4.1) 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 », cela ne suffit pas pour constituer un patrimoine autonome tel que celui envisagé par le régime civiliste de fiducie. Il découle du caractère autonome du patrimoine fiduciaire que les actifs détenus en fiducie doivent être des biens sur lesquels ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire n’a de droit de propriété. Cela va toutefois à l’encontre de l’intérêt créé en vertu du par. 227(4.1), parce que rien dans cette disposition ne prive la personne dont les actifs sont sujets à une fiducie réputée de droits de propriété sur ces actifs. Par conséquent, on ne retrouve pas l’élément principal d’une fiducie civiliste dans la fiducie réputée créée en application du par. 227(4.1) : il n’existe aucun patrimoine autonome auquel sont transférés des biens précis.

[45] En outre, selon le par. 227(4.1), la personne dont les actifs sont assujettis à la fiducie réputée agirait comme fiduciaire. Là encore, cela ne cadre pas avec la définition d’un fiduciaire en droit civil. La personne dont les actifs sont assujettis à une fiducie réputée en application du par. 227(4.1) ne « s’oblige [pas], par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer » le patrimoine fiduciaire (art. 1260 *C.c.Q.*). Mais plus important encore, le fait que les actifs assujettis à la fiducie réputée sont indéterminés empêche carrément le fiduciaire de jouer son rôle. Aux termes du *C.c.Q.*, celui-ci « a la maîtrise et l’administration exclusive du patrimoine fiduciaire » et « exerce tous les droits afférents au

Thus, the trustee under s. 227(4.1) would be required to administer its own property — or at least an indefinite part of it — in the interest of Her Majesty (art. 1306 *C.C.Q.*). The trustee would be subject to obligations impossible to fulfill, such as the obligation not to mingle the administered property with its own (art. 1313 *C.C.Q.*). Obviously, one cannot act as an administrator of the property of others with respect to one's own property. It is therefore clear that the interest created by s. 227(4.1) has little, if anything, in common with the trust in civil law.

[46] In the common law, a trust arises when legal ownership and beneficial ownership of a particular property are separated (see *Valard Construction Ltd. v. Bird Construction Co.*, 2018 SCC 8, [2018] 1 S.C.R. 224, at para. 18). “Because a trust divides legal and beneficial title to property between a trustee and a beneficiary, respectively, the ‘hallmark’ characteristic of a trust is the fiduciary relationship existing between the trustee and the beneficiary, by which the trustee is to hold the trust property solely for the beneficiary’s enjoyment” (para. 17 (footnote omitted)). As Rothstein J. wrote, because of this fiduciary relationship, “[t]he beneficial owner of property has been described as ‘the real owner of property even though it is in someone else’s name’” (*Pecore v. Pecore*, 2007 SCC 17, [2007] 1 S.C.R. 795, at para. 4, quoting *Csak v. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567 (Ont. H.C.J.), at p. 570).

[47] While the precise rights given to a beneficial owner may vary according to the terms of the trust and the principles of equity, I agree with the Crown that, where this type of interest exists, it will generally be inappropriate for the supervising judge to order a super-priority charge over the property subject to the interest, although the broad power conferred on the court by s. 11 of the *CCAA* would enable it to do so. Property held in trust cannot be said to belong to the trustee because “in equity, it belongs to another person” (*Henfrey*, at p. 31). However, a close

patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l’affectation » (art. 1278). Ainsi, le fiduciaire visé au par. 227(4.1) serait tenu d’administrer ses propres biens — ou à tout le moins une partie indéterminée de ceux-ci — dans l’intérêt de Sa Majesté (art. 1306 *C.c.Q.*). Le fiduciaire serait assujéti à des obligations impossibles à remplir, comme celle de ne pas confondre les biens administrés avec ses propres biens (art. 1313 *C.c.Q.*). De toute évidence, une personne ne saurait agir en tant qu’administrateur des biens d’autrui à l’égard de ses propres biens. Il est donc clair que l’intérêt créé en vertu du par. 227(4.1) n’a pas grand-chose, sinon rien, en commun avec la fiducie en droit civil.

[46] En common law, une fiducie est constituée lorsque la propriété en common law et la propriété bénéficiaire d’un bien en particulier sont dissociées (voir *Valard Construction Ltd. c. Bird Construction Co.*, 2018 CSC 8, [2018] 1 R.C.S. 224, par. 18). « Étant donné que la fiducie divise le titre de propriété en common law et le titre bénéficiaire sur un bien entre un fiduciaire et un bénéficiaire, respectivement, la caractéristique [TRADUCTION] “distinctive” d’une fiducie réside dans la relation fiduciaire qui existe entre le fiduciaire et le bénéficiaire et suivant laquelle le premier doit détenir les biens en fiducie uniquement pour que le second puisse en jouir » (par. 17 (note en bas de page omise)). Ainsi que le juge Rothstein l’a écrit, du fait de cette relation fiduciaire, « [l]e propriétaire bénéficiaire d’un bien est [TRADUCTION] “le véritable propriétaire du bien même si ce dernier n’est pas à son nom” » (*Pecore c. Pecore*, 2007 CSC 17, [2007] 1 R.C.S. 795, par. 4, citant *Csak c. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567 (H.C.J. Ont.), p. 570).

[47] Bien que les droits précis conférés au propriétaire bénéficiaire puissent varier selon les modalités de la fiducie et les principes d’équité, je suis d’accord avec la Couronne pour dire que, lorsque la propriété bénéficiaire existe, il n’est généralement pas indiqué que le juge surveillant grève d’une charge super prioritaire les biens faisant l’objet de l’intérêt, encore que le vaste pouvoir conféré au tribunal par l’art. 11 de la *LACC* lui permettrait de le faire. On ne peut pas dire que les biens détenus en fiducie appartiennent au fiduciaire parce qu’« en *equity*, ils appartiennent

examination of the nature of the interest created by s. 227(4.1) of the *ITA* reveals that it does not create this type of interest because “[t]he employer is not actually required to hold the money separate and apart, the usual fiduciary obligations of a trustee are absent, and the trust exists without a *res*. The law of tracing is similarly corrupted” (R. J. Wood and R. T. G. Reeson, “The Continuing Saga of the Statutory Deemed Trust: *Royal Bank v. Tuxedo Transportation Ltd.*” (2000), 15 *B.F.L.R.* 515, at p. 532). In other words, the key attributes that allow the common law to refer to beneficial ownership as being a proprietary interest are missing.

[48] According to the common law understanding of a trust, the legal owner or trustee owes a fiduciary duty to the equitable owner or beneficiary. The fiduciary relationship impresses the office of trustee with three fundamental duties: the trustee must act honestly and with reasonable skill and prudence, the trustee cannot delegate the office, and the trustee cannot personally profit from its dealings with the trust property or its beneficiaries (see *Valard*, at para. 17). This severely restricts what the trustee may do with trust property and creates a relationship significantly different from the one between a debtor and a creditor. For instance, while a debtor may attempt to reduce its debt or reach a compromise, a trustee cannot, since it must always act in the best interest of the beneficiary and cannot consider its own interests. Similarly, while a debtor is liable to a creditor until the debt is repaid, a trustee is not liable to a beneficial owner where property is lost, unless it was lost through a breach of the standard of care owed (see E. E. Gillese, *The Law of Trusts* (3rd ed. 2014), at p. 14). In the case of the deemed trust, however, Parliament did not create such a fiduciary relationship. Parliament expressly contemplated a potential compromise between Her Majesty and the debtor in s. 6(3) of the *CCAA*. In addition, the terms of the *ITA* do not require that the debtor actually keep the property subject to the deemed trust separate and use it solely for the benefit of Her Majesty. In fact, Her Majesty does not enjoy the benefit of Her interest in the property while the property is held by

à une autre personne » (*Henfrey*, p. 31). Toutefois, un examen attentif de la nature de l’intérêt créé par le par. 227(4.1) de la *LIR* révèle que ce dernier ne crée pas de propriété bénéficiaire parce que [TRANSDUCTION] « [l]’employeur n’est pas réellement tenu de détenir l’argent séparément, les obligations fiduciaires habituelles d’un fiduciaire sont absentes et la fiducie n’est associée à aucun bien spécifique. Le droit de retraçage s’en trouve lui aussi vicié » (R. J. Wood et R. T. G. Reeson, « The Continuing Saga of the Statutory Deemed Trust : *Royal Bank v. Tuxedo Transportation Ltd.* » (2000), 15 *B.F.L.R.* 515, p. 532). En d’autres termes, on ne retrouve pas les caractéristiques essentielles qui permettent en common law de qualifier la propriété bénéficiaire d’intérêt à titre de propriétaire.

[48] Selon la conception que l’on se fait de la fiducie en common law, le propriétaire en common law ou le fiduciaire a une obligation fiduciaire envers le propriétaire en equity ou envers le propriétaire bénéficiaire. La relation fiduciaire attribue à la charge de fiduciaire trois devoirs fondamentaux : le fiduciaire doit agir honnêtement et de façon habile et prudente; le fiduciaire ne peut déléguer sa charge à autrui et le fiduciaire ne peut tirer un avantage personnel des opérations qu’il mène à l’égard des biens de la fiducie ou de ses rapports avec ses bénéficiaires (voir *Valard*, par. 17). Cela limite considérablement la marge de manœuvre du fiduciaire à l’égard des biens visés par la fiducie et crée une relation très différente de celle qui existe entre un débiteur et un créancier. Par exemple, si un débiteur peut chercher à réduire sa dette ou à trouver un compromis, un fiduciaire doit toujours agir dans l’intérêt supérieur du bénéficiaire et ne peut tenir compte de ses propres intérêts. De même, alors que le débiteur est redevable envers le créancier tant qu’il n’a pas remboursé sa dette, le fiduciaire n’est pas redevable envers le propriétaire bénéficiaire en cas de perte des biens, à moins que cette perte ne soit attribuable à l’inobservation de la norme de diligence à laquelle il était tenu (voir E. E. Gillese, *The Law of Trusts* (3^e éd. 2014), p. 14). Dans le cas de la fiducie réputée, cependant, le législateur n’a pas créé une telle relation fiduciaire. Il a explicitement envisagé un compromis potentiel entre Sa Majesté et le débiteur au par. 6(3) de la *LACC*. En outre, le libellé de la *LIR* n’oblige pas le débiteur à

the debtor. Instead, Parliament contemplated that the debtor would continue to use and dispose of the property subject to the trust for its own business purposes (see *First Vancouver*, at paras. 42-46).

[49] Another core attribute of beneficial ownership is certainty as to the property that is subject to the trust (see Gillese, at p. 39). Many deemed trusts fail to provide for certainty of subject matter. For instance, in *Henfrey*, the Court considered the deemed trust created by the British Columbia *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388. Like s. 227(4.1) of the *ITA*, the *Social Service Tax Act* provided that tax collected but not remitted was deemed to be held in trust for Her Majesty. It further provided that unremitted amounts were deemed to be held separate and apart from and form no part of the assets or estate of the tax collector. While McLachlin J. found that the property was identifiable at the time the tax was collected, she noted that “[t]he difficulty in this, as in most cases, is that trust property soon ceases to be identifiable. The tax money is mingled” (p. 34). Therefore, she concluded that there was no trust under general principles of equity. The legislature’s attempt to resolve this problem by deeming the amounts to be separate from and form no part of the tax debtor’s property was merely a tacit acknowledgment that “the reality is that after conversion the statutory trust bears little resemblance to a true trust. There is no property which can be regarded as being impressed with a trust” (p. 34).

[50] In *First Vancouver*, this Court examined the nature of the interest created by s. 227(4.1) of the *ITA*. Writing for the Court, Iacobucci J. held that this provision creates a charge which “is in principle similar to a floating charge over all the assets of the tax debtor in the amount of the default” (para. 40). He concluded that Parliament specifically intended to create a charge with fluidity, a charge that could

scinder effectivement les biens assujettis à la fiducie réputée et à les utiliser uniquement au profit de Sa Majesté. En fait, Sa Majesté ne bénéficie pas de l’intérêt qu’elle possède dans le bien tant que celui-ci est détenu par le débiteur. Le législateur a plutôt envisagé que le débiteur continuerait à utiliser et à aliéner les biens assujettis à la fiducie à ses propres fins commerciales (voir *First Vancouver*, par. 42-46).

[49] Une autre caractéristique essentielle de la propriété bénéficiaire est la certitude quant aux biens assujettis à la fiducie (voir Gillese, p. 39). Bon nombre de fiducies réputées ne satisfont pas au critère de la certitude quant à l’objet. Par exemple, dans l’affaire *Henfrey*, la Cour examinait une fiducie réputée créée en vertu de la *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, de la Colombie-Britannique. À l’instar du par. 227(4.1) de la *LIR*, la *Social Service Tax Act* prévoyait que l’impôt perçu, mais non versé, était réputé détenu en fiducie pour Sa Majesté. Elle prévoyait également que les montants non versés étaient réputés détenus séparément et ne pas faire partie du patrimoine ou des biens du percepteur d’impôt. Bien que la juge McLachlin ait conclu que le bien en fiducie était identifiable au moment de la perception de la taxe, elle a souligné que « [l]a difficulté que présente l’espèce, qui est la même que dans la plupart des autres cas, vient de ce que le bien en fiducie cesse bientôt d’être identifiable. Le montant de la taxe est confondu avec d’autres sommes » (p. 34). Elle a donc conclu qu’il n’y avait pas de fiducie selon les principes généraux de l’équité. La tentative de la législature de résoudre ce problème en déclarant que ce montant serait réputé détenu séparément du patrimoine du débiteur fiscal n’était qu’une reconnaissance tacite du fait qu’« en réalité, après l’affectation de la somme, la fiducie légale ressemble peu à une fiducie véritable. Il n’y a pas de bien qu’on puisse considérer comme sujet à la fiducie » (p. 34).

[50] Dans l’affaire *First Vancouver*, notre Cour s’est penchée sur la nature de l’intérêt créé par le par. 227(4.1) de la *LIR*. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Iacobucci a conclu que cette disposition crée une charge « s’apparentant, sur le plan des principes, à une charge flottante grevant, jusqu’à concurrence du montant en souffrance, l’ensemble des éléments d’actif du débiteur fiscal » (par. 40). Il

readily float over all of the debtor's assets rather than attach to a particular one (para. 33). Parliament's intention was to capture any property that comes into the possession of the tax debtor whilst simultaneously allowing any asset to be alienated and the proceeds of disposition to be captured (para. 5).

[51] This lack of certainty as to the subject matter of the trust is even starker in the present case than in *Henfrey* or in *Sparrow Electric*, where there was certainty as to the assets until they were mingled. Section 227(4.1) purports to bring all assets owned by the debtor within its reach. Despite the wording of the section, this interest — one of the same nature as a “floating charge” — has no particular property to which it attaches. Without certainty of subject matter, equity cannot know which property the debtor has a fiduciary obligation to maintain in the beneficiary's interest and thus “[t]he notion of a trust without a *res* simply cannot be made sensible or coherent” (Wood and Reeson, at pp. 532-33 (footnote omitted); see also *Sparrow Electric*, at para. 31).

[52] Parliament's decision to avoid certainty of subject matter was an intentional modification to the deemed trust following this Court's decision in *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 1182. In *Dauphin Plains*, the Court refused to enforce Her Majesty's claim because the Crown had failed to establish that the moneys purported to be deducted actually existed or were kept in such a way as to be traceable (p. 1197). Traceability is another key aspect of a beneficial interest, since it allows the beneficial owner to enjoy the benefits of ownership, such as income from the property. It also ensures that the beneficial owner is responsible for the costs of ownership. By choosing not to attach Her Majesty's claim to any particular asset, Parliament has protected Her Majesty from the risks associated with asset ownership, including damage, depreciation and loss. I agree with Gonthier J., who, speaking of the predecessor to s. 227(4.1) (albeit in dissent), said

a conclu que le législateur souhaitait expressément créer une charge qui se caractériserait par une certaine fluidité et qui grèverait d'emblée la totalité des biens du débiteur plutôt qu'un bien en particulier (para. 33). L'intention du législateur était de viser tout bien se retrouvant en la possession du débiteur fiscal tout en permettant à ce dernier de se départir de tout bien et d'assujettir à la fiducie réputée le produit de la disposition de ce bien (para. 5).

[51] Cette incertitude quant à l'objet de la fiducie est encore plus frappante en l'espèce que dans l'affaire *Henfrey* ou dans l'affaire *Sparrow Electric*, où il y avait certitude quant aux biens jusqu'au moment où ils avaient été confondus avec d'autres biens. Le paragraphe 227(4.1) a vocation de faire entrer dans son champ d'application tous les biens appartenant au débiteur. Malgré le libellé de la disposition, cet intérêt — qui participe de la nature d'une « charge flottante » — n'est associé à aucun bien spécifique. Sans certitude quant à l'objet, l'equity ne peut savoir sur quels biens porte l'obligation fiduciaire du débiteur stipulée au profit du bénéficiaire, de sorte qu'on [TRANSLATION] « ne peut tout simplement pas justifier l'idée d'une fiducie qui n'est associée à aucun bien précis » (Wood et Reeson, p. 532-533 (note en bas de page omise); voir aussi *Sparrow Electric*, par. 31).

[52] La décision du législateur de dispenser de l'obligation de démontrer la certitude quant à l'objet est une modification intentionnelle qu'il a apportée à la fiducie réputée à la suite de la décision rendue par notre Cour dans *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182. Dans l'arrêt *Dauphin Plains*, la Cour a refusé de rendre exécutoire la réclamation de Sa Majesté parce que la Couronne n'avait pas établi que les sommes censées être retenues existaient bel et bien ou qu'elles avaient été conservées de façon à pouvoir être retracées (p. 1197). La possibilité de retracer l'origine des biens est un autre aspect essentiel de l'intérêt bénéficiaire puisqu'elle permet au propriétaire bénéficiaire de profiter des avantages de la propriété, comme les revenus tirés du bien. Elle garantit également que le propriétaire bénéficiaire est responsable des coûts de la propriété. En décidant de n'associer la créance de Sa Majesté à aucun bien en particulier, le législateur a protégé Sa Majesté des risques que comporte la

that “this subsection is antithetical to tracing in the traditional sense, to the extent that it requires no link at all between the subject matter of the trust and the fund or asset which the subject matter is being traced into” (*Sparrow Electric*, at para. 37). Had Parliament wanted to confer a beneficial ownership interest upon Her Majesty, it would have had to impose these associated risks as well.

[53] For the same reason as in *Henfrey*, the statement that property is deemed to be removed from the debtor’s estate is equally ineffective at preventing a judge from ordering super priorities over the debtor’s property. Because the deemed trust does not attach to specific property and the debtor remains free to alienate any of its assets, no property is actually removed from the debtor’s estate.

[54] This interpretation is supported by the existence of s. 227(4.2) of the *ITA*, which specifically anticipates other interests taking priority over the deemed trust (something that would be impossible if there were an ownership interest). It states that “[f]or the purposes of subsections 227(4) and 227(4.1), a security interest does not include a prescribed security interest”. In the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, s. 2201(1), the Governor in Council has defined “prescribed security interest” as a registered mortgage “that encumbers land or a building, where the mortgage is registered . . . before the time the amount is deemed to be held in trust by the person”. Therefore, in certain situations, mortgage holders take priority over Her Majesty.

[55] I reiterate that, without specific property to attach to, there can be no trust. The fact that s. 227(4.1) specifically anticipates that the character of assets will change over time and automatically releases any assets that the debtor chooses to alienate from the deemed trust means that Parliament had in mind something different from beneficial ownership in the

propriété d’un bien, y compris l’endommagement, la dépréciation et la perte. Je suis d’accord avec le juge Gonthier, qui (même s’il était dissident), déclarait au sujet du prédécesseur du par. 227(4.1) : « . . . ce paragraphe est à l’opposé du sens traditionnel du mot “retracer”, dans la mesure où il ne nécessite aucun lien entre l’objet de la fiducie et le fonds ou l’actif auquel on rattache cet objet . . . » (*Sparrow Electric*, par. 37). Mais, si le législateur avait voulu conférer un intérêt de propriété bénéficiaire à Sa Majesté, il lui aurait fallu aussi faire supporter à cette dernière les risques qui y sont associés.

[53] Pour la même raison que dans l’affaire *Henfrey*, l’énoncé selon lequel des biens sont réputés soustraits au patrimoine du débiteur est tout aussi inefficace pour empêcher un juge de grever les biens du débiteur de charges super prioritaires. Puisque la fiducie réputée n’est associée à aucun bien spécifique, et que le débiteur reste libre d’aliéner n’importe lequel de ses biens, aucun bien n’est soustrait en fait de son patrimoine.

[54] Cette interprétation est appuyée par l’existence du par. 227(4.2) de la *LIR*, qui prévoit expressément que d’autres intérêts prennent rang devant la fiducie réputée (ce qui serait impossible s’il existait un intérêt à titre de propriétaire). Il dispose que « [p]our l’application des paragraphes (4) et (4.1), n’est pas une garantie celle qui est visée par règlement ». Dans le *Règlement de l’impôt sur le revenu*, C.R.C., c. 945, par. 2201(1), le gouverneur en conseil a défini comme suit la garantie visée par règlement : « . . . hypothèque garantissant l’exécution d’une obligation de la personne qui greve un fonds de terre ou un bâtiment, à condition que l’hypothèque soit enregistrée [. . .] avant le moment où la personne est réputée détenir le montant en fiducie ». Par conséquent, dans certaines situations, les créanciers hypothécaires ont priorité sur Sa Majesté.

[55] Je répète qu’il ne peut y avoir de fiducie si aucun bien précis n’y est associé. Le fait que le par. 227(4.1) prévoit expressément que la nature des biens change avec le temps, et ce, indépendamment des biens que le débiteur choisit de soustraire à la fiducie réputée, démontre que le législateur avait autre chose en tête que la propriété bénéficiaire au sens où

common law sense of the word. I tend to agree with Noël J.A.’s assessment of s. 227(4.1): “The deemed trust mechanism, whether applied in Quebec or elsewhere, effectively creates in favour of the Crown a security interest . . .” (*Caisse populaire d’Amos*, at para. 46).

[56] Other scholars agree that s. 227(4.1) “merely secures payment or performance of an obligation” (R. J. Wood, “Irresistible Force Meets Immovable Object: *Canada v. Canada North Group Inc.*” (2020), 63 *Can. Bus. L.J.* 85, at p. 95; see also A. Duggan and J. Ziegel, “Justice Iacobucci and the Canadian Law of Deemed Trusts and Chattel Security” (2007), 57 *U.T.L.J.* 227, at pp. 245-46). Wood and Reeson reach the particularly damning conclusion that “[t]he concept of a trust is used in the legislation, but in virtually every respect the characteristics of a trust are lacking” and thus “the use of inappropriate legal concepts” has led to the creation of a “statutory provision [that] is deeply flawed” (pp. 531-32). They “suspec[t] that the intention of the drafters was that Revenue Canada should obtain a charge on all the assets of the debtor”, and they state that “the statutory deemed trust is nothing more than a legislative mechanism that is intended to create a non-consensual security interest in the assets of the employer” (p. 533).

[57] Nonetheless, for our purposes it is not necessary to conclusively determine whether the interest created by s. 227(4.1) should be characterized as a security interest. What is clear is that s. 227(4.1) does not create a beneficial interest that can be considered a proprietary interest. Like the deemed trust at issue in *Henfrey*, it “does not give [the Crown] the same property interest a common law trust would” (p. 35). 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. Therefore, I do not accept the Crown’s argument that Her Majesty has a proprietary interest in a debtor’s property that is adequate to prevent the exercise of a

l’entend la common law. Je suis portée à souscrire à l’avis du juge Noël sur le par. 227(4.1) : « Le mécanisme de la fiducie réputée, qu’il soit appliqué au Québec ou ailleurs, a comme effet de créer en faveur de la Couronne une garantie . . . » (*Caisse populaire d’Amos*, par. 46).

[56] D’autres universitaires sont d’accord pour dire que le par. 227(4.1) [TRADUCTION] « garantit simplement le paiement ou l’exécution d’une obligation » (R. J. Wood, « Irresistible Force Meets Immovable Object : *Canada v. Canada North Group Inc.* » (2020), 63 *Rev. can. dr. comm.* 85, p. 95; voir aussi A. Duggan et J. Ziegel, « Justice Iacobucci and the Canadian Law of Deemed Trusts and Chattel Security » (2007), 57 *U.T.L.J.* 227, p. 245-246). Wood et Reeson en arrivent à la conclusion particulièrement accablante que [TRADUCTION] « [l]a loi utilise le concept de fiducie, mais à presque tous les égards, les caractéristiques de la fiducie sont absentes », de sorte que « le recours à des concepts juridiques inadaptés » a mené à la création d’une « disposition législative profondément déficiente » (p. 531-532). Ils [TRADUCTION] « soupçonne[nt] que l’intention des rédacteurs était que Revenu Canada se voit conférer une charge grevant l’ensemble du patrimoine du débiteur », et ajoutent que « la fiducie réputée créée par la loi n’est rien de plus qu’un mécanisme législatif visant à créer une garantie non consensuelle grevant les biens de l’employeur » (p. 533).

[57] Néanmoins, pour nos besoins, il n’est pas nécessaire de trancher de façon définitive la question de savoir si l’intérêt créé par le par. 227(4.1) doit être qualifié de garantie. Ce qui est clair, en revanche, c’est que le par. 227(4.1) ne crée pas un droit de bénéficiaire qui peut être considéré comme un intérêt à titre de propriétaire. À l’instar de la fiducie réputée dont il était question dans l’affaire *Henfrey*, le par. 227(4.1) « ne confère pas [à la Couronne] le même droit de propriété qu’une fiducie de *common law* » (p. 35-36). N’étant associé à aucun bien précis, ce qui conférerait à son titulaire le droit habituel à la jouissance du bien ou 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.

supervising judge’s discretion to order super-priority charges under s. 11 of the CCAA or any of the sections that follow it.

(2) Does Section 227(4.1) of the ITA Create a Super Priority That Conflicts With a Court-Ordered Super-Priority Charge?

[58] The Crown also refers to the part of s. 227(4.1) which 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). In the Crown’s view, court-ordered super-priority charges under s. 11 of the CCAA or any of the sections that follow it are security interests within the meaning of s. 224(1.3) and therefore Her Majesty’s interest has priority over them.

[59] My colleagues Justices Brown and Rowe point to the legislative history of s. 227(4.1) as evidence that Parliament intended Her Majesty’s deemed trust to have “absolute priority” over all other security interests (para. 201). In particular, they rely upon Justice Iacobucci’s comment in *Sparrow Electric* that “it is open to Parliament to step in and assign absolute priority to the deemed trust” by using the words “shall be paid to the Receiver General in priority to any such security interest” (para. 202, citing *Sparrow Electric*, at para. 112). They further rely upon the press release accompanying the amendments, which stated that the deemed trust was to have absolute priority.

[60] With respect, I disagree with this reasoning. *Sparrow Electric* dealt with a type of interest very different from the one before us now. In *Sparrow Electric*, this Court held that a fixed and specific charge over the tax debtor’s inventory had priority over Her Majesty’s deemed trust created by the ITA. Thus the purpose of the amendments was to “clarify that the deemed trusts for unremitted source

Par conséquent, je n’accepte pas l’argument de la Couronne selon lequel Sa Majesté a un intérêt à titre de propriétaire dans les biens du débiteur qui suffit à 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 l’un ou l’autre des articles qui le suivent.

(2) Le paragraphe 227(4.1) de la LIR crée-t-il une super priorité qui entre en conflit avec une charge super prioritaire d’origine judiciaire?

[58] La Couronne s’appuie également sur la partie du par. 227(4.1) suivant laquelle le receveur général reçoit le produit découlant des biens du débiteur « par priorité sur une telle garantie », au sens du par. 224(1.3). De l’avis de la Couronne, 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 sont des garanties au sens du par. 224(1.3) et, partant, l’intérêt de Sa Majesté a priorité sur elles.

[59] Mes collègues les juges Brown et Rowe invoquent l’historique législatif du par. 227(4.1) comme preuve que le législateur voulait que la fiducie réputée de Sa Majesté ait une « priorité absolue » sur toutes les autres garanties (par. 201). Ils s’appuient en particulier sur le commentaire du juge Iacobucci dans l’arrêt *Sparrow Electric* selon lequel « il est loisible au législateur d’intervenir et d’accorder la priorité absolue à la fiducie réputée » en employant les mots « doi[vent] être payée[s] au receveur général par priorité sur toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s] » (par. 202, citant *Sparrow Electric*, par. 112). Ils s’appuient également sur le communiqué de presse accompagnant les modifications qui indiquait que la fiducie réputée devait avoir priorité absolue.

[60] Avec égards, je ne suis pas d’accord avec ce raisonnement. L’affaire *Sparrow Electric* portait sur un type d’intérêt très différent de celui dont nous avons à traiter aujourd’hui. Dans l’arrêt *Sparrow Electric*, notre Cour a jugé qu’une charge fixe et spécifique grevant les stocks du débiteur fiscal avait priorité sur la fiducie réputée que la LIR constitue en faveur de Sa Majesté. Les modifications cherchaient

deductions and GST apply whether or not other security interests have been granted in respect of the inventory or trade receivables of a business” (Department of Finance Canada, *Unremitted Source Deductions and Unpaid GST* (April 7, 1997), at p. 2). If Parliament had intended that the deemed trust have absolute priority, it would not have enacted s. 227(4.2) at the same time. As noted above, s. 227(4.2) provides that “a security interest does not include a prescribed security interest”, and thus specifically envisions that the deemed trust will not have absolute priority. In my view, by using the words “in priority to all such security interests” in s. 227(4.1), Parliament intended that the priority be absolute not over all possible interests, but only over security interests as defined in s. 224(1.3). What must therefore be determined is whether a court-ordered super-priority charge under the CCAA falls within that definition.

[61] Section 224(1.3) reads as follows:

security interest means any interest in, or for civil law any right in, property that secures payment or performance of an obligation and includes 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

[62] This definition is expansive. However, the list of illustrative security interests makes it clear that a super-priority charge created under the CCAA cannot fall within its meaning. Court-ordered super-priority charges are utterly different from any of the interests listed. These super-priority charges are granted, not for the sole benefit of the holder of the charge, but to facilitate restructuring in furtherance of the interests of all stakeholders. In this way, they benefit the creditors as a group. The fact that Parliament chose to provide a list of examples whose nature is so unlike that of a court-ordered super-priority charge demonstrates that it must have had a very different type of interest in mind when drafting s. 224(1.3). I

donc à « préciser que les fiducies [réputées] relatives aux retenues à la source non versées et à la TPS impayée s’appliquent indépendamment du fait que d’autres garanties aient été consenties à l’égard des stocks ou des comptes clients d’une entreprise » (Ministère des Finances du Canada, *Retenues à la source non versées et TPS impayée* (7 avril 1997), p. 2). Si le législateur avait voulu que la fiducie réputée ait priorité absolue, il n’aurait pas adopté simultanément le par. 227(4.2). Comme je l’ai mentionné plus haut, le par. 227(4.2) prévoit que « n’est pas une garantie celle qui est visée par règlement », et il envisage donc expressément que la fiducie réputée ne bénéficie pas d’une priorité absolue. À mon avis, en utilisant les mots « par priorité sur une telle garantie » au par. 227(4.1), le législateur voulait que la priorité soit absolue non pas sur toutes les garanties possibles, mais seulement sur les garanties au sens où on l’entend au par. 224(1.3). Il faut donc déterminer si une charge super prioritaire ordonnée par le tribunal en vertu de la LACC répond à cette définition.

[61] Voici la version anglaise du par. 224(1.3) :

security interest means any interest in, or for civil law any right in, property that secures payment or performance of an obligation and includes 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

[62] Cette définition est large. Il ressort toutefois de la liste d’exemples de garanties qu’une charge super prioritaire créée en vertu de la LACC n’y répond pas. Les charges super prioritaires d’origine judiciaire sont radicalement différentes de n’importe quel des intérêts énumérés. Ces charges super prioritaires sont constituées non pas au seul bénéfice de leur détenteur, mais pour faciliter la restructuration dans l’intérêt de toutes les parties prenantes. Elles bénéficient ainsi à l’ensemble des créanciers. Le fait que le législateur a choisi de dresser une liste d’exemples de nature tellement différente d’une charge super prioritaire démontre qu’il avait sûrement à l’esprit une garantie fort différente au moment où il a rédigé

could not agree more with Professor Wood about the limited class of interests that Parliament had in mind:

[Court-ordered super-priority charges] are fundamentally different in nature from security interests that arise by way of agreement between the parties and from non-consensual security interests that arise by operation of law. Court-ordered charges are unlike conventional consensual and non-consensual security interests in that they are integrally connected to insolvency proceedings that operate for the benefit of the creditors as a group. Given the fundamentally different character of court-ordered charges, it would be reasonable to expect that they would be specifically mentioned in the ITA definition of a security interest if they were to be included. [Emphasis added; p. 98.]

[63] My colleagues Brown and Rowe JJ. allege that this interpretation of s. 224(1.3) is contrary to our Court’s decision in *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*, where Rothstein J. wrote that the provided examples “do not diminish the broad scope of the words ‘any interest in property’ (para. 15; see also para. 14). With respect, I disagree with my colleagues. As Justice Rothstein explained at para. 40, his comments were made in response to the argument that the list of examples of security interests was exhaustive. I agree with him that the list of examples provided is not exhaustive. However, the examples remain illustrative of the types of interests that Parliament had in mind and are clearly united by a common theme or class because Parliament employed a compound “means . . . and includes” structure to establish its definition: “*security interest means any interest in, or for civil law any right in, property that secures payment or performance of an obligation and includes . . .*”. In my view, this structure 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. The critical difference between the listed security interests and super-priority charges ordered under s. 11 of the CCAA or any of the sections that follow it explains both why the latter are excluded from the list of specific instruments and why there can be no suggestion that they may be included in the broader term “encumbrance” at

le par. 224(1.3). Je suis tout à fait d’accord avec le professeur Wood au sujet du nombre limité de garanties qu’avait en tête le législateur :

[TRADUCTION] [Les charges super prioritaires d’origine judiciaire] sont d’une nature radicalement différente de celle des garanties résultant de l’accord intervenu entre les parties ou des garanties non consensuelles découlant de l’application de la loi. Elles se distinguent des garanties consensuelles et non consensuelles classiques en ce qu’elles sont intimement liées aux procédures d’insolvabilité qui se déroulent au profit de l’ensemble des créanciers. Étant donné le caractère radicalement différent des charges d’origine judiciaire, il serait raisonnable de s’attendre à ce qu’elles soient expressément mentionnées dans la définition de « garantie » qui figure dans la LIR si elles devaient en faire partie. [Je souligne; p. 98.]

[63] Mes collègues les juges Brown et Rowe soutiennent que l’interprétation exposée ci-dessus du par. 224(1.3) va à l’encontre de l’arrêt *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond* de notre Cour, où le juge Rothstein a écrit que les exemples donnés « n’[ont] pas pour effet de limiter la portée générale de l’expression “[d]roit sur un bien” » (par. 15; voir aussi par. 14). Avec égards, je ne suis pas d’accord avec mes collègues. Comme l’a expliqué le juge Rothstein au par. 40, il a fait ses commentaires en réponse à l’argument selon lequel la liste des exemples de garanties était exhaustive. Je conviens avec lui que la liste des exemples fournis ne l’était pas. Cependant, les exemples illustrent toujours les types de garantie qu’avait à l’esprit le législateur et celles-ci sont clairement unies par une catégorie ou un thème commun parce que, dans la version anglaise du texte de loi, le législateur a structuré sa définition autour des termes « *means [. . .] and includes* » : « *security interest means any interest in, or for civil law any right in, property that secures payment or performance of an obligation and includes . . .* » À mon avis, cette formulation 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. La différence essentielle entre les garanties énumérées et les charges super prioritaires constituées en vertu de l’art. 11 de la LACC ou de l’un ou l’autre des articles qui le suivent explique

the end of that list. The *ejusdem generis* principle supports this position by limiting the generality of the final words on the basis of the narrow enumeration that precedes them (*National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029, at p. 1040). All of the other instruments arise by agreement or by operation of law. Therefore, court-ordered super-priority charges under s. 11 or any of the sections that follow it are different in kind from anything on the list.

[64] Using the list of specific examples to ascertain Parliament's intent in this case is also consistent with the presumption against tautology. In *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846, McLachlin C.J. defined this presumption in the following way:

It is presumed that the legislature avoids superfluous or meaningless words, that it does not pointlessly repeat itself or speak in vain: Sullivan, at p. 158. Thus, “[e]very word in a statute is presumed to make sense and to have a specific role to play in advancing the legislative purpose” (p. 158). This principle is often invoked by courts to resolve ambiguity or to determine the scope of general words.

(Para. 36, quoting R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 158; see also *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, at para. 45.)

[65] The *ITA* contains two definitions of “security interest”, in s. 224(1.3) and s. 18(5). For the purposes of computing taxpayer income, Parliament chose to define “security interest” in s. 18(5) in nearly the same manner as in s. 224(1.3), but without listing the ten specific security instruments: “*security interest*, in respect of a property, means an interest in, or for civil law a right in, the property that secures payment of an obligation”. The presumption

à la fois leur exclusion de la liste des instruments spécifiques et le fait qu’elles ne sauraient être visées par la définition plus large du terme « charge » à la fin de cette liste. La règle *ejusdem generis* appuie cette position en limitant la portée générale des derniers termes sur la base de l’énumération des exemples précis qui les précède (*Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, p. 1040). Tous les autres instruments sont le résultat d’un accord ou de l’application de la loi. Par conséquent, les charges super prioritaires ordonnées par un tribunal en vertu de l’art. 11 ou de l’un ou l’autre des articles qui le suivent sont d’un type différent de toutes les garanties figurant dans l’énumération.

[64] Recourir à la liste d’exemples précis pour établir l’intention du législateur en l’espèce s’accorde aussi avec la présomption d’absence de tautologie. Dans l’arrêt *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God’s Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846, la juge en chef McLachlin définit ainsi cette présomption :

Le législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement ni s’exprimer en vain : Sullivan, p. 158. Partant, [TRADUCTION] « [c]haque mot d’une loi est présumé avoir un sens et jouer un rôle précis dans la réalisation de l’objectif du législateur » (p. 158). Les tribunaux recourent souvent à ce principe pour résoudre une ambiguïté ou déterminer la portée d’un terme général.

(Par. 36, citant R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 158; voir aussi *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, par. 45.)

[65] On retrouve dans la *LIR* deux définitions du terme « garantie », au par. 224(1.3) et au par. 18(5). Pour les besoins du calcul des revenus des contribuables, le législateur a choisi de définir au par. 18(5) le mot « garantie » d’une manière presque identique qu’au par. 224(1.3), sans toutefois énumérer les dix mêmes instruments de garantie spécifiques : « *garantie* Est une garantie relative à un bien tout intérêt ou, pour l’application du droit civil, tout droit sur le bien

against tautology means that we must presume that Parliament included the specific additional words in s. 224(1.3) because they “have a specific role to play in advancing the legislative purpose” (*Placer Dome*, at para. 45, quoting R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 159). Applying the presumption against tautology demonstrates that Parliament intended interpretive weight to be placed on the examples.

[66] To come back to *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*, I agree with Rothstein J. that the definition of “security interest” in s. 224(1.3) of the *ITA* is expansive such that it “does not require that the agreement between the creditor and debtor take any particular form” (para. 15). However, I am of the view that there is a key restriction in this expansive definition. The definition focuses on interests created either by consensual agreement or by operation of law, and these types of interests are usually designed to protect the rights of a single creditor, usually to the detriment of other creditors. In that case, the Court was considering whether a right to compensation conferred on a single creditor by a contract entered into between that creditor and the debtor was a security interest within the meaning of s. 224(1.3). The situation at issue in that case was completely different than the one at issue in the present case. Indeed, in the present case, the interest of the participants in the restructuring is created by a court order, not by an agreement or by operation of law. As I have said above, when a judge orders a super-priority charge in *CCAA* proceedings, it is quite a different type of interest as the *CCAA* restructuring process benefits all creditors and not one in particular.

[67] Finally, if Parliament had wanted to include court-ordered super-priority charges in the definition of “security interest”, it would have said so specifically. Parliament must be taken to have legislated with the operation of the *CCAA* in mind. In the words of Professor Sullivan, “[t]he legislature is presumed to know its own statute book and to draft

qui garantit le paiement d’une obligation ». Selon la présomption d’absence de tautologie, il nous faut présumer que le législateur a inséré certains termes précis au par. 224(1.3) parce qu’ils « joue[nt] un rôle précis dans la réalisation de l’objectif du législateur » (*Placer Dome*, par. 45, citant R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), p. 159). L’application de la présomption d’absence de tautologie démontre que le législateur voulait que l’on attribue une valeur interprétative aux exemples.

[66] Pour revenir à l’arrêt *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*, je conviens avec le juge Rothstein que la définition de « garantie » figurant au par. 224(1.3) de la *LIR* est large de sorte qu’elle « n’exige pas que l’entente entre le créancier et le débiteur revête une forme particulière » (par. 15). Mais si large soit-elle, elle contient à mon sens une limite importante. La définition est axée sur les intérêts créés par accord consensuel ou par application de la loi, et ces types d’intérêts visent habituellement à protéger les droits d’un seul créancier, en général au détriment des autres créanciers. Dans cette affaire, la Cour se demandait si un droit de compensation accordé à un seul créancier au moyen d’une convention intervenue entre ce créancier et la débitrice était une garantie au sens du par. 224(1.3). La situation en cause dans cette affaire était tout à fait différente de celle en l’espèce. En effet, dans la présente affaire, l’intérêt des participants à la restructuration est créé par ordonnance judiciaire, et non par accord ou par application de la loi. Comme je l’ai dit précédemment, lorsqu’un juge ordonne une charge super prioritaire dans une procédure intentée sous le régime de la *LACC*, il s’agit d’un type d’intérêt très différent, car le processus de restructuration prévu par cette loi bénéficie à tous les créanciers, et non à un seul en particulier.

[67] Enfin, si le législateur avait voulu inclure les charges super prioritaires d’origine judiciaire dans la définition de « garantie », il l’aurait dit expressément. Il faut tenir pour acquis que le législateur a légiféré en tenant compte de l’application de la *LACC*. Pour citer la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « [l]e législateur est présumé connaître ses propres lois et

each new provision with regard to the structures, conventions, and habits of expression as well as the substantive law embodied in existing legislation” (Sullivan (2014), at p. 422 (footnote omitted)). Given that, in *Indalex*, this Court has already found that granting super-priority charges is critical as “a key aspect of the debtor’s ability to attempt a workout”, one would expect Parliament to use clearer language where such a definition could jeopardize the operation of another one of its Acts. I am therefore in total disagreement with my colleagues Justices Brown and Rowe that “nothing in the definition of security interest in the *ITA* precludes the inclusion of an interest that is designed to operate to the benefit of all creditors” (para. 210). To the contrary, everything hints at priming charges being excluded from the definition of security interest.

[68] In conclusion, 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. I therefore respectfully disagree with my colleague Justice Moldaver’s suggestion that there may be a conflict between s. 11 of the *CCAA* and the *ITA* (para. 258). The Initial Order’s super-priority charges prevail over the deemed trust.

C. *Was It Necessary for the Initial Order to Subordinate Her Majesty’s Claim Protected by a Deemed Trust in This Case?*

[69] Finally, I must now identify the provision in which the Initial Order here should be grounded. While the initial order under consideration in *Indalex* was based on the court’s equitable jurisdiction, in most instances, orders in *CCAA* proceedings should be considered an exercise of statutory power (*Century Services*, at paras. 65-66).

[70] As discussed above, a supervising court’s authority to order super-priority charges is grounded

rédiger chaque nouvelle disposition en tenant compte des structures, des conventions et des formules d’expression, de même que du droit substantif exprimé dans la législation existante » (Sullivan (2014), p. 422 (note en bas de page omise)). Puisque, dans l’arrêt *Indalex*, notre Cour a déjà statué que l’octroi d’une charge super prioritaire « constitue un élément clé de la capacité du débiteur de tenter de conclure un arrangement », on s’attendrait à ce que le législateur utilise des termes plus clairs dans les cas où une telle définition pourrait compromettre l’application d’une autre de ses propres lois. Je suis donc en total désaccord avec mes collègues les juges Brown et Rowe quand ils affirment que « rien dans la définition de “garantie” qui figure dans la *LIR* ne permet d’exclure une garantie conçue pour fonctionner au profit de tous les créanciers » (par. 210). Au contraire, tout tend à démontrer que les charges super prioritaires sont exclues de la définition de « garantie ».

[68] En conclusion, 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. Avec égards, je ne souscris pas à l’idée de mon collègue le juge Moldaver suivant laquelle il y a peut-être un conflit entre l’art. 11 de la *LACC* et la *LIR* (par. 258). Les charges super prioritaires constituées aux termes de l’ordonnance initiale l’emportent sur la fiducie réputée.

C. *Était-il nécessaire que l’ordonnance initiale subordonne la réclamation de Sa Majesté protégée par une fiducie réputée en l’espèce?*

[69] Enfin, je dois maintenant déterminer sur quelle disposition l’ordonnance initiale devrait reposer. Bien que l’ordonnance examinée dans l’arrêt *Indalex* était fondée sur la compétence du tribunal en equity, dans la plupart des cas, les ordonnances rendues dans le cadre des procédures engagées sous le régime de la *LACC* devraient être considérées comme découlant de l’exercice d’un pouvoir conféré par la loi (*Century Services*, par. 65-66).

[70] Comme nous l’avons vu plus haut, le pouvoir du tribunal de surveillance d’ordonner des charges

in its broad discretionary power under s. 11 of the CCAA and also in the more specific grants of authority under ss. 11.2, 11.4, 11.51 and 11.52. Those provisions authorize the court to grant certain priming charges that rank ahead of the claims of “any secured creditor”. While I have already concluded that Her Majesty does not have a proprietary interest as a result of Her deemed trust, it is less certain whether Her Majesty is a “secured creditor” under the CCAA. Professor Wood is of the view that Her Majesty is not a “secured creditor” under the CCAA by virtue of Her deemed trust interest; rather, ss. 37 to 39 of the CCAA create “two distinct approaches — one that applies to a deemed trust, the other that applies when a statute gives the Crown the status of a secured creditor” (p. 96). Therefore, the ranking of a priming charge ahead of the deemed trust would fall outside the scope of the express priming charge provisions. I do not need to definitively determine if Her Majesty falls within the definition of “secured creditor” under the CCAA by virtue of Her trust. Instead, I would ground the supervising court’s power in s. 11, which “permits courts to create priming charges that are not specifically provided for in the CCAA” (p. 98). I respectfully disagree with the suggestion of my colleagues Brown and Rowe JJ. that Professor Wood or any other author has suggested that s. 11 is limited by the specific provisions that follow it (para. 228). To the contrary, this Court said in *Century Services*, at paras. 68-70, that s. 11 provides a very broad jurisdiction that is not restricted by the availability of more specific orders.

[71] My colleagues Brown and Rowe JJ. also argue that “priming charges cannot supersede the Crown’s deemed trust claim because they may attach *only to the property of the debtor’s company*” (para. 223 (emphasis in original)). With respect, this argument cannot stand because, although ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the CCAA contain this restriction, there is

super prioritaires est fondé sur le vaste pouvoir discrétionnaire que lui confère l’art. 11 de la LACC, ainsi que sur les pouvoirs plus spécifiques que lui accordent les art. 11.2, 11.4, 11.51 et 11.52. Ces dispositions autorisent le tribunal à accorder certaines charges prioritaires qui prennent rang devant les créances de « tout créancier garanti ». Bien que j’aie déjà conclu que Sa Majesté ne possède pas d’intérêt à titre de propriétaire du fait de sa fiducie présumée, il est moins sûr qu’elle soit un « créancier garanti » au sens de la LACC. Selon le professeur Wood, la fiducie présumée dont bénéficie Sa Majesté ne lui confère pas la qualité de « créancier garanti » au sens de la LACC. Les articles 37 à 39 de la LACC créent plutôt [TRADUCTION] « deux approches distinctes : l’une qui s’applique à la fiducie réputée, l’autre qui entre en jeu lorsque la loi reconnaît à la Couronne la qualité de “créancier garanti” » (p. 96). Par conséquent, le fait de faire passer une charge prioritaire devant la fiducie réputée déborderait le cadre des dispositions portant expressément sur les charges prioritaires. Je n’ai pas à trancher de façon définitive la question de savoir si Sa Majesté répond à la définition de « créancier garanti » au sens de la LACC du fait de sa fiducie. Je ferais plutôt reposer le pouvoir du tribunal de surveillance sur l’art. 11, qui « permet aux tribunaux de constituer des charges prioritaires qui ne sont pas expressément prévues par la LACC » (p. 98). Avec égards, je ne suis pas d’accord avec la suggestion de mes collègues les juges Brown et Rowe suivant laquelle le professeur Wood ou d’autres auteurs auraient laissé entendre que la portée de l’art. 11 est limitée par les dispositions spécifiques qui le suivent (par. 228). Au contraire, notre Cour a déclaré aux par. 68-70 de l’arrêt *Century Services* que la possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n’avait pas pour effet de restreindre le vaste pouvoir conféré par l’art. 11.

[71] Mes collègues les juges Brown et Rowe affirment également que « les charges super prioritaires ne peuvent pas prendre rang devant la réclamation de la Couronne au titre de la fiducie réputée puisqu’elles peuvent se rattacher *uniquement aux biens de la compagnie débitrice* » (par. 223 (en italiques dans l’original)). Avec égards, cet argument ne peut être retenu,

no such restriction in s. 11. As Lalonde J. recognized, [TRANSLATION] “[i]n exercising the authority conferred by the CCAA, including inherent powers, the courts have not hesitated to use this jurisdiction to intervene in contractual relationships between a debtor and its creditors, even to make orders affecting the rights of third parties” (*Triton Électronique*, at para. 31). There may be circumstances where it is appropriate for a court to attach charges to property that does not belong to the debtor — if, for instance, this deemed trust were to be equivalent to a proprietary interest. However, that circumstance does not arise in this case because the property subject to Her Majesty’s deemed trust remains the property of the debtor, as the deemed trust does not create a proprietary interest. My colleagues’ reliance on s. 37(2) of the CCAA is similarly ill-founded. As I said earlier, s. 37(2) simply preserves the status quo. It does not alter Her Majesty’s interest. It merely continues that interest and excludes it from the operation of s. 37(1), which would otherwise downgrade it to the interest of an ordinary creditor.

[72] 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. In creating a super-priority charge, a supervising judge must always consider whether the order will achieve the objectives of the CCAA. When there is the spectre of a claim by Her Majesty protected by a deemed trust, the judge must also consider whether a super priority is necessary. The record before us contains no reasons for the Initial Order, so this is difficult to determine in this case. Given that Her Majesty has been paid and that the case is in fact moot, it is not critical for us to determine whether the supervising judge believed it was necessary to subordinate Her Majesty’s claim to the super-priority charges. Based on Justice Topolniski’s reasons for denying the Crown’s motion to vary the Initial Order, it is clear that she would have found that the super-priority charges deserved priority over Her Majesty’s interest (paras. 100-104). However, I wish to say a few words on when it may be necessary for a supervising

car, bien que les art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC* renferment cette restriction, aucune restriction de ce genre ne figure à l’art. 11. Tel que l’a reconnu le juge Lalonde, « [e]n exerçant l’autorité conférée par la *LACC*, incluant les pouvoirs inhérents, les tribunaux n’ont pas hésité à faire usage de cette compétence pour intervenir dans les rapports contractuels entre une débitrice et ses créanciers, voire à rendre des ordonnances ayant pour effet d’affecter les droits de tiers » (*Triton Électronique*, par. 31). Il peut exister des circonstances dans lesquelles il convient pour le tribunal de grever de charges des biens qui n’appartiennent pas au débiteur si, par exemple, cette fiducie réputée équivalait à un intérêt à titre de propriétaire. Toutefois, ce n’est pas le cas en l’espèce, car les biens visés par la fiducie réputée de Sa Majesté demeurent la propriété du débiteur, étant donné que la fiducie réputée ne crée pas d’intérêt à titre de propriétaire. Le recours de mes collègues au par. 37(2) de la *LACC* est également mal fondé. Comme je l’ai déjà expliqué, le par. 37(2) préserve simplement le statu quo. Il ne modifie pas l’intérêt de Sa Majesté. Il ne fait que le maintenir et le soustraire à l’application du par. 37(1), qui ramènerait sinon l’intérêt de la Couronne à celui d’un simple créancier chirographaire.

[72] 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. Lorsqu’il s’agit de constituer une charge super prioritaire, le juge surveillant doit toujours se demander si cette mesure favorisera la réalisation des objectifs de la *LACC*. Lorsqu’il est possible qu’une créance de Sa Majesté soit protégée par une fiducie réputée, le juge doit également se demander s’il est nécessaire d’accorder une super priorité. Le dossier dont nous disposons ne nous permet pas de connaître les motifs à l’appui de l’ordonnance initiale et il est donc difficile de répondre à la question en l’espèce. Puisque Sa Majesté a été payée et que l’affaire est en fait devenue théorique, il n’est pas essentiel de nous prononcer sur la question de savoir si le juge surveillant croyait qu’il était nécessaire de subordonner la créance de Sa Majesté à des charges super prioritaires. Si l’on se reporte aux motifs exposés par la juge Topolniski pour rejeter la requête présentée par la Couronne en vue de faire modifier l’ordonnance

judge to subordinate Her Majesty's interest to super-priority charges.

[73] It may be necessary to subordinate Her Majesty's deemed trust where the supervising judge believes that, without a super-priority charge, a particular professional or lender would not act. This may often be the case. On the other hand, I agree with Professor Wood that, although subordinating super-priority charges to Her Majesty's claim will often increase the costs and complexity of restructuring, there will be times when it will not. For instance, when Her Majesty's claim is small or known with a high degree of certainty, commercial parties will be able to manage their risks and will not need a super priority. After all, there is an order of priority even amongst super-priority charges, and therefore it is clear that these parties are willing to have their claims subordinated to some fixed claims. A further example of where different considerations may be in play is in so-called liquidating CCAA proceedings. As this Court recently recognized, CCAA proceedings whose fundamental objective is to liquidate — rather than to rescue a going concern — have a legitimate place in the CCAA regime and have been accepted by Parliament through the enactment of s. 36 (*Callidus Capital*, at paras. 42-45). Liquidating CCAA proceedings often aim to maximize returns for creditors, and thus the subordination of Her Majesty's interest has less justification beyond potential unjust enrichment arguments.

VI. Disposition

[74] I would dismiss the appeal with costs in this Court in accordance with the tariff of fees and

initiale, il est évident qu'elle aurait conclu que les charges super prioritaires méritaient d'avoir priorité sur l'intérêt de Sa Majesté (par. 100-104). Je tiens toutefois à dire quelques mots au sujet des cas où il peut s'avérer nécessaire pour le juge surveillant de subordonner l'intérêt de Sa Majesté à des charges super prioritaires.

[73] Il peut s'avérer nécessaire de subordonner la fiducie réputée de Sa Majesté à d'autres charges lorsque le juge surveillant estime que, sans la charge super prioritaire, un professionnel ou un prêteur donné refuserait de s'engager, ce qui peut se produire assez souvent. Par contre, je suis d'accord avec le professeur Wood pour dire que, même si la subordination des charges super prioritaires à la créance de Sa Majesté aura souvent pour effet d'augmenter les coûts et la complexité de la restructuration, il existe des situations où ce ne sera pas le cas. Par exemple, lorsque la créance de Sa Majesté est peu élevée ou qu'elle est connue avec une grande certitude, les entités commerciales pourront gérer leurs risques et n'auront pas besoin d'une super priorité. Après tout, il existe un ordre de collocation même parmi les charges super prioritaires et il est donc évident que ces créanciers sont disposés à ce que leurs créances soient assujetties à certains plafonds fixes. Un autre exemple où des considérations différentes peuvent entrer en jeu est celui de la procédure dite de liquidation prévue par la LACC. Ainsi que notre Cour l'a récemment reconnu, les procédures prévues par la LACC dont l'objectif fondamental est la liquidation — et non de porter secours à une entreprise en exploitation — occupent une place légitime au sein du régime de la LACC et ont été acceptées par le législateur par l'adoption de l'art. 36 (*Callidus Capital*, par. 42-45). Les procédures de liquidation prévues par la LACC visent souvent à maximiser le rendement au profit des créanciers, de sorte que la subordination de l'intérêt de Sa Majesté s'en trouve moins justifiée, hormis les cas de présumé enrichissement sans cause.

VI. Dispositif

[74] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant notre Cour, selon le tarif des honoraires

disbursements set out in Schedule B of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156.

The reasons of Karakatsanis and Martin JJ. were delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Overview

[75] When a company seeks to restructure its affairs in order to avoid bankruptcy, the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (CCAA), allows the court to order charges in favour of parties that are necessary to the restructuring process: lenders who provide interim financing, the monitor who administers the company's restructuring, and directors and officers who captain the sinking ship (among others). These charges, often referred to as "priming charges", are meant to encourage investment in the company as it undergoes reorganization. A company's reorganization, as an alternative to the devastating effects of bankruptcy, serves the public interest by benefitting creditors, employees, and the health of the economy more generally.

[76] In this case, the CCAA judge ordered priming charges over the estates of Canada North Group and six related companies (Debtor Companies) in favour of an interim lender, the monitor, and directors. Property of two of the Debtor Companies, however, was also subject to a deemed trust in favour of the Crown, under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (*ITA*), for unremitted source deductions consisting of employees' income tax, Canada Pension Plan contributions, and employment insurance premiums. While this appeal is moot because there are sufficient assets to satisfy both the Crown's deemed trust claim and the priming charges, this Court is asked to determine which has priority in the restructuring: the priming charges under the CCAA or the deemed trust under the *ITA*.

et débours fixé à l'annexe B des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156.

Version française des motifs des juges Karakatsanis et Martin rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Aperçu

[75] Lorsqu'une compagnie cherche à restructurer ses affaires afin d'éviter la faillite, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (*LACC*), permet au tribunal d'ordonner des charges en faveur des parties qui sont nécessaires au processus de restructuration : les prêteurs qui fournissent un financement temporaire, le contrôleur qui administre la restructuration de la compagnie, et les dirigeants et administrateurs qui gèrent la compagnie en déroute (entre autres). Ces charges, souvent appelées « charges super prioritaires », visent à encourager les investissements dans la compagnie alors qu'elle procède à sa restructuration. La restructuration d'une compagnie — une solution de rechange aux effets dévastateurs d'une faillite — sert l'intérêt public puisqu'elle profite aux créanciers, aux employés et à la santé de l'économie en général.

[76] En l'espèce, le juge chargé d'appliquer la *LACC* a grevé le patrimoine de Canada North Group et de six compagnies apparentées (compagnies débitrices) de charges super prioritaires en faveur d'un prêteur temporaire, du contrôleur et des administrateurs. Toutefois, les biens de deux des compagnies débitrices étaient aussi assujettis à une fiducie réputée créée en faveur de la Couronne, en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), à cause du non-versement de retenues à la source (impôt sur le revenu des employés, cotisations au Régime de pensions du Canada et cotisations d'assurance-emploi). Bien que le présent pourvoi soit théorique du fait que les actifs sont suffisants pour couvrir à la fois la réclamation de la Couronne au titre de la fiducie réputée et les charges super prioritaires, notre Cour est appelée à déterminer ce qui est prioritaire dans la restructuration : les charges super prioritaires établies sous le régime de la *LACC* ou la fiducie réputée établie sous le régime de la *LIR*.

[77] Section 227(4.1) of the *ITA* provides that, when an employer fails to remit source deductions to the Crown, a deemed trust attaches to the property of the employer to the extent of the unremitted source deductions. The deemed trust operates “notwithstanding any security interest in such property” and “[n]otwithstanding . . . any other enactment of Canada”. Sections 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* give the court authority to order priming charges over a company’s property in favour of interim lenders, directors and officers, and estate administrators. Priming charges can rank ahead of any other secured claim. Read on their own, these provisions appear to give different parties super-priority in an insolvency. This issue of statutory interpretation has been described as the collision of an unstoppable force with an immovable object (R. J. Wood, “Irresistible Force Meets Immovable Object: *Canada v. Canada North Group Inc.*” (2020), 63 *Can. Bus. L.J.* 85).

[78] The appellant, the Crown, argues that s. 227(4.1) of the *ITA* creates a proprietary right in the Crown because, through the mechanism of a deemed trust, it gives the Crown beneficial ownership of the amount of the unremitted source deductions. In other words, that *amount* is the Crown’s property and a *CCAA* judge cannot, therefore, order a charge over it; it should be taken out of the estate and can play no role in the restructuring process.

[79] In contrast, the respondents argue that s. 227(4.1) creates a security interest in the Crown squarely contemplated by ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA*. They further submit that there is no conflict between the relevant provisions because the policies underlying both Acts can be harmonized in favour of giving effect to the *CCAA* provisions.

[80] For the reasons below, I conclude that there is no conflict between the *ITA* and *CCAA* provisions. The right that attaches to “beneficial ownership” under s. 227(4.1) of the *ITA* must be interpreted in the specific statutory context in which it arises. Here,

[77] Le paragraphe 227(4.1) de la *LIR* prévoit que, lorsqu’un employeur omet de verser des retenues à la source à la Couronne, une fiducie réputée s’attache aux biens de l’employeur jusqu’à concurrence de la valeur des retenues à la source non versées. La fiducie réputée fonctionne « malgré toute autre garantie sur ces biens » et « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral ». Aux termes des art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC*, un tribunal peut, par ordonnance, déclarer que les biens d’une compagnie sont grevés de charges super prioritaires en faveur de prêteurs temporaires, de dirigeants et d’administrateurs, et d’administrateurs de patrimoine. Les charges super prioritaires peuvent avoir priorité sur toute autre réclamation garantie. Prises individuellement, ces dispositions semblent accorder une super priorité à différentes parties en cas d’insolvabilité. Cette question d’interprétation législative a été décrite comme le choc entre une force irrésistible et un objet inamovible (R. J. Wood, « Irresistible Force Meets Immovable Object : *Canada v. Canada North Group Inc.* » (2020), 63 *Rev. can. dr. comm.* 85).

[78] L’appelante, la Couronne, soutient que le par. 227(4.1) de la *LIR* lui confère un droit propriétaire puisque, par le mécanisme d’une fiducie réputée, il accorde à la Couronne un droit de bénéficiaire sur le montant des retenues à la source non versées. Autrement dit, ce *montant* est la propriété de la Couronne, et un juge chargé d’appliquer la *LACC* ne peut donc pas grever ce montant d’une charge; il devrait être soustrait du patrimoine et il ne peut jouer aucun rôle dans le processus de restructuration.

[79] En revanche, les intimées affirment que le par. 227(4.1) confère à la Couronne une garantie nettement visée par les art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC*. Elles ajoutent qu’il n’existe aucun conflit entre les dispositions en cause parce que les politiques qui sous-tendent les deux lois peuvent être harmonisées en faveur de l’application des dispositions de la *LACC*.

[80] Pour les raisons exposées ci-dessous, je conclus qu’il n’existe aucun conflit entre les dispositions de la *LIR* et celles de la *LACC*. Le « droit de bénéficiaire » prévu au par. 227(4.1) de la *LIR* doit être interprété dans le contexte législatif précis où il

the Crown's right to unremitted source deductions in a CCAA restructuring is protected by the requirement that the plan of compromise pay the Crown in full. Because I do not conclude that the Crown's interest fits within the relevant statutory definition of "secured creditor" under the CCAA, it is not captured by the court's authority to order priming charges under ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the CCAA. However, in my view, 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. This conclusion harmonizes the purposes of both federal statutes. I would dismiss the appeal.

II. Facts

[81] In July 2017, the Court of Queen's Bench of Alberta issued an order granting the Debtor Companies protection under the CCAA (Alta. Q.B., No. 1703-12327, July 5, 2017 (Initial Order)). The Initial Order provided for priming charges in the following order of priority: (1) an Administration Charge of \$500,000 in favour of the court-appointed Monitor, Ernst & Young Inc.; (2) an Interim Lender's Charge of \$1,000,000 in favour of the interim lender, Business Development Bank of Canada (BDBC); and (3) a Directors' Charge of \$150,000 (together, Priming Charges). The Interim Lender's Charge was later increased to \$3,500,000 and the Administration Charge to \$950,000.

[82] Paragraph 44 of the Initial Order provided that the Priming Charges have priority over the claims of secured creditors:

Each of the Directors' Charge, Administration Charge and the Interim Lender's Charge . . . shall constitute a charge on the Property 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 . . . in favour of any Person.

se manifeste. En l'espèce, le droit de la Couronne sur des retenues à la source non versées dans le cadre d'une restructuration sous le régime de la LACC est protégé par l'exigence qu'un plan de transaction prévoit le paiement intégral à la Couronne. Puisque je ne conclus pas que l'intérêt de la Couronne entre dans la définition applicable de « créancier garanti » contenue dans la LACC, il ne relève pas du pouvoir du tribunal d'ordonner des charges super prioritaires en vertu des art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la LACC. Cependant, je suis d'avis que 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. Cette conclusion harmonise les objectifs des deux lois fédérales. Je rejeterais le pourvoi.

II. Faits

[81] En juillet 2017, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a rendu une ordonnance accordant aux compagnies débitrices la protection de la LACC (B.R. Alb., n° 1703-12327, 5 juillet 2017 (ordonnance initiale)). L'ordonnance initiale établissait les charges super prioritaires selon l'ordre de priorité suivant : (1) une charge administrative de 500 000 \$ en faveur du contrôleur nommé par le tribunal, Ernst & Young Inc.; (2) une charge de 1 000 000 \$ en faveur du prêteur temporaire, la Banque de développement du Canada (BDC); (3) une charge de 150 000 \$ en faveur des administrateurs (collectivement, les charges super prioritaires). La charge en faveur du prêteur temporaire a par la suite été portée à 3 500 000 \$ et la charge administrative, à 950 000 \$.

[82] Le paragraphe 44 de l'ordonnance initiale indiquait que les charges super prioritaires prenaient rang devant les réclamations des créanciers garantis :

[TRADUCTION] Chacune des charges relatives à l'administration, aux administrateurs et au prêteur temporaire [. . .] grèvent les biens et, sous réserve du paragraphe 34(11) de la LACC, toutes ces charges ont priorité sur tous les autres privilèges, garanties, fiducies, charges et sûretés, créances de créanciers garantis, d'origine législative ou autre [. . .] détenus par quiconque.

[83] Paragraph 46 of the Initial Order provided that the Priming Charges “shall not otherwise be limited or impaired in any way by . . . (d) the provisions of any federal or provincial statutes”.

[84] At the time of the Initial Order, two of the Debtor Companies had failed to remit source deductions and owed the Crown \$685,542.93. The Crown applied to vary the Priming Charges in the Initial Order on the basis that paras. 44 and 46(d) failed to recognize the Crown’s legislated interest in unremitted source deductions. The Crown argued that s. 227(4.1) of the *ITA*, s. 23(4) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 (*CPP*), and s. 86(2.1) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (*EIA*), require the Crown’s claims for unremitted source deductions to have priority over the claims of all other creditors of a debtor, notwithstanding any other federal statute, including the *CCAA*. In these reasons, I will only refer to s. 227(4.1) of the *ITA* as the relevant *ITA*, *CPP* and *EIA* provisions are identical and the latter two statutes cross-reference the *ITA*.

III. Decisions Below

A. *Court of Queen’s Bench of Alberta, 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103 (Topolniski J.)*

[85] The application judge held that court-ordered priming charges under ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* have priority over the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions. First, she concluded that the Crown’s deemed trust under s. 227(4.1) of the *ITA* creates a security interest rather than a proprietary interest because the definition of “security interest” in the *ITA* includes an interest created by a deemed or actual trust, and it would be inconsistent to interpret the Crown’s interest under s. 227(4.1) contrary to its enabling statute. She also reasoned that the deemed trust is a security interest

[83] Le paragraphe 46 de l’ordonnance initiale indiquait que les charges super prioritaires [TRANSLATION] « ne sont pas autrement limitées ou compromises de quelque façon que ce soit par [. . .] (d) les dispositions de toute loi fédérale ou provinciale ».

[84] Au moment où a été rendue l’ordonnance initiale, deux des compagnies débitrices avaient omis de verser les retenues à la source et devaient à la Couronne 685 542,93 \$. La Couronne a présenté une demande visant à faire modifier les charges super prioritaires établies dans l’ordonnance initiale au motif que les par. 44 et 46d) ne reconnaissaient pas l’intérêt accordé par la loi à la Couronne dans les retenues à la source non versées. La Couronne a soutenu que le par. 227(4.1) de la *LIR*, le par. 23(4) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-8 (*RPC*), et le par. 86(2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, c. 23 (*LAE*), exigent que les réclamations de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées prennent rang devant les réclamations de tout autre créancier d’un débiteur, malgré toute autre loi fédérale, y compris la *LACC*. Dans les présents motifs, je me reporterai uniquement au par. 227(4.1) de la *LIR* parce que les dispositions pertinentes de la *LIR*, du *RPC* et de la *LAE* sont identiques et que le *RPC* et la *LAE* renvoient à la *LIR*.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103 (la juge Topolniski)*

[85] La juge de première instance a déclaré que les charges super prioritaires ordonnées par le tribunal en vertu des art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC* ont priorité sur la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées. En premier lieu, la juge a conclu que la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne en vertu du par. 227(4.1) de la *LIR* créait une garantie plutôt qu’un intérêt propriétaire puisque la définition de « garantie » contenue dans la *LIR* comprend tout intérêt créé par une fiducie réputée ou véritable, et qu’il serait incohérent d’interpréter l’intérêt de la

because it lacks certainty of subject matter and is therefore not a true trust.

[86] Second, the application judge concluded that s. 227(4.1) of the *ITA* and ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* are not inconsistent because any conflict can be avoided by interpretation. She reasoned that the policy objectives of both Acts have to be respected because they were enacted by the same government. On the one hand, the collection of source deductions is at the heart of the *ITA*. On the other, the *CCAA* aims to facilitate business survival. The application judge concluded that, without the court's ability to order priming charges, interim lending "would simply end", along with "the hope of positive *CCAA* outcomes" (para. 102). The goals of both Acts can therefore only be achieved if priority is given "to those charges necessary for restructuring", while the deemed trust ranks in priority to all other secured creditors (para. 112).

B. *Court of Appeal of Alberta, 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29 (Rowbotham and Schutz J.J.A., Wakeling J.A. Dissenting)*

[87] A majority of the Court of Appeal dismissed the Crown's appeal. It agreed with the application judge that the Crown's deemed trust under s. 227(4.1) of the *ITA* creates a security interest rather than a proprietary interest. It also agreed that the Crown's position failed to reconcile the objectives of the *ITA* and *CCAA*, and given the importance of interim lending, concluded that absurd consequences could follow if the Crown's position prevailed.

[88] Wakeling J.A. disagreed. He concluded that s. 227(4.1) of the *ITA* makes two unequivocal statements: first, that the Crown is the beneficial owner of the debtor's property to the extent of the unremitted

Couronne au titre du par. 227(4.1) à l'encontre de sa loi habilitante. Elle a également opiné que la fiducie réputée constituait une garantie en raison de l'absence de certitude quant à sa matière; elle ne constituait donc pas une fiducie véritable.

[86] En second lieu, la juge de première instance a conclu que le par. 227(4.1) de la *LIR* ainsi que les art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC* ne sont pas incompatibles puisque tout conflit peut être évité par l'interprétation. Elle a expliqué que les objectifs de politique générale des deux lois doivent être respectés puisque ces dernières ont été édictées par le même gouvernement. D'une part, la perception des retenues à la source sont au cœur de la *LIR*. D'autre part, la *LACC* vise à favoriser la survie des entreprises. La juge de première instance a conclu que, si les tribunaux n'avaient pas la capacité d'ordonner des charges super prioritaires, les prêts temporaires [TRADUCTION] « disparaîtraient tout simplement », de même que « l'espoir de voir des résultats positifs découler de la *LACC* » (par. 102). Les objectifs des deux lois ne peuvent toutefois être atteints que si la priorité est accordée [TRADUCTION] « aux charges nécessaires à la restructuration », alors que la fiducie réputée prend rang devant toutes les autres réclamations garanties (par. 112).

B. *Cour d'appel de l'Alberta, 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29 (les juges Rowbotham et Schutz, le juge Wakeling, dissident)*

[87] La Cour d'appel a rejeté, à la majorité, l'appel de la Couronne. Tout comme la juge de première instance, elle a jugé que la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne en vertu du par. 227(4.1) de la *LIR* créait une garantie plutôt qu'un intérêt propriétaire. Elle a aussi convenu que la position de la Couronne ne conciliait pas les objectifs de la *LIR* et de la *LACC*. Enfin, compte tenu de l'importance du financement temporaire, elle a conclu que retenir la thèse de la Couronne pourrait entraîner des conséquences absurdes.

[88] Le juge Wakeling n'était pas de cet avis. Il a conclu que le par. 227(4.1) de la *LIR* contenait deux déclarations sans équivoque : premièrement, la Couronne a un droit de bénéficiaire sur les biens

source deductions; and second, that this amount must be paid to the Crown notwithstanding the security interests of any other secured creditors, including, in his opinion, the holders of a priming charge. As a result, it was unnecessary to reconcile policy objectives. In his view, the notwithstanding clause in s. 227(4.1) was conclusive because the relevant CCAA provisions lacked the same language. As a result, there was “no need to look beyond the four corners of s. 227(4.1) to determine the scope of the unassailable priority it creates” (para. 135). Finally, Wakeling J.A. noted that there is perfect correlation between the purpose of the *ITA* and the plain meaning of s. 227(4.1).

IV. Parties’ Submissions

A. *The Appellant the Crown*

[89] The Crown’s submissions before this Court echo the dissent at the Court of Appeal: the text of s. 227(4.1) unequivocally states that unremitted source deductions become the property of the Crown. The Crown argues that the plain meaning of s. 227(4.1) aligns with its purpose, which is to protect the largest source of government revenue.

[90] The Crown makes two principal submissions. First, it submits that the Crown’s interest under s. 227(4.1) of the *ITA* is a proprietary interest rather than a security interest because the text of s. 227(4.1) causes the unremitted source deductions to become the property of the Crown. There is no need to rely on the “notwithstanding clause” in s. 227(4.1) because the *ITA* and CCAA provisions work harmoniously; the priming charges can only attach to a company’s property and s. 227(4.1) provides that the unremitted source deductions are beneficially owned by the Crown.

[91] Second, the Crown submits in the alternative that, even if its interest is a security interest, it ranks ahead of the priming charges. This is because

du débiteur jusqu’à concurrence du montant des retenues à la source non versées; deuxièmement, ce montant doit être payé à la Couronne malgré les garanties accordées à tout autre créancier garanti, y compris, selon lui, les titulaires d’une charge super prioritaire. Par conséquent, il n’était pas nécessaire de concilier les objectifs de politique générale. À son avis, la disposition de dérogation du par. 227(4.1) était concluante puisque les dispositions pertinentes de la *LACC* ne contenaient pas le même libellé. Il n’était donc [TRADUCTION] « pas nécessaire d’aller au-delà des contours du par. 227(4.1) pour déterminer la portée de la priorité inattaquable qu’il établit » (par. 135). Enfin, le juge Wakeling a souligné qu’il existait une corrélation parfaite entre l’objectif de la *LIR* et le sens ordinaire du par. 227(4.1).

IV. Observations des parties

A. *L’appelante, la Couronne*

[89] Les arguments présentés par la Couronne devant notre Cour font écho à l’opinion dissidente exprimée en Cour d’appel : le texte du par. 227(4.1) indique sans équivoque que les retenues à la source non versées deviennent la propriété de la Couronne. La Couronne soutient que le sens ordinaire du par. 227(4.1) s’aligne avec son objectif, qui est de protéger la plus grande source de revenus du gouvernement.

[90] La Couronne avance deux arguments principaux. Premièrement, elle affirme que l’intérêt de la Couronne au titre du par. 227(4.1) de la *LIR* est un intérêt propriétaire plutôt qu’une garantie puisque, selon ce paragraphe, les retenues à la source non versées deviennent la propriété de la Couronne. Il n’est pas nécessaire de recourir à la « disposition de dérogation » du par. 227(4.1) puisque les dispositions de la *LIR* et de la *LACC* s’appliquent de façon harmonieuse; les charges super prioritaires ne peuvent se rattacher qu’aux biens d’une compagnie, et le par. 227(4.1) prévoit que la Couronne a un droit de bénéficiaire sur les retenues à la source non versées.

[91] Deuxièmement, la Couronne soutient à titre subsidiaire que même si son intérêt est une garantie, il prend rang devant les charges super prioritaires

a priming charge under the *CCAA* is a security interest within the meaning of the *ITA*, and s. 227(4.1) specifically states that the deemed trust ranks ahead of all other security interests.

B. The Respondent Business Development Bank of Canada

[92] The respondent BDBC, urges this Court to follow the approach taken by the courts below. It submits that the Crown's interest under the deemed trust is a security interest because (1) the enabling statute, the *ITA*, defines a deemed trust as a security interest; (2) this Court, in *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, characterized the deemed trust as a "floating charge", which is a security interest; and (3) the opposite conclusion, that it is a proprietary interest, would be at odds with commercial reality. As the definition of "secured creditor" in the *CCAA* includes the holder of a deemed trust, that Act contemplates that a priming charge can rank ahead of the Crown's deemed trust. Thus, ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* contemplate that a priming charge can rank ahead of the Crown's deemed trust.

C. The Respondent Ernst & Young, in its Capacity as Monitor

[93] Both BDBC and Ernst & Young (together, Respondents) submit that the Crown's deemed trust is a security interest and that the statutes can be interpreted harmoniously to avoid a conflict. The Monitor submits that a court-ordered priming charge is not a security interest within the meaning of s. 227(4.1) of the *ITA* because it is not specifically listed in the definition of security interest under the *ITA*, and as a taxing statute, the *ITA* requires a strict, textual approach to interpretation.

[94] The Monitor also highlights that the Crown is a unique creditor because it has immediate information available to it respecting remittance and can certify and pursue amounts owing immediately.

du fait qu'une charge super prioritaire visée par la *LACC* est une garantie au sens de la *LIR* et que le par. 227(4.1) prévoit expressément que la fiducie réputée prend rang devant toutes les autres garanties.

B. L'intimée la Banque de développement du Canada

[92] L'intimée BDC exhorte notre Cour à suivre l'approche adoptée par les tribunaux d'instance inférieure. Elle soutient que l'intérêt de la Couronne au titre de la fiducie réputée est une garantie puisque (1) la loi habilitante, la *LIR*, définit une fiducie réputée comme une garantie; (2) dans l'arrêt *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, notre Cour a qualifié la fiducie réputée de « charge flottante », qui est une garantie; (3) la conclusion opposée, à savoir qu'il s'agit d'un intérêt propriétaire, serait incompatible avec la réalité commerciale. Comme la définition de « créancier garanti » figurant dans la *LACC* englobe le détenteur d'une fiducie réputée, la *LACC* prévoit qu'une charge super prioritaire peut prendre rang devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne. Ainsi, les art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC* prévoient qu'une charge super prioritaire peut prendre rang devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne.

C. L'intimée Ernst & Young, en sa qualité de contrôleur

[93] Tant la BDC qu'Ernst & Young (collectivement, les intimées) font valoir que la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne est une garantie et que l'on peut interpréter les lois de façon harmonieuse afin d'éviter un conflit. Le contrôleur soutient qu'une charge super prioritaire d'origine judiciaire n'est pas une garantie au sens du par. 227(4.1) de la *LIR* puisqu'elle n'est pas expressément mentionnée dans la définition de garantie contenue dans la *LIR*, et qu'à titre de loi fiscale, la *LIR* commande une méthode d'interprétation stricte et textuelle.

[94] De plus, le contrôleur souligne que la Couronne est un créancier unique puisqu'elle dispose d'un accès immédiat aux renseignements concernant les remises et qu'elle peut certifier et percevoir les montants dus immédiatement.

V. Issue

[95] The issue on appeal is whether court-ordered priming charges under the *CCAA* can rank ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions, as created by s. 227(4.1) of the *ITA* and related provisions of the *CPP* and *EIA*. It is clear from the wording of s. 227(4.1) of the *ITA* that, if there is any conflict with a provision from another Act, s. 227(4.1) is to prevail. Accordingly, this appeal turns on whether, and to what extent, the *CCAA* regime conflicts with s. 227(4.1) of the *ITA*. In answering that question, I proceed in four steps:

1. What rights does s. 227(4.1) of the *ITA* confer on the Crown in respect of unremitted source deductions?
2. How is the Crown's deemed trust for unremitted source deductions treated in Parliament's insolvency regime?
3. Do ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* permit the court to rank priming charges ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions?
4. If not, does s. 11 of the *CCAA* allow the court to rank priming charges ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions?

VI. AnalysisA. *What Rights Does Section 227(4.1) of the ITA Confer on the Crown in Respect of Unremitted Source Deductions?*(1) General Scheme and Background of Sections 227(4) and 227(4.1) of the ITA

[96] Section 153(1) of the *ITA* requires employers to deduct and withhold amounts from their

V. Question en litige

[95] La question qui fait l'objet du pourvoi est celle de savoir si les charges super prioritaires ordonnées par un tribunal en vertu de la *LACC* peuvent prendre rang devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées, laquelle fiducie est établie en application du par. 227(4.1) de la *LIR* et des dispositions connexes du *RPC* et de la *LAE*. Il ressort clairement du libellé du par. 227(4.1) de la *LIR* qu'en cas de conflit avec une disposition d'une autre loi, le par. 227(4.1) prévaut. En conséquence, le présent pourvoi porte sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, le régime de la *LACC* entre en conflit avec le par. 227(4.1) de la *LIR*. Pour répondre à cette question, je procéderai en quatre étapes :

1. Quel droit le par. 227(4.1) de la *LIR* confère-t-il à la Couronne relativement aux retenues à la source non versées?
2. De quelle façon la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées est-elle traitée dans le régime d'insolvabilité du législateur?
3. Les articles 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC* permettent-ils 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?
4. Dans la négative, l'art. 11 de la *LACC* autorise-t-il le tribunal à 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?

VI. AnalyseA. *Quels droits le par. 227(4.1) de la LIR confère-t-il à la Couronne relativement aux retenues à la source non versées?*(1) Économie générale et contexte des par. 227(4) et 227(4.1) de la LIR

[96] Le paragraphe 153(1) de la *LIR* exige qu'un employeur déduise ou retienne des montants sur les

employees' wages (source deductions) and remit those amounts to the Receiver General by a specified due date. When source deductions are made, s. 227(4) deems that they are held separate and apart from the property of the employer and from property held by any secured creditor of the employer, notwithstanding any security interest in that property. Source deductions are deemed to be held in trust for Her Majesty for payment by the specified due date.

[97] If source deductions are not paid by the specified due date, s. 227(4.1) extends the trust in s. 227(4). It deems that a trust attaches to the employer's property to the extent of any unremitted source deductions; that the trust existed from the moment the source deductions were made; and that the trust did not form part of the estate or property of the employer from the moment the source deductions were made (all regardless of whether the employer's property is subject to a security interest). It also deems that, to the extent of any unremitted source deductions, the employer's property is property "beneficially owned" by the Crown, notwithstanding any security interest in the employer's property:

(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

salaires qu'il verse à ses employés (retenues à la source) et qu'il remette ces montants au receveur général au moment fixé par règlement. Une fois les retenues à la source faites, elles sont réputées être détenues, aux termes du par. 227(4), séparées des biens de l'employeur et des biens détenus par son créancier garanti, et ce, malgré toute autre garantie sur ces biens. Les retenues à la source sont réputées être détenues en fiducie pour Sa Majesté en vue de lui être versées au moment fixé par règlement.

[97] Si les retenues à la source ne sont pas versées au moment fixé par règlement, le par. 227(4.1) élargit la portée de la fiducie visée au par. 227(4). Une fiducie est réputée s'appliquer aux biens de l'employeur jusqu'à concurrence de la valeur des retenues à la source non versées. Cette fiducie est réputée exister depuis le moment où les retenues à la source ont été faites et n'avoir pas fait partie du patrimoine ou des biens de l'employeur depuis le moment où les retenues à la source ont été faites (peu importe si les biens de l'employeur sont assujettis à une garantie). Les biens de l'employeur jusqu'à concurrence de la valeur des retenues à la source non versées sont aussi réputés être des biens dans lesquels la Couronne a un « droit de bénéficiaire » malgré toute autre garantie sur ces biens :

(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

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.

[98] The *ITA* defines “security interest” in s. 224(1.3):

security interest means any interest in, or for civil law any right in, property that secures payment or performance of an obligation and includes 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

[99] As emphasized by the Crown, ss. 227(4) and 227(4.1) were amended to their current form — excerpted above — to reverse the effect of this Court’s decision in *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411. The Crown submits that, in explicitly reversing *Sparrow Electric*’s result, Parliament meant to always give the Crown super-priority in an insolvency. I do not agree that such a broad conclusion can be drawn from this legislative history. In *Sparrow Electric*, the issue was who, between a lending bank and the Crown, had priority in the debtor’s bankruptcy. The bank had a general security agreement over all of the debtor’s property, which it entered into several months before successfully petitioning the debtor into bankruptcy. While the debtor also owed the Crown \$625,990.86 in unremitted source deductions at the time of the bankruptcy, the first instance of non-remittance to the Crown was *after* the bank entered its general security agreement.

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.

[98] Le paragraphe 224(1.3) de la *LIR* définit « garantie » ainsi :

garantie Intérêt ou, pour l’application du droit civil, droit sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement. Sont en particulier des garanties les intérêts ou, pour l’application du droit civil, les droits nés ou découlant de débentures, hypothèques, privilèges, 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.

[99] Comme l’a souligné la Couronne, les par. 227(4) et 227(4.1) ont été modifiés en leur version actuelle — extraits précités — afin d’annuler l’effet de l’arrêt de notre Cour *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411. La Couronne soutient qu’en infirmant expressément l’arrêt *Sparrow Electric*, le législateur voulait toujours accorder à la Couronne une super priorité dans un cas d’insolvabilité. Je ne suis pas d’avis qu’une conclusion aussi générale puisse être tirée de cet historique législatif. Dans l’arrêt *Sparrow Electric*, la question était de savoir qui, de la banque prêteuse ou de la Couronne, avait la priorité dans le cadre de la faillite de la débitrice. La banque bénéficiait d’une convention de garantie générale portant sur tous les biens de la débitrice, convention que la banque avait signée plusieurs mois avant que sa requête en faillite contre la débitrice soit accueillie. Si la débitrice devait également à la Couronne 625 990,86 \$ en retenues à la source non versées au moment de sa faillite, le premier défaut de versement à la Couronne ne s’était produit qu’après que la banque eut signé sa convention de garantie générale.

[100] Iacobucci J., writing for a majority of the Court, held in favour of the bank. At that time, the deemed trust was worded differently, triggering only upon an event of “liquidation, assignment, receivership or bankruptcy”, and the amount of the unremitted source deductions was only deemed to be held “separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment, receivership or bankruptcy” (para. 13 (emphasis added)). The majority therefore concluded that the deemed trust did not attach to the debtor’s property because, at the relevant time, that property was already “legally the [bank’s]” (para. 98). Because the bank had a fixed and specific charge over all of the debtor’s property, there was nothing left for the trust to attach to. The trust could not be effective unless there was some unencumbered asset in the bankruptcy out of which the trust could be deemed (para. 99).

[101] After *Sparrow Electric*, Parliament amended the deemed trust to ensure that, in a case like *Sparrow Electric*, the deemed trust attached notwithstanding any security interest held in the debtor’s property (*First Vancouver*, at para. 27). As Iacobucci J. explained in *First Vancouver*, Parliament intended “to grant priority to the deemed trust in respect of property that is also subject to a security interest regardless of when the security interest arose in relation to the time the source deductions were made or when the deemed trust takes effect” (para. 28).¹

[102] In this appeal, the Crown argues that a court-ordered priming charge under the CCAA is a security interest for the purposes of the Crown’s deemed

[100] Le juge Iacobucci, s’exprimant au nom de la majorité de la Cour, a tranché en faveur de la banque. À ce moment-là, les dispositions relatives à la fiducie réputée étaient formulées différemment, ne s’appliquant qu’en cas de « liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite », et le montant des retenues à la source non versées était seulement considéré comme tenu « séparé et ne formant pas partie du patrimoine visé par la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite » (par. 13 (je souligne)). La majorité a donc conclu que la fiducie réputée ne s’attachait pas aux biens de la débitrice puisqu’au moment visé, ces biens appartenaient déjà « légalement à [la banque] » (par. 98). Étant donné que la banque bénéficiait d’un privilège fixe et spécifique sur tous les biens de la débitrice, la fiducie ne pouvait s’attacher à rien. La fiducie ne pouvait s’appliquer que s’il existait des éléments d’actifs libres de toute charge qui auraient pu faire l’objet d’une fiducie réputée (par. 99).

[101] À la suite de l’arrêt *Sparrow Electric*, le législateur a modifié les dispositions relatives à la fiducie réputée de sorte que, dans une affaire comme *Sparrow Electric*, la fiducie réputée s’applique malgré toute autre garantie grevant les biens du débiteur (*First Vancouver*, par. 27). Comme l’a expliqué le juge Iacobucci dans l’arrêt *First Vancouver*, le législateur voulait accorder « la priorité de rang à la fiducie réputée lorsque les biens sont par ailleurs grevés d’une garantie, que celle-ci ait pris effet avant ou après les retenues à la source ou l’application de la fiducie réputée » (par. 28).¹

[102] Dans le présent pourvoi, la Couronne affirme qu’une charge super prioritaire ordonnée par un tribunal en vertu de la LACC constitue une garantie

¹ It bears noting, however, that ss. 227(4) and 227(4.1) of the *ITA* do not give the Crown priority over all creditors. They explicitly carve out an exception for the rights of unpaid suppliers (*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 81.1) and the rights of farmers, fisherman, and aquaculturists (s. 81.2). In addition, s. 227(4.2) of the *ITA* carves out an exception for a prescribed security interest, defined in the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, s. 2201. Broadly, a prescribed security interest is a mortgage in land or a building which is registered before the failure to remit the source deductions at issue (Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/99-322, *Canada Gazette*, Part II, vol. 133, No. 17, August 18, 1999, at pp. 2041-42).

¹ Il convient toutefois de noter que les par. 227(4) et 227(4.1) de la *LIR* n’accordent pas à la Couronne la priorité sur tous les créanciers. Ils prévoient explicitement une exception pour les droits des fournisseurs impayés (*Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 81.1) et les droits des agriculteurs, des pêcheurs et des aquiculteurs (art. 81.2). En outre, le par. 227(4.2) de la *LIR* prévoit une exception pour les garanties visées par règlement, définies dans le *Règlement de l’impôt sur le revenu*, C.R.C., c. 945, art. 2201. De façon générale, est une garantie visée par règlement une hypothèque qui greève un fond de terre ou un bâtiment, à condition que l’hypothèque ait été enregistrée avant le non-versement des retenues à la source en cause (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).

trust. I agree that the definition of “security interest” in s. 224(1.3) of the *ITA* is broad, capturing “any interest in . . . property that secures payment or performance of an obligation and includes an interest . . . created by or arising out of a . . . charge . . . , however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for”. However, Wood makes the observation that court-ordered charges are fundamentally different in nature from the security interests that arise by consensual agreement or by operation of law enumerated in s. 224(1.3) because “they are integrally connected to insolvency proceedings that operate for the benefit of the creditors as a group” (Wood (2020), at p. 98). As a result, he reasons that “it would be reasonable to expect that they would be specifically mentioned in the *ITA* definition of security interest if they were to be included” (p. 98).

[103] While s. 227(4.1) undeniably operates notwithstanding any security interest — and priming charge — over the debtor’s property, the legislative history post-*Sparrow Electric* says nothing about the Crown’s specific right to unremitted source deductions, pursuant to the deemed trust, when a company undergoes restructuring under the *CCAA*. Even if, as the Crown insists, a priming charge under the *CCAA* is a security interest for the purposes of the Crown’s deemed trust (and I do not settle that debate in these reasons), that does not define what *rights* the Crown has, in a *CCAA* restructuring, pursuant to its deemed trust. This Court has never considered how s. 227(4.1) of the *ITA* interacts with the *CCAA* regime in light of the seminal insolvency decisions in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, and *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271. This appeal calls on this Court to do so.

pour les besoins de la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne. Je conviens que la définition du terme « garantie » figurant au par. 224(1.3) de la *LIR* est large et assimile « [un] intérêt sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement » et en précisant que « [s]ont en particulier des garanties les intérêts [. . .] droits nés ou découlant de charges, quelle qu’en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu’elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs ». Cependant, Wood fait remarquer avec justesse que les charges constituées par un tribunal diffèrent fondamentalement des garanties énumérées au par. 224(1.3) qui prennent leur source dans un accord consensuel ou l’application de la loi, car [TRADUCTION] « elles sont intimement liées aux procédures d’insolvabilité qui fonctionnent au profit de l’ensemble des créanciers » (Wood (2020), p. 98). Par conséquent, il opine qu’« il serait raisonnable de s’attendre à ce qu’elles soient expressément mentionnées dans la définition de garantie qui figure dans la *LIR* si elles devaient en faire partie » (p. 98).

[103] Bien que le par. 227(4.1) s’applique indéniablement en dépit de l’existence de toute garantie — ou charge super prioritaire — grevant les biens du débiteur, l’évolution des textes législatifs depuis le prononcé de l’arrêt *Sparrow Electric* est muette à propos du droit spécifique de la Couronne sur les retenues à la source non versées, au titre de la fiducie réputée, lorsqu’une entreprise fait l’objet d’une restructuration sous le régime de la *LACC*. Même si, comme l’affirme avec insistance la Couronne, une charge super prioritaire au titre de la *LACC* est une garantie pour les besoins de la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne (et je ne tranche pas cette question dans les présents motifs), cela ne définit pas les *droits* de la Couronne au titre de la fiducie réputée dans le cadre d’une restructuration sous le régime de la *LACC*. Notre Cour ne s’est jamais penchée sur la façon dont le par. 227(4.1) de la *LIR* interagit avec le régime de la *LACC* à la lumière des arrêts de principe en matière d’insolvabilité *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, et *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271. Le présent pourvoi appelle notre Cour à le faire.

(2) The Right of Beneficial Ownership in Section 227(4.1) of the ITA

[104] The Crown argues that s. 227(4.1) creates a proprietary right in the Crown because it gives the Crown beneficial ownership of the amount of the unremitted source deductions. Because this is an *ownership* right, the amount of the unremitted source deductions is taken out of the debtor's estate, effectively giving the Crown super-priority. In other words, the Crown agrees with the dissent in the Court of Appeal: that property is the Crown's property and a CCAA judge cannot order a charge over it. The Respondents, in line with the Court of Appeal majority, submit that s. 227(4.1) creates a security interest and can therefore be subordinated to a priming charge under the CCAA.

[105] These submissions rely heavily on characterizing the Crown's interest as either a "security interest" or as "proprietary" in nature. However, in my view, defining an entitlement as one or the other does not resolve the issues on appeal because neither characterization has essential features in the abstract. Rather, a statutory entitlement takes its character from the statutory provision. General concepts of "proprietary right" and "security interest" — or of "property," "trust" and "beneficial ownership" — are of limited assistance in this analysis.

[106] This Court has noted that property is often understood as a "bundle of rights" and obligations (*Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166, at para. 43). Depending on which rights someone holds, their "bundle of rights" can be viewed as a weak or robust proprietary interest. For this reason, the holder of a security interest has been described as having a proprietary right in its security. In *Sparrow Electric*, for example, both Iacobucci J., writing for the majority, and Gonthier J., writing for the dissent, explained the secured creditor in that case as having a proprietary right in, and effectively owning, the debtor's property that secured its debt (paras. 42 and 98).

(2) Le droit de bénéficiaire prévu au par. 227(4.1) de la LIR

[104] La Couronne soutient que le par. 227(4.1) lui confère un droit propriétaire puisqu'il lui accorde un droit de bénéficiaire sur le montant des retenues à la source non versées. Puisqu'il s'agit d'un droit *propriétal*, le montant des retenues à la source non versées est soustrait du patrimoine du débiteur, accordant ainsi à la Couronne une super priorité. Autrement dit, la Couronne souscrit à l'opinion dissidente exprimée en Cour d'appel : le bien est la propriété de la Couronne, et un juge chargé d'appliquer la LACC ne peut ordonner aucune charge sur ce bien. Les intimées, à l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, font valoir que le par. 227(4.1) crée une garantie et que celle-ci peut donc être subordonnée à une charge super prioritaire au titre de la LACC.

[105] Ces prétentions sont fondées en grande partie sur la nature de l'intérêt de la Couronne, à savoir « garantie » ou « droit propriétaire ». Cependant, je suis d'avis que le fait de qualifier le droit de l'une ou l'autre façon ne permet pas de résoudre les questions en litige dans le pourvoi étant donné que ni l'une ni l'autre des qualifications ne possède de caractéristiques essentielles dans l'abstrait. La nature d'un droit est définie par la disposition législative qui le prévoit. Les concepts généraux de « droit propriétaire » et de « garantie » — ou de « bien », de « fiducie » et de « droit de bénéficiaire » — ne sont pas d'une grande utilité dans la présente analyse.

[106] Notre Cour a souligné qu'un bien est souvent interprété comme un « faisceau de droits » et d'obligations (*Saulnier c. Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166, par. 43). Selon les droits qu'a une personne, son « faisceau de droits » peut être considéré comme un « intérêt propriétaire » faible ou fort. Pour cette raison, on a dit que le titulaire d'une garantie a un droit propriétaire sur cette garantie. Dans l'arrêt *Sparrow Electric*, par exemple, le juge Iacobucci, au nom de la majorité, et le juge Gonthier, au nom des juges dissidents, ont expliqué que, dans cette affaire, le créancier garanti avait un droit propriétaire sur les biens de la débitrice qui servaient à garantir sa dette et qu'il était effectivement propriétaire de ces biens (par. 42 et 98).

[107] Similarly, Ronald C. C. Cuming, Catherine Walsh and Roderick J. Wood state that, in the context of personal property security legislation, a secured creditor holds a proprietary right in collateral. This is because, for these authors, “[t]he defining characteristic of a proprietary right . . . is that it is . . . enforceable against the world”, and the right of a secured creditor with a perfected security interest is enforceable against the world (*Personal Property Security Law* (2nd ed. 2012), at p. 613). Without an explanation for what the terms mean in a particular context, it is difficult to draw any conclusion from characterizing something as one or the other. (While there is a clear difference between a right *in rem* (available against the world at large) and a right *in personam* (available against a determinate set of individuals), whether the term “proprietary right” means a “right *in rem*” or the term “security interest” means a “right *in personam*” depends upon the statutory context. In any event, the submissions before this Court were not framed in these terms).

[108] This Court explained in *Saulnier* that, when analyzing the definition of property under a statute, there is little use in considering property in the abstract or even under the common law because “Parliament can and does create its own lexicon” for particular purposes (para. 16; see also *Quebec (Revenue) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286, at paras. 11-12). Indeed, “interests unknown to the common law may be created by statute” (*Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 952, at p. 999, citing Ross J. in *Town of Lunenburg v. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386 (N.S.S.C.), at p. 390). As a result, caution is required before importing definitions from other contexts, relying on statements or description from cases out of context, and employing general concepts like “proprietary right” and “security interest”. It is crucial in this appeal to stay within the bounds of the statutory provisions being interpreted.

[109] Section 227(4.1) states that the amount of the unremitted source deductions is “beneficially

[107] Dans le même ordre d’idées, Ronald C. C. Cuming, Catherine Walsh et Roderick J. Wood affirment que, dans le contexte des lois en matière de sûretés mobilières, un créancier garanti possède un droit propriétaire sur les biens donnés en garantie. La raison en est que, pour ces auteurs, [TRADUCTION] « [l]a caractéristique déterminante d’un droit propriétaire est [. . .] qu’il est [. . .] opposable à tous », et le droit d’un créancier garanti ayant une sûreté parfaite est opposable à tous (*Personal Property Security Law* (2^e éd. 2012), p. 613). Sans une explication de ce que signifient les termes dans un contexte donné, il est difficile de tirer quelque conclusion que ce soit de la qualification. (Bien qu’il existe une nette différence entre un droit réel (opposable à tous) et un droit personnel (opposable à un ensemble déterminé de personnes), la question de savoir si le terme « droit propriétaire » s’entend d’un « droit réel » ou si le terme « garantie » s’entend d’un « droit personnel » dépend du contexte législatif. Quoi qu’il en soit, les observations présentées devant notre Cour n’étaient pas formulées en ces termes).

[108] Dans l’arrêt *Saulnier*, notre Cour a expliqué qu’au moment d’analyser la définition d’un bien contenue dans une loi, il n’est pas utile d’examiner la notion de « bien » dans l’abstrait, ni même dans la common law parce que « le législateur peut, à des fins particulières, créer sa propre nomenclature, et il lui arrive effectivement de le faire » (par. 16; voir aussi *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286, par. 11-12). En effet, « des droits étrangers à la common law peuvent naître d’une loi » (*Wotherspoon c. Canadien Pacifique Ltée*, [1987] 1 R.C.S. 952, p. 999, citant le juge Ross dans *Town of Lunenburg c. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386 (C.S. N.-É.), p. 390). Par conséquent, une certaine prudence s’impose avant d’utiliser des définitions tirées d’autres contextes, de s’appuyer sur des déclarations ou des descriptions tirées d’affaires hors contexte et d’employer des concepts généraux comme le « droit propriétaire » et la « garantie ». Il est essentiel, dans le présent pourvoi, de ne pas déborder du cadre des dispositions législatives à interpréter.

[109] Aux termes du par. 227(4.1), la Couronne a un « droit de bénéficiaire » sur le montant des

owned” by the Crown. However, it does not follow that this right of beneficial ownership is absolute or that the term imports specific rights that flow from it. This is not a case where Parliament has used a term with an established legal meaning — leading to an inference that Parliament has given the term that meaning in the statute in question (*R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402, at para. 20). The concept of beneficial ownership does not have a precise doctrinal meaning in the common law of Canada, and it does not exist in the civil law of Quebec. It is also not used consistently in the *ITA*. The meaning of “beneficially owned” in s. 227(4.1) can only be understood in the specific, relevant statutory context in which it arises. To that end, while s. 227(4.1) uses the mechanism of a trust and confers some type of beneficial ownership on the Crown, it modifies even those features of beneficial ownership that are widely associated with it under the common law.

[110] As a federal statute with national application, the *ITA* rests on the private law of the provinces. This relationship of complementarity is codified in s. 8.1 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21. However, the federal statute can derogate and dissociate itself from the private law when it legislates on a matter that falls within its jurisdiction: see M. Lamoureux, “*The Harmonization of Tax Legislation Dissociation: A Mechanism of Exception Part III*” (online). As I shall explain, the trust created by s. 227(4.1) disassociates itself from the requirements of a trust in both the provincial common law and civil law.

[111] I proceed as follows: (1) there is no settled doctrinal meaning of the term beneficial ownership; and (2) s. 227(4.1) does not create a true trust because there is no certainty of subject matter. A lack of certainty of subject matters means that the Crown cannot, through tracing, claim appreciation of trust value and the trustee (tax debtor) is free to dispose of trust property. These features render the Crown’s beneficial ownership weaker than generally understood at common law. The result is an interest “unknown to the common [or civil] law”. We cannot, therefore, look at s. 227(4.1) in isolation to define

retenues à la source non versées. Il ne s’ensuit toutefois pas que ce droit de bénéficiaire est absolu ni qu’il découle de ce terme des droits particuliers. Il ne s’agit pas en l’espèce d’un cas où le législateur a utilisé un terme ayant une signification juridique bien établie — menant à une inférence selon laquelle le législateur a donné cette signification précise au terme dans la loi en question (*R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, par. 20). Le concept du droit de bénéficiaire n’a pas de signification doctrinale précise dans la common law canadienne, et il n’existe pas dans le droit civil québécois. Il n’est pas non plus utilisé de façon uniforme dans la *LIR*. Le sens du terme « droit de bénéficiaire » utilisé au par. 227(4.1) ne peut être saisi que dans le contexte législatif précis et pertinent où il est employé. À cet égard, bien que le par. 227(4.1) prévoit un mécanisme de fiducie et qu’il confère un certain droit de bénéficiaire à la Couronne, il modifie les caractéristiques qui sont généralement associées à ce droit de bénéficiaire dans la common law.

[110] En tant que loi fédérale d’application nationale, la *LIR* repose sur le droit privé des provinces. Ce rapport de complémentarité est établi à l’art. 8.1 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21. La loi fédérale peut cependant déroger au droit privé et s’en dissocier lorsqu’elle porte sur une matière qui relève de sa compétence : voir M. Lamoureux, « *L’harmonisation des lois fiscales — La dissociation : Un mécanisme d’exception Partie III* » (en ligne). Comme je l’expliquerai, la fiducie créée en vertu du par. 227(4.1) se dissocie des conditions d’une fiducie tant en common law provinciale qu’en droit civil.

[111] Voici de quelle manière je vais procéder : (1) le terme « droit de bénéficiaire » n’a pas de signification établie dans la doctrine et (2) le par. 227(4.1) ne crée pas une fiducie véritable puisqu’il n’existe aucune certitude quant à sa matière. L’absence de certitude à cet égard signifie que la Couronne ne peut pas, au moyen du retraçage de l’origine des biens, réclamer l’appréciation de la valeur de la fiducie, et le fiduciaire (débitur fiscal) est libre de disposer des biens de la fiducie. Ces caractéristiques font du droit de bénéficiaire de la Couronne un droit plus faible que le sens qui lui est généralement donné en

the way in which the Crown’s “beneficially owned” property under s. 227(4.1) should be treated in an insolvency — that clarification must come from, and indeed does come from, Parliament’s insolvency legislation.

(a) *No Settled Doctrinal Meaning*

[112] Beneficial ownership is most commonly used in the law of trusts to broadly distinguish between who has legal title to property (the trustee) and who has beneficial enjoyment of that property (the beneficiary). *Black’s Law Dictionary* (11th ed. 2019), for example, defines a “beneficial owner” as “[o]ne recognized in equity as the owner of something because use and title belong to that person, even though legal title may belong to someone else, esp. one for whom property is held in trust” (p. 1331).

[113] Despite this common usage, there is no clear definition of the rights flowing from the term “beneficial ownership” under the common law (see, e.g., C. Brown, “Beneficial Ownership and the Income Tax Act” (2003), 51 *Can. Tax J.* 401; M. D. Brender, “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, at p. 316). As well, the *Civil Code of Québec* does not have a concept of beneficial ownership (see *Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d’Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31, at paras. 48-49).

[114] The term itself is also contentious within the academy, giving rise to a heated debate about whether a trust beneficiary should be thought of as an owner at all (see, e.g., D. W. M. Waters, “The Nature of the Trust Beneficiary’s Interest” (1967), 45 *Can. Bar Rev.* 219; L. D. Smith, “Trust and Patrimony” (2008), 38 *R.G.D.* 379; B. McFarlane and R. Stevens,

common law. Il en résulte un droit « étrang[er] à la *common law* [ou au droit civil] ». Nous ne pouvons donc pas nous fier au seul par. 227(4.1) pour définir de quelle façon les biens dans lesquels la Couronne a un « droit de bénéficiaire » au titre du par. 227(4.1) devraient être traités en cas d’insolvabilité — cette précision doit venir, et elle vient effectivement, de la législation du Parlement en matière d’insolvabilité.

a) *Aucune signification établie dans la doctrine*

[112] Le concept du droit de bénéficiaire est plus couramment utilisé dans le domaine du droit des fiducies afin d’établir une distinction générale entre celui qui possède un titre en common law sur un bien (le fiduciaire) et celui qui a la jouissance de ce bien (le bénéficiaire). Selon le *Black’s Law Dictionary* (11^e éd. 2019), par exemple, le « *beneficial owner* » (propriétaire bénéficiaire) est défini comme [TRA-DUCTION] « [l]a personne reconnue en equity comme le propriétaire d’une chose parce que l’utilisation et le titre lui appartiennent, même si le titre juridique appartient peut-être à quelqu’un d’autre, surtout une personne pour qui des biens sont détenus en fiducie » (p. 1331).

[113] Malgré ce sens couramment donné, il n’existe pas de définition claire des droits qui découlent du « droit de bénéficiaire » en common law (voir, p. ex., C. Brown, « Propriété effective et Loi de l’impôt sur le revenu » (2003), 51 *Rev. fisc. can.* 454; M. D. Brender, « 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, p. 360). En outre, le concept de « droit de bénéficiaire » ne figure pas dans le *Code civil du Québec* (voir *Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d’Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31, par. 48-49).

[114] Également sujet à controverse dans le milieu universitaire, le terme est à l’origine d’un débat houleux sur la question de savoir si le bénéficiaire d’une fiducie devrait être considéré comme un *propriétaire* (voir, p. ex., D. W. M. Waters, « The Nature of the Trust Beneficiary’s Interest » (1967), 45 *R. du B. can.* 219; L. D. Smith, « Trust and Patrimony » (2008),

“The nature of equitable property” (2010), 4 *J. Eq.* 1; J. E. Penner, “The (True) Nature of a Beneficiary’s Equitable Proprietary Interest under a Trust” (2014), 27 *Can. J.L. & Jur.* 473; Brender, at p. 316). The conventional view is that a trust beneficiary only has a right *in personam* against the trustee to enforce the terms of the trust, which is not a proprietary right in the trust property. A different view is that a trust beneficiary has equitable ownership of trust property, despite the existence of an intermediary with legal title (Brown, at pp. 413-14). Some suggest that there is a midway approach in Canada: depending on the context, a beneficiary’s right is either a personal right against the trustee or a proprietary right in trust property (Brender, at p. 316).

[115] In “Beneficial Ownership and the Income Tax Act”, Brown notes the debate in the academy and analyzes how the terms “beneficial ownership”, “beneficial owner”, and “beneficially owned” are used in the *ITA*. After examining 26 provisions invoking beneficial ownership in the *ITA*, she concludes that its meaning is “no longer obvious” (p. 452).

[116] This Court need not resolve the ongoing debate. However, it serves to highlight that “the real question is what is the nature of a beneficiary’s interest in a trust when considered in the context of the legislation that is sought to be applied” (Brown, at p. 419). In the *ITA* context, Brown concludes that “the matter of what ‘beneficial ownership’ means for tax purposes must be settled within the structure of the *ITA*” (p. 435). Further, whether the beneficiary’s rights within the *ITA* are *in rem* or *in personam* will often depend on a combination of factors, like the wording of the deeming provision, private law concepts, case law, and tax policy (see pp. 435-36).

[117] In my view, the works cited above belie the notion that s. 227(4.1) of the *ITA*, and its use of the

38 *R. G. D.* 379; B. McFarlane et R. Stevens, « The nature of equitable property » (2010), 4 *J. Eq.* 1; J. E. Penner, « The (True) Nature of a Beneficiary’s Equitable Proprietary Interest under a Trust » (2014), 27 *Can. J.L. & Jur.* 473; Brender, p. 360). On estime d’ordinaire que le bénéficiaire d’une fiducie n’a que le droit personnel d’exiger du fiduciaire qu’il exécute les conditions de la fiducie, lequel droit ne constitue pas un droit de propriété sur les biens de la fiducie. Un autre avis est que le bénéficiaire d’une fiducie a un droit de propriété en equity sur les biens de la fiducie, malgré l’existence d’un intermédiaire détenant un titre légal (Brown, p. 468-469). Certains suggèrent qu’il existe une approche intermédiaire au Canada : selon le contexte, le droit d’un bénéficiaire est soit un droit personnel à l’encontre du fiduciaire, soit un droit de propriété sur les biens de la fiducie (Brender, p. 360).

[115] Dans « Propriété effective et Loi de l’impôt sur le revenu », Brown souligne le débat qui divise les spécialistes du domaine et elle analyse la façon dont les termes « *beneficial ownership* », « *beneficial owner* » et « *beneficially owned* » (« droit de bénéficiaire » et « propriétaire bénéficiaire ») sont utilisés dans la *LIR*. Après avoir étudié 26 dispositions de la *LIR* contenant « *beneficial ownership* », elle en arrive à la conclusion que son sens « n’est plus aussi évident » (p. 512).

[116] Notre Cour n’a pas à résoudre le débat en cours. Toutefois, ce débat fait ressortir que « la vraie question est la suivante : quelle est la nature de l’intérêt du bénéficiaire à l’égard d’une fiducie dans le contexte de la loi applicable [. . .]? » (Brown, p. 474). Dans le contexte de la *LIR*, Brown conclut que « le sens du concept de propriété effective aux fins d’impôt doit être établi dans le contexte de la *LIR* » (p. 493). En outre, la question de savoir si les droits d’un bénéficiaire prévus par la *LIR* sont réels ou personnels (*in rem* ou *in personam*) dépendra souvent d’une combinaison de facteurs, comme le libellé des dispositions déterminatives, les concepts de droit privé, la jurisprudence et les politiques fiscales (voir p. 493-494).

[117] À mon avis, les ouvrages précités contredisent l’idée que le par. 227(4.1) de la *LIR*, et son

concept of beneficial ownership, is unequivocal in meaning. Not only is there no settled definition of beneficial ownership under the common law, there also appears to be no consistent meaning of the term in the *ITA*. And the concept does not exist in Quebec civil law. The meaning of beneficial ownership when used in a statute must always be construed within the context of the particular provision in which it occurs. What is necessary is careful scrutiny of s. 227(4.1), and specifically, the right of beneficial ownership it gives the Crown, particularly in the context of a statutory deemed trust with no specific subject matter.

(b) *Section 227(4.1) Does Not Create a “True” Trust*

[118] A statutory deemed trust is a unique legal vehicle. Unlike an express trust, which can be created by contract, will, or oral and written declarations, and unlike a trust that arises by operation of law, a statutory deemed trust “is a trust that legislation brings into existence by constituting certain property as trust property and a certain person as the trustee of that property” (*Guarantee Company of North America v. Royal Bank of Canada*, 2019 ONCA 9, 144 O.R. (3d) 225, at para. 18; see also A. Grenon, “Common Law and Statutory Trusts: In Search of Missing Links” (1995), 15 *Est. & Tr. J.* 109, at p. 110).

[119] Being a creature of statute, a statutory deemed trust does not have to fulfill the ordinary requirements of trust law, namely, certainty of intention, certainty of subject matter, and certainty of object (*British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; see also *Friends of Toronto Public Cemeteries Inc. v. Public Guardian and Trustee*, 2020 ONCA 282, 59 E.T.R. (4th) 174, at para. 163).

[120] Section 227(4.1), for example, does not fulfill the ordinary requirements of the common law of trusts (see R. J. Wood and R. T. G. Reeson, “The Continuing Saga of the Statutory Deemed Trust: *Royal Bank v. Tuxedo Transportation Ltd.*” (2000),

recours au concept de droit de bénéficiaire, a un sens sans équivoque. Non seulement il n’existe aucune définition établie du « droit de bénéficiaire » dans la common law, mais il appert également que la *LIR* ne lui donne pas un sens uniforme. En outre, le concept n’existe pas en droit civil québécois. Le sens du terme « droit de bénéficiaire », lorsqu’il est employé dans une loi, doit toujours être interprété dans le contexte de la disposition où il figure. Il est nécessaire de procéder à un examen minutieux du par. 227(4.1) et, plus particulièrement, du droit de bénéficiaire qu’il confère à la Couronne, notamment dans le cas d’une fiducie réputée créée par la loi sans certitude quant à sa matière.

b) *Le paragraphe 227(4.1) ne crée pas une fiducie « véritable »*

[118] Une fiducie réputée créée par la loi est un mécanisme juridique unique. Contrairement à une fiducie expresse, qui peut être établie par contrat, par testament ou par déclaration orale ou écrite, et contrairement à une fiducie qui découle de l’application de la loi, une fiducie réputée créée par la loi [TRADUCTION] « est une fiducie que crée la loi en constituant certains biens en biens de fiducie et en désignant une certaine personne comme fiduciaire de ces biens » (*Guarantee Company of North America c. Royal Bank of Canada*, 2019 ONCA 9, 144 O.R. (3d) 225, par. 18; voir aussi A. Grenon, « Common Law and Statutory Trusts : In Search of Missing Links » (1995), 15 *Est. & Tr. J.* 109, p. 110).

[119] 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, soit la certitude quant à l’intention, la certitude quant à la matière et la certitude quant à l’objet (*Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; voir aussi *Friends of Toronto Public Cemeteries Inc. c. Public Guardian and Trustee*, 2020 ONCA 282, 59 E.T.R. (4th) 174, par. 163).

[120] Le paragraphe 227(4.1), par exemple, ne satisfait pas aux exigences ordinaires de la common law en matière de fiducies (voir R. J. Wood et R. T. G. Reeson, « The Continuing Saga of the Statutory Deemed Trust : *Royal Bank v. Tuxedo Transportation*

15 *B.F.L.R.* 515, at pp. 522-24). There is no identifiable trust property and therefore no certainty of subject matter (*Henfrey*, at p. 35). To use the terminology in *Henfrey*, s. 227(4.1) is not a “true” trust (p. 34). 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: see *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, 2004 SCC 29, [2004] 1 S.C.R. 758, at para. 31.

[121] This departure from a standard requirement of trust formation — certainty of subject matter — results in at least two features of s. 227(4.1) that are at odds with the operation of ordinary trusts. First, through equitable tracing, the beneficiary of a trust can claim appreciation in trust value, but this advantage is impossible without identifiable trust property (*Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70, at pp. 79 and 92-93; *Foskett v. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102 (H.L.), at pp. 129-31; L. D. Smith, *The Law of Tracing* (1997), at pp. 347-48). The tracing mechanism in s. 227(4.1) provides that the value of any unremitted source deductions continues to survive in the assets remaining in the tax debtor’s hands. Section 227(4.1) traces the *value* of the unremitted source deductions, necessarily capping the Crown’s right at that value. In *Sparrow Electric*, Gonthier J. explained that such a tracing mechanism is “antithetical to tracing in the traditional sense, to the extent that it requires no link at all between the subject matter of the trust and the fund or asset which the subject matter is being traced into” (para. 37; see also Wood and Reeson, at p. 518; Smith (1997), at pp. 310-20 and 347-48; R. J. Wood, “The Floating Charge in Canada” (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191, at p. 221).

[122] While s. 227(4.1) gives the Crown beneficial ownership in the value of unremitted source deductions, it does not allow the Crown to claim more than the value of the source deductions. In other words, it gives the Crown the right of beneficial ownership

Ltd. » (2000), 15 *B.F.L.R.* 515, p. 522-524). Les biens de la fiducie ne sont pas identifiables, et il n’y a donc aucune certitude quant à sa matière (*Henfrey*, p. 35). Pour reprendre la terminologie utilisée dans l’arrêt *Henfrey*, le par. 227(4.1) ne crée pas une fiducie « véritable » (p. 34). 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* : voir *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 R.C.S. 758, par. 31.

[121] Cette dérogation à une exigence normale de la constitution d’une fiducie — la certitude quant à la matière — fait en sorte qu’au moins deux caractéristiques du par. 227(4.1) ne cadrent pas avec le fonctionnement des fiducies ordinaires. Premièrement, grâce aux règles de retraçage des biens en equity, le bénéficiaire d’une fiducie peut réclamer l’appréciation de la valeur de la fiducie, mais cet avantage ne représente rien si les biens de la fiducie ne sont pas identifiables (*Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70, p. 79 et 92-93; *Foskett c. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102 (H.L.), p. 129-131; L. D. Smith, *The Law of Tracing* (1997), p. 347-348). Le mécanisme de retraçage exposé au par. 227(4.1) prévoit que la valeur des retenues à la source non versées subsiste dans les actifs qui demeurent en la possession du débiteur fiscal. Le paragraphe 227(4.1) permet d’établir la *valeur* des retenues à la source non versées, limitant automatiquement le droit de la Couronne à cette valeur. Dans l’arrêt *Sparrow Electric*, le juge Gonthier a expliqué qu’un tel mécanisme permettant de retracer l’origine d’un bien était « à l’opposé du sens traditionnel du mot “retracer”, dans la mesure où il ne nécessite aucun lien entre l’objet de la fiducie et le fonds ou l’actif auquel on rattache cet objet » (par. 37; voir aussi Wood et Reeson, p. 518; Smith (1997), p. 310-320 et 347-348; R. J. Wood, « The Floating Charge in Canada » (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191, p. 221).

[122] Si le par. 227(4.1) confère à la Couronne un droit de bénéficiaire sur la valeur des retenues à la source non versées, il ne permet pas à la Couronne de réclamer davantage que la valeur de ces retenues. Autrement dit, il confère à la Couronne un droit de

without at least some of the advantages that beneficial ownership often entails.

[123] Second, a trustee cannot normally dispose of trust property in the ordinary course of the trustee's business. Section 227(4.1), however, allows the tax debtor to dispose of its property, conveying clear title to property subject to the trust.

[124] This was the point made by Iacobucci J. in *First Vancouver* when he likened the deemed trust in s. 227(4.1) to a floating charge. Because a floating charge is a security interest, the Respondents rely on Iacobucci J.'s analogy to argue that s. 227(4.1) only creates a security interest as opposed to a proprietary right. I disagree with the Respondents' submission — the limited analogy to a floating charge in that context cannot be relied on in this case to liken the Crown's interest to a security interest for the purposes of the CCAA.

[125] One of the issues in *First Vancouver* was whether the deemed trust in s. 227(4.1) continued to attach to property that had been sold by the tax debtor to a third-party purchaser for value. The Court concluded that, in the event of a sale to a third party, "the trust property is replaced by the proceeds of sale of such property" (para. 40). This is because the deemed trust "does not attach specifically to any particular assets of the tax debtor so as to prevent their sale" and the tax debtor is thereby "free to alienate its property in the ordinary course" (para. 40). In this way, "the deemed trust is in principle similar to a floating charge over all the assets of the tax debtor" (para. 40). As a result, the deemed trust in s. 227(4.1) would not override the rights of third-party purchasers for value (para. 44).

[126] In short, the deemed trust in s. 227(4.1) clearly "anticipate[s] that the character of the tax debtor's property will change over time" (*First Vancouver*, at para. 41). In making these statements, Iacobucci J. did not, however, equate the

bénéficiaire sans certains des avantages qui y sont souvent rattachés.

[123] Deuxièmement, un fiduciaire ne peut généralement pas disposer des biens de la fiducie dans le cours normal de ses activités. Le paragraphe 227(4.1) permet toutefois au débiteur fiscal de disposer de ses biens, traduisant un titre de propriété incontestable sur les biens assujettis à la fiducie.

[124] C'est le raisonnement qu'a exprimé le juge Iacobucci dans l'arrêt *First Vancouver* quand il a comparé la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) à une charge flottante. Puisqu'une charge flottante est une garantie, les intimées s'appuient sur l'analogie du juge Iacobucci pour soutenir que le par. 227(4.1) crée seulement une garantie et non un droit propriétaire. Je ne souscris pas à l'affirmation des intimées — la comparaison restreinte avec une charge flottante faite dans ce contexte ne peut pas être invoquée en l'espèce pour assimiler le droit de la Couronne à une garantie pour l'application de la LACC.

[125] Une des questions soulevées dans l'arrêt *First Vancouver* était celle de savoir si la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) s'attachait toujours aux biens vendus à titre onéreux à un tiers par le débiteur fiscal. La Cour a conclu que, si le bien est vendu à un tiers, « ce bien [est] alors remplacé par le produit de la vente » (para. 40). Il en est ainsi parce que la fiducie réputée « ne vise pas certains biens en particulier du débiteur fiscal de façon à en empêcher la vente », le débiteur est donc « libre de se départir d'un bien détenu en fiducie dans le cadre normal de ses activités » (para. 40). De cette façon, la fiducie réputée « s'apparent[e], sur le plan des principes, à une charge flottante grevant [...] l'ensemble des éléments d'actif du débiteur fiscal » (para. 40). Par conséquent, la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) ne l'emporterait pas sur le respect des droits de l'acquéreur à titre onéreux (para. 44).

[126] En résumé, dans le cas d'une fiducie réputée prévue au par. 227(4.1), « il est [clairement] à prévoir que la nature des biens du débiteur fiscal changera avec le temps » (*First Vancouver*, par. 41). Le juge Iacobucci n'a toutefois pas assimilé la fiducie réputée

deemed trust in s. 227(4.1) to a floating charge for all purposes. Otherwise, the trust would not attach until an event of crystallization, and s. 227(4.1) clearly contemplates that the trust attaches from the moment source deductions are made or withheld (see s. 227(4.1)(a) and (b); see also A. Duggan and J. Ziegel, “Justice Iacobucci and the Canadian Law of Deemed Trusts and Chattel Security” (2007), 57 *U.T.L.J.* 227, at p. 246; Wood (1989), at p. 195).

[127] The Court’s limited analogy to a floating charge in *First Vancouver* helps explain why “beneficial ownership” in s. 227(4.1) again means something narrower than it does outside of that statutory context. The Crown’s right of beneficial ownership does not prevent the trustee from disposing of trust property until the Canada Revenue Agency (CRA) enforces the deemed trust (Canada Revenue Agency, *Tax collections policies* (online); see also *ITA*, ss. 222, 223(1) to (3), (5) and (6) and 224(1)). Freely disposing of trust property, including for one’s own business purposes, is obviously not something a trustee can do under the common law.

[128] The Crown’s reliance on s. 227(4.1)(b) of the *ITA* is misplaced for similar reasons. That clause specifies that the amount of the unremitted source deductions is deemed to “form no part of the estate or property of the person from the time the amount was so deducted or withheld”. The Crown argues that this is further clarification that a *CCAA* judge cannot order a charge over that amount. Again, the deeming words of s. 227(4.1)(b) must be interpreted in the context of a trust without certainty of subject matter. To say that a certain *amount* does not form part of the debtor’s estate or property reiterates that the Crown has an interest in that amount; it also clarifies that the debtor’s interest in its estate is reduced by that amount. However, it does not change the *makeup* of the estate itself — it does not change the specific property that constitutes the debtor’s estate. So long as the thing that is deemed not to form part of the debtor’s estate or property is an amount or value of money rather than property with a specific subject

prévue au par. 227(4.1) à une charge flottante à toutes les fins. Sinon, la fiducie ne s’appliquerait pas avant la cristallisation du droit, et le par. 227(4.1) indique clairement que la fiducie s’applique dès le moment où les retenues à la source sont faites ou détenues (voir les al. 227(4.1)a) et b); voir aussi A. Duggan et J. Ziegel, « Justice Iacobucci and the Canadian Law of Deemed Trusts and Chattel Security » (2007), 57 *U.T.L.J.* 227, p. 246; Wood (1989), p. 195).

[127] L’analogie restreinte avec une charge flottante faite par la Cour dans l’arrêt *First Vancouver* aide à expliquer pourquoi le « droit de bénéficiaire » prévu au par. 227(4.1) a une signification plus étroite dans son contexte législatif qu’en dehors de celui-ci. Le droit de bénéficiaire de la Couronne n’empêche pas le fiduciaire de disposer des biens de la fiducie jusqu’à ce que l’Agence du revenu du Canada (ARC) fasse exécuter la fiducie réputée (Agence du revenu du Canada, *Politiques de recouvrement de l’impôt* (en ligne); voir aussi la *LIR*, art. 222 et par. 223(1) à (3), par. 223 (5) et (6) et par. 224(1)). Disposer librement des biens d’une fiducie, y compris pour ses propres activités commerciales, n’est manifestement pas une chose qu’un fiduciaire peut faire selon les règles de la common law.

[128] C’est à tort, pour des raisons semblables, que la Couronne s’appuie sur l’al. 227(4.1)b) de la *LIR*. Cette disposition précise que le montant des retenues à la source non versées est réputé « ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est déduit ou retenu ». La Couronne plaide que cette disposition vient renforcer la thèse selon laquelle le juge chargé d’appliquer la *LACC* ne peut pas ordonner de charge sur ce montant. Une fois de plus, la disposition déterminative de l’al. 227(4.1)b) doit être interprétée dans le contexte d’une fiducie créée sans certitude quant à sa matière. Dire qu’un certain *montant* ne fait pas partie du patrimoine ou des biens d’un débiteur confirme que la Couronne a un intérêt à l’égard de ce montant; cela confirme également que ce montant est soustrait de l’intérêt du débiteur dans son patrimoine. Cependant, cela ne change rien à la *constitution* du patrimoine lui-même — les biens précis qui font partie du patrimoine du débiteur ne changent pas. Tant que ce

matter, the debtor's estate remains unchanged and the debtor continues to have control over it.

[129] To conclude, beneficial ownership under s. 227(4.1) is a manipulation of the concept of beneficial ownership under ordinary principles of trust law. The logical incoherence of s. 227(4.1) has prompted some scholars to criticize the provision as using inappropriate legal concepts. For example, Wood and Reeson state:

... we believe that the design of [s. 227(4.1) of the *ITA*] is deeply flawed. ... In large measure, the difficulties have as their source the use of inappropriate legal concepts. The concept of a trust is used in the legislation, but in virtually every respect the characteristics of a trust are lacking. The employer is not actually required to hold the money separate and apart, the usual fiduciary obligations of a trustee are absent, and the trust exists without a *res*. The law of tracing is similarly corrupted. The tracing exercise does not seek to identify a chain of substitutions, and a proprietary claim is available without the need for a proprietary base.

...

The misuse of the trust concept and the perversion of conventional tracing principles empty these concepts of meaning and will pose a threat to the rationality of the law. [Footnote omitted; pp. 531-33.]

[130] Others have similarly commented that, in substance, s. 227(4.1) only creates a security interest (J. S. Ziegel, "Crown Priorities, Deemed Trusts and Floating Charges: *First Vancouver Finance v. Minister of National Revenue*" (2004), 45 C.B.R. (4th) 244, at p. 248; Duggan and Ziegel, at pp. 239 and 245-46; M. J. Hanlon, V. Tickle and E. Csiszar, "Conflicting Case Law, Competing Statutes, and the Confounding Priority Battle of the Interim Financing Charge and the Crown's Deemed Trust for Source

qui est réputé ne pas faire partie du patrimoine ou des biens du débiteur est un montant d'argent — et non des biens qui ont une matière précise — le patrimoine du débiteur demeure inchangé et le débiteur en conserve la maîtrise.

[129] En conclusion, le droit de bénéficiaire prévu au par. 227(4.1) constitue une manipulation du concept du droit de bénéficiaire selon les principes ordinaires du droit des fiducies. L'incohérence logique du par. 227(4.1) a mené certains auteurs à critiquer la disposition, faisant valoir qu'elle emploie des concepts juridiques inappropriés. Par exemple, Wood et Reeson affirment ce qui suit :

[TRADUCTION] ... nous croyons que la conception du [par. 227(4.1) de la *LIR*] comporte de graves lacunes. [...] Dans une large mesure, les lacunes découlent de l'emploi de concepts juridiques inappropriés. On recourt au concept de fiducie, mais à pratiquement tous les égards, les caractéristiques d'une fiducie ne sont pas présentes. L'employeur n'est, en réalité, pas tenu de détenir l'argent séparément de ses propres biens, les obligations qui incombent généralement à un fiduciaire sont absentes, et la fiducie existe sans certitude quant à la matière. En outre, les règles de retraçage des biens ne sont pas respectées. Le retraçage des biens ne vise pas à déterminer une chaîne de substitutions, et une réclamation fondée sur un droit de propriété est possible sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait droit de propriété.

...

Le recours erroné au concept de fiducie et le détournement des principes ordinaires d'établissement de l'origine des biens vident ces concepts de leur sens et compromettent la rationalité du droit. [Note en bas de page omise; p. 531-533.]

[130] D'autres ont également dit qu'en substance, le par. 227(4.1) crée uniquement une garantie (J. S. Ziegel, « Crown Priorities, Deemed Trusts and Floating Charges : *First Vancouver Finance v. Minister of National Revenue* » (2004), 45 C.B.R. (4^e) 244, p. 248; Duggan et Ziegel, p. 239 et 245-246; M. J. Hanlon, V. Tickle et E. 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 »,

Deductions”, in J. P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018* (2019), 897).

[131] Similarly, in *Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, this Court rejected the Crown’s argument that s. 222(3) of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (*ETA*), which is nearly identical to s. 227(4.1) of the *ITA*, created a proprietary right in the Crown (paras. 20-27). In that case, the debtor companies owed goods and services tax (GST) at the time of their respective bankruptcies. As the Crown’s GST claims are unsecured in bankruptcy, the tax authorities took the position that amounts owing up to the date of the bankruptcy were the Crown’s property. This Court unanimously disagreed with that position, concluding that the manner and mechanism of collecting GST was not consistent with a proprietary right (paras. 21-23).

[132] In any event, treating s. 227(4.1) as only effectively creating a security interest would not resolve the issues in this appeal without reference to how the Crown’s interest arises under the *CCAA*. As noted above, broad general characterizations do not help in defining the specific attributes of this deemed trust. This Court must grapple with the fact that s. 227(4.1) is both structured as a security interest, like a charge, but also uses the mechanism of a deemed trust.

[133] The takeaway for this appeal is that the structure of s. 227(4.1), on its own, does not shed light on what to do with the Crown’s beneficial ownership of unremitted source deductions in the insolvency regimes. Although the provision is clear 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*. The unique statutory device manipulates private law concepts and cannot be carried through to a logical conclusion for the purposes of insolvency. For this reason, it is not surprising that the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (*BIA*) and the *CCAA* specifically articulate

dans J. P. Sarra et autres, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2018* (2019), 897).

[131] De la même façon, dans l’arrêt *Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, notre Cour a rejeté l’argument de la Couronne selon lequel le par. 222(3) de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, c. E-15 (*LTA*), quasi identique au par. 227(4.1) de la *LIR*, conférait à la Couronne un droit propriétaire (par. 20-27). Dans cette affaire, les compagnies débitrices devaient des montants de taxe sur les produits et services (TPS) au moment de leurs faillites respectives. Puisque les réclamations de la Couronne à l’égard de la TPS ne sont pas garanties en cas de faillite, les autorités fiscales ont soutenu que les montants dus à la date de la faillite appartenaient à la Couronne. Notre Cour a rejeté à l’unanimité cet argument, concluant que le mode et le mécanisme de perception de la TPS ne concordaient pas avec un droit de propriété (par. 21-23).

[132] Quoi qu’il en soit, considérer que le par. 227(4.1) ne crée en réalité qu’une garantie, sans examiner la façon dont l’intérêt de la Couronne découle de la *LACC*, ne résoudrait pas les questions en litige dans le présent pourvoi. Comme je l’ai mentionné précédemment, les qualifications générales n’aident pas à définir les attributs précis de la fiducie réputée en cause. Notre Cour doit composer avec le fait que le par. 227(4.1) est structuré comme une garantie (p. ex., une charge), mais qu’il utilise également le mécanisme d’une fiducie réputée.

[133] Ce qu’il faut retenir pour le présent pourvoi, c’est que la structure du par. 227(4.1) ne permet pas à elle seule de faire la lumière sur ce qu’il convient de faire, dans le cadre des régimes d’insolvabilité, avec le droit de bénéficiaire que détient la Couronne sur les retenues à la source non versées. 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 mécanisme unique créé par la loi adapte les concepts de droit privé et ne peut mener à une conclusion logique dans un contexte d’insolvabilité. Pour cette raison, il n’est pas étonnant que la *Loi sur la faillite*

how the deemed trust for unremitted source deductions should be treated.

[134] I now turn to that half of the equation: Parliament's insolvency regime.

B. *How Is the Crown's Deemed Trust for Unremitted Source Deductions Treated in Parliament's Insolvency Regime?*

(1) Parliament's Insolvency Regime

[135] There are three main statutes in Parliament's insolvency regime: the *CCAA*, which is at issue in this appeal, the *BIA* and the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11 (*WURA*). (The *WURA* covers insolvencies of financial institutions and certain other corporations, like insurance companies, and is not relevant to this appeal (s. 6(1); 9354-9186 *Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521, at para. 39)). In *Century Services*, Deschamps J., writing for the majority, described insolvency as

the factual situation that arises when a debtor is unable to pay creditors Certain legal proceedings become available upon insolvency, which typically allow a debtor to obtain a court order staying its creditors' enforcement actions and attempt to obtain a binding compromise with creditors to adjust the payment conditions to something more realistic. Alternatively, the debtor's assets may be liquidated and debts paid from the proceeds according to statutory priority rules. The former is usually referred to as reorganization or restructuring while the latter is termed liquidation. [para. 12]

[136] The *BIA* contains both a liquidation regime and a restructuring regime (*Century Services*, at paras. 13 and 78). The liquidation regime provides a detailed statutory scheme of distribution whereby the debtor's assets are liquidated and distributed to creditors. In contrast, the restructuring regime allows

et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3 (*LFI*), et la *LACC* énoncent précisément la façon dont la fiducie réputée créée à l'égard des retenues à la source non versées devrait être traitée.

[134] Je passe maintenant à cette autre moitié de l'équation : le régime d'insolvabilité du législateur.

B. *De quelle façon la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées est-elle traitée dans le régime d'insolvabilité du législateur?*

(1) Régime d'insolvabilité du législateur

[135] Le régime d'insolvabilité du législateur comporte trois lois principales : la *LACC*, qui est en cause dans le présent pourvoi, la *LFI* et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, c. W-11 (*LLR*). (La *LLR* porte sur l'insolvabilité d'institutions financières et d'autres sociétés en particulier, telles les compagnies d'assurance, et elle n'est pas pertinente en l'espèce (par. 6(1); 9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, par. 39)). Dans l'arrêt *Century Services*, la juge Deschamps, se prononçant au nom de la majorité, a décrit l'insolvabilité ainsi :

. . . la situation de fait qui se présente quand un débiteur n'est pas en mesure de payer ses créanciers [. . .] Certaines procédures judiciaires peuvent être intentées en cas d'insolvabilité. Ainsi, le débiteur peut généralement obtenir une ordonnance judiciaire ayant pour effet de suspendre les mesures d'exécution de ses créanciers, puis tenter de conclure avec eux une transaction à caractère exécutoire contenant des conditions de paiement plus réalistes. Ou alors, les biens du débiteur sont liquidés et ses dettes sont remboursées sur le produit de cette liquidation, selon les règles de priorité établies par la loi. Dans le premier cas, on emploie habituellement les termes de réorganisation ou de restructuration, alors que dans le second, on parle de liquidation. [par. 12]

[136] La *LFI* comporte à la fois un régime de liquidation et un régime de restructuration (*Century Services*, par. 13 et 78). Le régime de liquidation contient des dispositions législatives détaillées en matière de distribution selon lesquelles l'actif du débiteur est liquidé et le produit de la liquidation

debtors to make proposals to their creditors for the adjustment and reorganization of debt. The *BIA* is available to debtors, either natural or legal persons, owing \$1,000 or more (s. 43(1)).

[137] The *CCAA* is predominantly a restructuring statute and access is restricted to companies with liabilities in excess of \$5 million (s. 3(1)). As Deschamps J. explained in *Century Services*, the purpose of the *CCAA* is remedial; it provides a means for companies to avoid the devastating social and economic consequences of commercial bankruptcies (paras. 15 and 59, quoting *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289 (C.A.), at p. 306, per Doherty J.A., dissenting). Liquidations do not only harm creditors, but employees and other stakeholders as well. The *CCAA* permits companies to continue to operate, “preserving the *status quo* while attempts are made to find common ground amongst stakeholders for a reorganization that is fair to all” (*Century Services*, at para. 77). In enacting a restructuring statute, Parliament recognized that companies have more value as going concerns, especially since they are “key elements in a complex web of interdependent economic relationships” (para. 18).

[138] Due to its remedial nature, the *CCAA* is famously skeletal in nature (*Century Services*, at paras. 57-62). It does not “contain a comprehensive code that lays out all that is permitted or barred” (para. 57, quoting *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, at para. 44, per Blair J.A.). Under s. 11, for example, the court may make any order that it considers appropriate in the circumstances, subject to the restrictions set out in the Act. Section 11 has been described as “the engine that drives this broad and flexible statutory scheme” (*Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), at para. 36; see also *9354-9186 Québec inc.*, at para. 48). Deschamps J. observed in *Century Services* that these discretionary grants of jurisdiction to the courts have been key in allowing the *CCAA* to adapt and evolve to meet contemporary

est distribué aux créanciers. À l'inverse, le régime de restructuration permet au débiteur de présenter à ses créanciers des propositions de rajustement et de réorganisation des dettes. Les débiteurs — personnes physiques ou personnes morales — qui doivent 1 000 \$ ou plus peuvent recourir à la *LFI* (par. 43(1)).

[137] La *LACC* est avant tout une loi de restructuration, et seules les compagnies dont le passif dépasse cinq millions de dollars peuvent s'en prévaloir (par. 3(1)). Comme l'a expliqué la juge Deschamps dans l'arrêt *Century Services*, 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 (par. 15 et 59, citant *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289 (C.A.), p. 306, le juge Doherty, dissident). Les liquidations nuisent non seulement aux créanciers, mais aussi aux employés et aux autres intéressés. La *LACC* permet aux compagnies de continuer à exercer leurs activités et de « préserver le statu quo pendant qu'on tente de trouver un terrain d'entente entre les intéressés en vue d'une réorganisation qui soit juste pour tout le monde » (*Century Services*, par. 77). En édictant une loi de restructuration, le législateur a reconnu que la valeur des compagnies demeure plus grande lorsque celles-ci peuvent poursuivre leurs activités, surtout puisqu'elles constituent « des volets essentiels d'un réseau complexe de rapports économiques interdépendants » (par. 18).

[138] Étant donné son caractère réparateur, la *LACC* est notoirement schématique par nature (*Century Services*, par. 57-62). Elle ne « contient pas un code complet énonçant tout ce qui est permis et tout ce qui est interdit » (par. 57, citant *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, par. 44, le juge Blair). En vertu de l'art. 11, par exemple, le tribunal peut rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée, sous réserve des restrictions prévues par la *LACC*. L'article 11 a été décrit comme étant [TRADUCTION] « le moteur de ce régime législatif large et souple » (*Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), par. 36; voir aussi *9354-9186 Québec inc.*, par. 48). Dans l'arrêt *Century Services*, la juge Deschamps a fait observer que l'exercice discrétionnaire de ces pouvoirs par les tribunaux a permis à la *LACC*

business and social needs. Although judicial discretion must always be exercised in furtherance of the CCAA's remedial purpose, it takes many forms and has proven to be flexible, innovative, and necessary (paras. 58-61; *U.S. Steel Canada Inc., Re*, 2016 ONCA 662, 402 D.L.R. (4th) 450, at para. 102).

[139] This is in contrast to the liquidation regime in the *BIA*, which has slightly different purposes. In *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, Gonthier J. explained that bankruptcy serves two goals: it “ensure[s] the equitable distribution of a bankrupt debtor’s assets among the estate’s creditors *inter se* [and it ensures] the financial rehabilitation of insolvent individuals” (para. 7; see also 9354-9186 *Québec inc.*, at para. 46). Similarly, Sarra and Houlden and Morawetz JJ. describe the purposes of the *BIA* as permitting both “an honest debtor, who has been unfortunate, to secure a discharge so that he or she can make a fresh start and resume his or her place in the business community” and “the orderly and fair distribution of the property of a bankrupt among his or her creditors on a *pari passu* basis” (*The 2020-2021 Annotated Bankruptcy And Insolvency Act* (2020), at p. 2).

[140] To realize its goals, the *BIA* is strictly rules-based and has a comprehensive scheme for the liquidation process (*Century Services*, at para. 13; *Husky Oil*, at para. 85). It “provide[s] an orderly mechanism for the distribution of a debtor’s assets to satisfy creditor claims according to predetermined priority rules” (*Century Services*, at para. 15). The *BIA*’s comprehensive nature ensures, among other things, that there is a single proceeding in which creditors are placed on an equal footing and know their rights. It also ensures that, post-discharge, the bankrupt will have enough to live on and can have a fresh start (*Canada (Superintendent of Bankruptcy) v. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161, at para. 41). While proposals under the *BIA*’s restructuring regime similarly serve a remedial purpose, “this is achieved through

d’évoluer et de s’adapter aux besoins commerciaux et sociaux contemporains. Bien que l’exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal doive toujours tendre vers la réalisation de l’objectif réparateur de la *LACC*, il peut prendre plusieurs formes et il s’est avéré souple, novateur et nécessaire (par. 58-61; *U.S. Steel Canada Inc., Re*, 2016 ONCA 662, 402 D.L.R. (4th) 450, par. 102).

[139] Ce régime contraste avec le régime de liquidation prévu par la *LFI*, dont les objectifs diffèrent légèrement. Dans *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, le juge Gonthier a expliqué que le régime de faillite a deux objectifs : il « assure un partage équitable des biens du débiteur failli entre les créanciers de l’actif [et il assure] la réhabilitation financière de la personne insolvable » (par. 7; voir aussi 9354-9186 *Québec inc.*, par. 46). Dans le même ordre d’idées, les juges Houlden et Morawetz de même que la professeure Sarra écrivent que la *LFI* vise à la fois à permettre [TRADUCTION] « à l’honnête débiteur, frappé de malchance, de se libérer de toute responsabilité afin de pouvoir prendre un nouveau départ et de réintégrer le milieu des affaires [ainsi qu’à permettre] une distribution ordonnée et équitable des biens du failli entre ses créanciers, *pari passu* » (*The 2020-2021 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (2020), p. 2).

[140] Pour réaliser ses objectifs, la *LFI* repose strictement sur des règles et elle établit un régime complet pour le processus de liquidation (*Century Services*, par. 13; *Husky Oil*, par. 85). Elle « peut être appliqué[e] pour répartir de manière ordonnée les biens du débiteur entre les créanciers, en fonction des règles de priorité qui y sont établies » (*Century Services*, par. 15). Le caractère exhaustif de la *LFI* garantit, entre autres choses, qu’il existe une procédure unique dans le cadre de laquelle les créanciers sont placés sur un pied d’égalité et connaissent leurs droits. Elle garantit également qu’après la libération, le failli disposera de ressources suffisantes pour subvenir à ses besoins et qu’il pourra prendre un nouveau départ (*Canada (Superintendent of Bankruptcy) c. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161, par. 41). Les propositions

a rules-based mechanism that offers less flexibility” (*Century Services*, at para. 15).

[141] Importantly, the specific goals of restructuring in the CCAA, in contrast to liquidation, result in the introduction of a key player: the interim lender. Interim financing, previously referred to as debtor-in-possession financing, is a judicially-supervised mechanism whereby an insolvent company is loaned funds for use during and for the purposes of the restructuring process. Before the 2009 amendments, there were no statutory provisions on interim financing in the CCAA, but the institution was well-established in the jurisprudence (L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4th ed. rev. (loose-leaf)), vol. 4, at N§93; see also *Century Services*, at para. 62). The 2009 amendments codified much of the existing jurisprudence, and I discuss the statutory provisions in detail below.

[142] Interim financing is crucial to the restructuring process. It allows the debtor to continue to operate on a day-to-day basis while a workout solution is being arranged. A plan of compromise would be futile if, in the interim six months, the debtor was forced to close its doors. For this reason, Farley J., in *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at para. 1, quoting *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at para. 24, observed that interim financing helps “keep the lights . . . on”. Similarly, in *Indalex*, Deschamps J. explained that giving interim lenders super-priority “is a key aspect of the debtor’s ability to attempt a workout” (para. 59, quoting J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), at p. 97). Without interim financing and the ability to prime (i.e., to give it priority) the interim lender’s loan, the remedial purposes of the CCAA can be frustrated (para. 58).

faites en vertu du régime de restructuration de la LFI répondent elles aussi à un objectif réparateur, « mais au moyen d’un mécanisme fondé sur des règles et offrant moins de souplesse » (*Century Services*, par. 15).

[141] Fait important, les objectifs de restructuration propres à la LACC, contrairement à la liquidation, permettent l’entrée en scène d’un acteur essentiel : le prêteur temporaire. Le financement temporaire, que l’on appelait auparavant le financement du débiteur-exploitant, est un mécanisme sous supervision judiciaire par lequel des fonds sont prêtés à une compagnie insolvable afin d’être utilisés au cours du processus de restructuration et pour les besoins de celui-ci. Avant les modifications de 2009, il n’existait pas de dispositions législatives sur le financement temporaire dans la LACC, mais le concept était bien établi dans la jurisprudence (L. W. Houlden, G. B. Morawetz et J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4^e éd. rév. (feuilles mobiles)), vol. 4, N§93; voir aussi *Century Services*, par. 62). Les modifications apportées en 2009 ont codifié l’essentiel de la jurisprudence existante, et j’examinerai les dispositions législatives en détail ci-dessous.

[142] Le financement temporaire est essentiel au processus de restructuration. Il permet au débiteur de continuer à exercer ses activités au quotidien pendant qu’un arrangement est mis en place. Un plan de transaction serait vain si, dans les six mois suivants, le débiteur était forcé de cesser ses activités. Pour cette raison, le juge Farley a fait observer dans *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 1, citant *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 24, que le financement temporaire aide à [TRADUCTION] « payer les frais courants ». De même, dans l’arrêt *Indalex*, la juge Deschamps a expliqué que le fait d’accorder une super priorité aux prêteurs temporaires constituait [TRADUCTION] « un élément clé de la capacité du débiteur de tenter de conclure un arrangement » (par. 59, citant J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), p. 97). Sans le financement temporaire et la capacité d’accorder la priorité au prêt du prêteur temporaire, la réalisation des objectifs réparateurs de la LACC pourrait être compromise (par. 58).

[143] With this background in mind, I turn now to consider the treatment of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions in Parliament's insolvency regime.

(2) The Deemed Trust for Unremitted Source Deductions in the BIA and CCAA

[144] The statutes in this case are all federal statutes. The *ITA*, *BIA*, and *CCAA* make up a co-existing and harmonious statutory scheme, enacted by one level of government (see, e.g., R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 337, on the presumption of coherence). An example of this co-existence is when, in the insolvency regime, Parliament modifies entitlements that it otherwise grants the Crown outside of insolvency. For example, through s. 222(3) of the *ETA*, Parliament provides for a statutory deemed trust in favour of the Crown for unremitted GST. Parliament also renders that deemed trust, which is nearly identical in language to s. 227(4.1) of the *ITA*, ineffective in the *BIA* and *CCAA* (*BIA*, ss. 67(2) and 86(3); *CCAA*, s. 37(1); *Century Services*, at paras. 51-56). As I shall explain, Parliament also deals specifically with the deemed trust in s. 227(4.1) of the *ITA* in the *BIA* and *CCAA*, albeit in different ways.

[145] In the *BIA*, the deemed trust for unremitted source deductions appears in s. 67(3). Section 67 is under the heading "Property of the Bankrupt". 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 that any provincial or federal deemed trust in favour of the Crown does not qualify as a trust under s. 67(1)(a) unless it would qualify as a trust absent the deeming provision (in other words, unless it would qualify as a common law or true trust) (see *Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, at para. 15; *Urbancorp Cumberland 2 GP Inc. (Re)*, 2020 ONCA 197, 444 D.L.R. (4th) 273, at paras. 32-33). Section 67(3) states that s. 67(2) does not apply in respect of the Crown's deemed trust for unremitted

[143] Ayant ce contexte à l'esprit, je me pencherai maintenant sur le traitement de la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées dans le cadre du régime d'insolvabilité du législateur.

(2) La fiducie réputée créée à l'égard des retenues à la source non versées — LFI et LACC

[144] Les lois en cause dans la présente affaire sont toutes fédérales. La *LIR*, la *LFI* et la *LACC* coexistent au sein d'un régime législatif harmonieux, édicté par un seul ordre de gouvernement (voir, p. ex., R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 337, sur la présomption de cohérence). Cette coexistence se manifeste par exemple lorsque, dans le régime d'insolvabilité, le législateur modifie les droits qu'il accorde autrement à la Couronne en dehors de ce régime. Par exemple, au moyen du par. 222(3) de la *LTA*, le législateur prévoit la création d'une fiducie réputée en faveur de la Couronne à l'égard de la TPS non versée. Le législateur rend aussi cette fiducie réputée, qui est quasi identique à celle prévue au par. 227(4.1) de la *LIR*, inopérante sous les régimes de la *LFI* et de la *LACC* (*LFI*, par. 67(2) et 86(3); *LACC*, par. 37(1); *Century Services*, par. 51-56). Comme je l'expliquerai, dans la *LFI* et la *LACC*, le législateur traite aussi expressément de la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) de la *LIR*, quoique de manière différente.

[145] Dans la *LFI*, la fiducie réputée créée à l'égard des retenues à la source non versées figure au par. 67(3). L'article 67 figure sous la rubrique « Biens du failli ». 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 que toute fiducie réputée créée en faveur de la Couronne en vertu d'une disposition législative fédérale ou provinciale ne peut être considérée comme une fiducie au sens de l'al. 67(1)a), si elle ne le serait pas en l'absence de la disposition législative en question (autrement dit, à moins qu'elle puisse être considérée comme une fiducie de common law ou une fiducie véritable) (voir *Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, par. 15; *Urbancorp Cumberland 2 GP Inc. (Re)*, 2020 ONCA 197, 444 D.L.R. (4th) 273,

source deductions under the *ITA*, *CPP* or *EIA*. Thus, while s. 67(2) provides in general terms an exception to s. 67(1)(a), that exception does not apply to the Crown's deemed trust for unremitted source deductions by virtue of s. 67(3).

[146] 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” (*BIA*, s. 67(1)). For the purposes of the *BIA*'s liquidation regime, it is effectively the Crown's *property*. Together, ss. 67(1)(a) and 67(3) give 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.

[147] In the *CCAA*, the Crown's deemed trust appears in ss. 37(2) and 6(3), alongside other deemed trusts and devices. Section 37(2) explicitly preserves the operation of s. 227(4.1) in *CCAA* proceedings:

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

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”), nor does it apply in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her

par. 32-33). Le paragraphe 67(3) mentionne 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 en vertu de la *LIR*, du *RPC* ou de la *LAE*. Par conséquent, même si le par. 67(2) prescrit en termes généraux une exception à l'al. 67(1)a), cette exception ne s'applique pas à la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées par application du par. 67(3).

[146] 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 » (*LFI*, par. 67(1)). Pour les besoins du régime de liquidation prévu par la *LFI*, ce sont effectivement des *biens* de la Couronne. Ensemble, l'al. 67(1)a) et le par. 67(3) déterminent 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*.

[147] Dans la *LACC*, il est question de la fiducie réputée de la Couronne aux par. 37(2) et 6(3), qui traitent également d'autres fiducies réputées et d'autres mécanismes. Le paragraphe 37(2) protège explicitement l'application du par. 227(4.1) dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la *LACC* :

37 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d'une telle disposition.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l'égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but

Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province if

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

(b) the province is a province providing a comprehensive pension plan as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a provincial pension plan as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

[148] Due to this language, the Court in *Century Services* variously described the s. 227(4.1) trust as “surviv[ing]”, “continu[ing]”, and “remain[ing] effective” in the *CCCA* (see paras. 38, 45, 49, 53 and 79). The Crown relies on these observations to argue that the deemed trust remains fully intact in the *CCAA*, conferring a proprietary right on the Crown that cannot be subordinated to any other party.

[149] In my view, the Crown’s submission over-extends the analysis in *Century Services*. The issue in that case was whether the deemed trust under s. 222(3) of the *ETA* for unremitted GST was effective in the *CCAA*. As mentioned, s. 222(3) is almost identical in wording to s. 227(4.1) of the *ITA*, providing that the deemed trust extends to property of the tax debtor equal in value to the amount of the unremitted GST and extends to property otherwise held by a secured creditor pursuant to a security interest.

d’assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d’une loi de cette province, si, dans ce dernier cas, se réalise l’une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues au titre de cette loi provinciale sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) cette province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues au titre de cette loi provinciale sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l’application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier de la compagnie et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

[148] Compte tenu de ce libellé, la Cour, dans l’arrêt *Century Services*, a notamment dit des fiducies établies en application du par. 227(4.1) qu’elles « survivent » et qu’elles « continuent de s’appliquer » sous le régime de la *LACC* (voir les par. 38, 45, 49, 53 et 79). La Couronne s’appuie sur ces observations pour faire valoir que la fiducie réputée demeure parfaitement intacte sous le régime de la *LACC*, ce qui lui confère un droit propriétaire ne pouvant être subordonné à aucun autre droit.

[149] À mon avis, la prétention de la Couronne déborde l’analyse faite dans l’arrêt *Century Services*. Dans cette affaire, la question en litige était celle de savoir si la fiducie réputée créée en vertu du par. 222(3) de la *LTA* à l’égard de la TPS non versée s’appliquait sous le régime de la *LACC*. Comme je l’ai mentionné, le libellé du par. 222(3), quasi identique à celui du par. 227(4.1) de la *LIR*, prévoit que la fiducie réputée s’étend aux biens du débiteur fiscal jusqu’à concurrence du montant de la TPS

Section 222(3) of the *ETA* also provides that the deemed trust operates despite any other enactment of Canada, except the *BIA*. Thus, under the *BIA*, the Crown priority for unremitted GST is lost. However, under the *CCAA*, s. 37(1) provides that statutory deemed trusts in favour of the Crown should not be regarded as trusts unless they would qualify as trusts absent the deeming language. The Court in *Century Services* grappled with the apparent conflict between s. 222(3) of the *ETA* and s. 37(1) (then s. 18.3(1)) of the *CCAA*.

[150] A majority of the Court reasoned that, through statutory interpretation, the apparent conflict could be resolved in favour of the *CCAA* (*Century Services*, at para. 44). Parliament had shown a tendency to move away from asserting Crown priority in insolvency. Under both the *BIA* and *CCAA*, it had enacted a general rule that deemed trusts in favour of the Crown are ineffective in insolvency. It had also explicitly carved out an exception to that general rule for unremitted source deductions. The logic of the *CCAA* suggested that only the deemed trust for unremitted source deductions survived (paras. 45-46).

[151] Thus, while the Court emphasized that the deemed trust in s. 227(4.1) “survives” in the *CCAA*, it did not comment on *how* it survives. This Court has never considered the scope of the deemed trust under the *CCAA*, especially in light of the purposes of the *CCAA* and the equivocal nature of the beneficial ownership conferred through the deeming provision. For this appeal, it is necessary to probe into ss. 37(2) and 6(3) to determine *how* the *CCAA* construes the Crown’s right to unremitted source deductions.

[152] To that end, although s. 37(2) of the *CCAA* is almost identical to s. 67(3) of the *BIA*, it does not have the same effect because it is not nested under

non versée et aux biens détenus, par ailleurs, par un créancier garanti en vertu d’une garantie. Le paragraphe 222(3) de la *LTA* prévoit également que la fiducie réputée s’applique malgré tout autre texte législatif fédéral, sauf la *LFI*. Par conséquent, sous le régime de la *LFI*, la priorité de la Couronne à l’égard de la TPS non versée n’existe plus. Cependant, sous le régime de la *LACC*, le par. 37(1) prévoit que les fiducies réputées établies par la loi en faveur de la Couronne ne devraient pas être considérées comme des fiducies à moins qu’elles le soient en l’absence des dispositions déterminatives. Dans l’arrêt *Century Services*, la Cour s’est attaquée au conflit apparent entre le par. 222(3) de la *LTA* et le par. 37(1) (alors le par. 18.3(1)) de la *LACC*.

[150] À la majorité, la Cour a estimé, par une interprétation législative, que le conflit apparent pouvait être résolu en faveur de la *LACC* (*Century Services*, par. 44). Le législateur avait tendance à ne pas faire valoir la priorité accordée à la Couronne en situation d’insolvabilité. À la fois dans la *LFI* et dans la *LACC*, il avait adopté une règle générale selon laquelle les fiducies réputées créées en faveur de la Couronne ne s’appliquaient pas en situation d’insolvabilité. Il avait aussi explicitement établi une exception à cette règle générale pour les retenues à la source non versées. La logique de la *LACC* tendait à indiquer que seules les fiducies réputées visant les retenues à la source non versées continuaient de produire leurs effets (par. 45-46).

[151] Donc, si la Cour a souligné que la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) « survit » sous le régime de la *LACC*, elle n’a pas précisé *comment* elle survit. Notre Cour n’a jamais examiné la portée de la fiducie réputée sous le régime de la *LACC*, plus particulièrement à la lumière des objectifs de la *LACC* et de la nature équivoque du droit de bénéficiaire conféré au moyen de la disposition déterminative. Pour les besoins du présent pourvoi, il est nécessaire de se pencher sur les par. 37(2) et 6(3) pour déterminer *de quelle façon* la *LACC* interprète le droit de la Couronne sur les retenues à la source non versées.

[152] À cette fin, bien que le par. 37(2) de la *LACC* soit quasi identique au par. 67(3) de la *LFI*, il n’a pas le même effet puisqu’il n’est pas subordonné à une

a provision like s. 67(1)(a). Section 37(2) of the *CCAA* carves out an exception to s. 37(1), which is different from s. 67(1)(a). While s. 67(1)(a) excludes trust property from property of the bankrupt divisible among creditors, s. 37(1) only provides that “property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision”. Unlike the *BIA*, the *CCAA* is silent on how trust property should be treated and silent on what constitutes property of the debtor in a restructuring context — indeed, there is no definition of property in the *CCAA* at all. This is in keeping with the *CCAA*’s comparatively skeletal nature.

[153] The result is that s. 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 in trust for Her Majesty”. However, 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. In keeping with the *CCAA*’s flexibility, s. 37(2) says little about what the Crown’s unique right of beneficial ownership under s. 227(4.1) of the *ITA* requires. But as I shall explain, s. 11 gives the court broad discretion to consider and give effect to the Crown’s interest recognized in s. 37(2).

[154] In addition, s. 6(3) of the *CCAA* gives specific effect to the Crown’s right under the deemed trust. Under that provision, the court cannot sanction a plan of compromise unless it pays the Crown in full for unremitted source deductions within six months of the plan’s sanction (assuming the Crown does not agree otherwise):

disposition comme l’al. 67(1)a). Le paragraphe 37(2) de la *LACC* établit une exception au par. 37(1), une disposition différente de l’al. 67(1)a). Alors que cet alinéa exclut les biens de la fiducie du patrimoine d’un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, le par. 37(1) prévoit seulement 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 ». Contrairement à la *LFI*, la *LACC* est muette à propos de la façon dont les biens de la fiducie devraient être traités de même qu’au sujet de ce qui fait partie des biens du débiteur dans un contexte de restructuration. En effet, la *LACC* ne contient aucune définition du terme « bien », ce qui est conforme à sa nature plutôt schématique.

[153] Ainsi, le par. 37(2) prévoit que la Couronne conserve un droit de bénéficiaire sur les biens du débiteur jusqu’à concurrence du montant des retenues à la source non versées, lesquelles sont « assimil[ées] [. . .] à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté ». Toutefois, 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*. Conformément à la souplesse qui caractérise la *LACC*, le par. 37(2) est peu loquace quant à ce que requiert le droit de bénéficiaire unique que confère à la Couronne le par. 227(4.1) de la *LIR*. Mais comme je vais l’expliquer, l’art. 11 confère au tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire pour examiner l’intérêt reconnu à la Couronne par le par. 37(2) et lui donner effet.

[154] En outre, le par. 6(3) de la *LACC* donne explicitement effet au droit que possède la Couronne en vertu de la fiducie réputée. Aux termes de cette disposition, le tribunal ne peut homologuer un plan de transaction qui ne prévoit pas le paiement intégral à la Couronne des retenues à la source non versées dans les six mois suivant l’homologation (à supposer que la Couronne n’en ait pas convenu autrement) :

(3) Unless Her Majesty agrees otherwise, the court may sanction a compromise or arrangement only if the compromise or arrangement provides for the payment in full to Her Majesty in right of Canada or a province, within six months after court sanction of the compromise or arrangement, of all amounts that were outstanding at the time of the application for an order under section 11 or 11.02 and that are of a kind that could be subject to a demand under

(a) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* . . .

[155] Pursuant to s. 6(3), then, the Crown's right under s. 227(4.1) includes a right *not to have to compromise*. The Crown can demand to be paid in full under the plan "in priority to all . . . security interests". The right is therefore different in kind than a security interest. While there may be some risk to the Crown that the plan may fail, and the Crown may not be paid in full if the restructuring dissolves into liquidation and the estate is depleted in the interim, the CCAA recognizes that there is societal value in helping a company remain a going concern. This remedial goal is at the forefront of providing flexibility in preserving the Crown's right to unremitted source deductions in s. 37(2), and in giving a concrete effect to that right in s. 6(3) of the CCAA.

[156] In my view, the reason for this difference between the BIA and CCAA is straightforward. The purpose of a BIA liquidation is to give the debtor a fresh start and pay out creditors to the extent possible. The debtor's property has to be divided according to the statute's rigid priority scheme. To begin the process of distribution, it is necessary to pool together the debtor's funds and determine what is, and is not, available for creditors. A comprehensive definition of property of the debtor is necessary, and no flexibility is needed in the regime to facilitate the liquidation process. There is also no other overarching goal, like facilitating the debtor's restructuring, that requires an institution like interim financing or requires modifying entitlements.

(3) Le tribunal ne peut, sans le consentement de Sa Majesté, homologuer la transaction ou l'arrangement qui ne prévoit pas le paiement intégral à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, dans les six mois suivant l'homologation, de toutes les sommes qui étaient dues lors de la demande d'ordonnance visée aux articles 11 ou 11.02 et qui pourraient, de par leur nature, faire l'objet d'une demande aux termes d'une des dispositions suivantes :

a) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* . . .

[155] Donc, selon le par. 6(3), le droit que possède la Couronne en vertu du par. 227(4.1) inclut le droit de *ne pas avoir à transiger*. La Couronne peut exiger que le plan prévoit le paiement intégral de sa créance « par priorité sur [les] garantie[s] ». Ce droit diffère donc d'une garantie par sa nature. Il y a peut-être un risque que le plan échoue et que la Couronne ne soit pas payée intégralement si la restructuration se solde par une liquidation et que le patrimoine a été épuisé en cours de route, mais la LACC reconnaît qu'il est bénéfique pour la société d'aider une compagnie à poursuivre ses activités. Cet objectif réparateur 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 au par. 6(3) de la LACC.

[156] À mon avis, la raison de cette différence entre la LFI et la LACC est simple. 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. Les biens du débiteur doivent être répartis en fonction de l'ordre de priorité strict établi par la loi. Pour commencer le processus de répartition, il est nécessaire de regrouper les fonds du débiteur et de déterminer ce qui peut, ou ne peut pas, être attribué aux créanciers. Une énumération complète des biens du débiteur est nécessaire, et aucune souplesse n'est requise dans le régime pour faciliter le processus de liquidation. Il n'y a pas non plus d'autre objectif général — comme faciliter la restructuration des activités du débiteur — qui nécessite, par exemple, un financement temporaire ou une modification des droits.

[157] In a restructuring proceeding under the CCAA, however, there is no rigid formula for the division of assets. Certain debt might be restructured; other debt might be paid out. When a debtor's restructuring is on the table, the goal pivots, and interim financing is introduced to facilitate the restructuring. Entitlements and priorities shift to accommodate the presence of the interim lender — a new and necessary player who is absent from the liquidation scene.

[158] The fact that the Crown's right under s. 227(4.1) of the *ITA* is treated differently between the two statutes is therefore consistent with the different schemes and purposes of the Acts. This is not a circumstance where Parliament attempted to harmonize entitlements across the regimes (see, e.g., *Indalex*, at para. 51, per Deschamps J.). The CCAA gives the deemed trust meaning for its purposes. The concrete meaning given is that a plan of compromise must pay the Crown in full within six months of approval.

C. *Do Sections 11.2, 11.51 and 11.52 of the CCAA Permit the Court to Rank Priming Charges Ahead of the Crown's Deemed Trust for Unremitted Source Deductions?*

[159] In this case, the Initial Order subordinated the Crown's deemed trust to the Priming Charges. The courts below found that this authority is derived from ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the CCAA, which allow the court to order priming charges over a company's property in favour of interim lenders, directors and officers, and estate administrators. Priming charges can rank ahead of any other secured claim. For example, the relevant portions of s. 11.2, which are substantially similar to the relevant portions of ss. 11.51 and 11.52, read as follows:

11.2 (1) On application by a debtor company and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, a court may make an order

[157] Cependant, dans le cadre d'une restructuration sous le régime de la *LACC*, il n'existe pas de formule stricte de répartition des actifs. Certaines dettes peuvent être restructurées, d'autres peuvent être remboursées. 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.

[158] Le fait que les deux lois traitent différemment le droit que confère à la Couronne le par. 227(4.1) de la *LIR* est donc conforme aux régimes et aux objectifs différents de celles-ci. Il ne s'agit pas d'un cas où le législateur a tenté d'harmoniser les droits conférés par les différents régimes (voir, p. ex., *Indalex*, par. 51, la juge Deschamps). La *LACC* donne à la fiducie réputée le sens qui convient à ses fins. Le sens concret donné est qu'un plan de transaction doit prévoir le paiement intégral des sommes dues à la Couronne dans les six mois suivant l'homologation du plan.

C. *Les articles 11.2, 11.51 et 11.52 de la LACC confèrent-ils 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?*

[159] En l'espèce, l'ordonnance initiale subordonnait la fiducie réputée de la Couronne aux charges super prioritaires. Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que ce pouvoir découlait des art. 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 en faveur de prêteurs temporaires, de dirigeants et d'administrateurs, et d'administrateurs de patrimoine. Les charges super prioritaires peuvent avoir préséance sur toute réclamation garantie. Par exemple, les passages pertinents de l'art. 11.2, qui sont à peu près semblables aux passages pertinents des art. 11.51 et 11.52, sont ainsi rédigés :

11.2 (1) Sur demande de la compagnie débitrice, le tribunal peut par ordonnance, sur préavis de la demande aux créanciers garantis qui seront vraisemblablement touchés

declaring that all or part of the company's property is subject to a security or charge — in an amount that the court considers appropriate — in favour of a person specified in the order who agrees to lend to the company an amount approved by the court as being required by the company, having regard to its cash-flow statement. The security or charge may not secure an obligation that exists before the order is made.

(2) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

[160] As priming charges can “rank in priority over the claim of any secured creditor”, the definition of “secured creditor” in s. 2(1) is key:

secured creditor means a holder of a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against, or any assignment, cession or transfer of, all or any property of a debtor company as security for indebtedness of the debtor company, or a holder of any bond of a debtor company secured by a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against, or any assignment, cession or transfer of, or a trust in respect of, all or any property of the debtor company, whether the holder or beneficiary is resident or domiciled within or outside Canada, and a trustee under any trust deed or other instrument securing any of those bonds shall be deemed to be a secured creditor for all purposes of this Act except for the purpose of voting at a creditors' meeting in respect of any of those bonds . . .

[161] The Respondents submit, in line with the courts below, that the Crown is a “secured creditor” under the CCAA in respect of its interest in unremitted source deductions because the enabling statute, the ITA, itself defines the holder of a deemed trust as holding a “security interest” (see *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274). The Respondents also rely on the analogy in *First Vancouver* likening the Crown's deemed trust to a floating charge (which is a security interest). Accordingly, the Respondents argue that ss. 11.2, 11.51 and 11.52 give the court authority to rank priming charges ahead of the Crown's deemed trust.

par la charge ou sûreté, déclarer que tout ou partie des biens de la compagnie sont grevés d'une charge ou sûreté — d'un montant qu'il estime indiqué — en faveur de la personne nommée dans l'ordonnance qui accepte de prêter à la compagnie la somme qu'il approuve compte tenu de l'état de l'évolution de l'encaisse et des besoins de celle-ci. La charge ou sûreté ne peut garantir qu'une obligation postérieure au prononcé de l'ordonnance.

(2) Le tribunal peut préciser, dans l'ordonnance, que la charge ou sûreté a priorité sur toute réclamation des créanciers garantis de la compagnie.

[160] Comme les charges super prioritaires peuvent avoir « priorité sur toute réclamation des créanciers garantis », la définition de « créancier garanti » au par. 2(1) est primordiale :

créancier garanti Détenteur d'hypothèque, de gage, charge, nantissement ou privilège sur ou contre l'ensemble ou une partie des biens d'une compagnie débitrice, ou tout transport, cession ou transfert de la totalité ou d'une partie de ces biens, à titre de garantie d'une dette de la compagnie débitrice, ou un détenteur de quelque obligation d'une compagnie débitrice garantie par hypothèque, gage, charge, nantissement ou privilège sur ou contre l'ensemble ou une partie des biens de la compagnie débitrice, ou un transport, une cession ou un transfert de tout ou partie de ces biens, ou une fiducie à leur égard, que ce détenteur ou bénéficiaire réside ou soit domicilié au Canada ou à l'étranger. Un fiduciaire en vertu de tout acte de fiducie ou autre instrument garantissant ces obligations est réputé un créancier garanti pour toutes les fins de la présente loi sauf la votation à une assemblée de créanciers relativement à ces obligations...

[161] Les intimées soutiennent, à l'instar des tribunaux d'instance inférieure, que la Couronne est un « créancier garanti » au sens de la LACC à l'égard de son intérêt sur les retenues à la source non versées puisque la loi habilitante, la LIR, dit elle-même que le détenteur d'une fiducie réputée détient une « garantie » (voir *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274). En outre, les intimées s'appuient sur l'analogie faite dans l'arrêt *First Vancouver*, où la fiducie réputée de la Couronne est assimilée à une charge flottante (qui constitue une garantie). Les intimées affirment donc que les art. 11.2, 11.51 et 11.52 confèrent au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée de la Couronne.

[162] The Crown, like the dissent at the Court of Appeal, argues that the Crown is not a “secured creditor” because the definition of “secured creditor” in the *CCAA* does not list the holder of a deemed trust and because ss. 37 to 39 of the *CCAA* clearly draw a distinction between the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions, on the one hand, and the Crown’s secured and unsecured claims on the other. Accordingly, the Crown argues that ss. 11.2, 11.51 and 11.52 do *not* give the court authority to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust.

[163] As I shall detail, I conclude that ss. 11.2, 11.51 and 11.52 do not give the court the authority to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions.

[164] First, I agree with the Respondents that the general definition of security interest under the *ITA* includes the holder of a deemed or actual trust (s. 224(1.3)). However the reference to security interest in s. 227(4.1) is not to the Crown’s interest but to others’ interest in the debtor’s property. In my view, any definition of security interest in the *ITA* is not relevant to defining the Crown’s interest since it serves an entirely different purpose. What matters is whether the *CCAA* provisions give the court authority to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions. This is determined by interpreting the words of the *CCAA* and how the *CCAA* defines secured creditor.

[165] I also agree with the Crown that the definition of “secured creditor” in the *CCAA* does not specifically list the holder of a deemed or actual trust. In addition, the Crown’s interest cannot simply be called a “charge”. As explained above, although the Crown’s deemed trust has some parallels with a floating charge, the provision also employs some

[162] La Couronne, à l’instar du juge dissident de la Cour d’appel, soutient qu’elle n’est pas un « créancier garanti » étant donné que la définition de ce terme contenue dans la *LACC* ne fait pas mention du détenteur d’une fiducie réputée et que les art. 37 à 39 de la *LACC* établissent clairement une distinction entre la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées, d’une part, et les réclamations garanties et non garanties de la Couronne, d’autre part. Par conséquent, la Couronne affirme que les art. 11.2, 11.51 et 11.52 *ne* confèrent *pas* au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée de la Couronne.

[163] Comme je l’explique en détail ci-dessous, je conclus que les art. 11.2, 11.51 et 11.52 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.

[164] En premier lieu, je conviens avec les intimées que la définition générale du terme « garantie » contenue dans la *LIR* comprend le détenteur d’une fiducie réputée ou réelle (par. 224(1.3)). Cependant, le renvoi à une garantie fait au par. 227(4.1) ne concerne pas l’intérêt de la Couronne, mais plutôt l’intérêt d’autres parties à l’égard des biens du débiteur. À mon avis, aucune des définitions du terme « garantie » contenues dans la *LIR* n’est pertinente pour définir l’intérêt de la Couronne puisqu’elles servent un objectif tout à fait différent. L’important est de savoir si les dispositions de la *LACC* confèrent 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. On peut répondre à cette question en interprétant le libellé de la *LACC* et la façon dont la *LACC* définit créancier garanti.

[165] En deuxième lieu, je conviens avec la Couronne que la définition de « créancier garanti » contenue dans la *LACC* ne mentionne pas explicitement le détenteur d’une fiducie réputée ou réelle. En outre, l’intérêt de la Couronne ne peut pas simplement être qualifié de « charge ». Comme je l’ai expliqué précédemment, bien que la fiducie réputée

aspects of beneficial ownership. I would also hesitate to draw analogies with any of the other terms listed in the *CCAA* definition. The holders of several of these instruments are often described as having proprietary rights in their security. It was a legislative choice to define them as secured creditors for the purposes of the *CCAA*. It is difficult to shoehorn the Crown's deemed trust into the definition of "secured creditor" in the *CCAA*, particularly as the *CCAA* specifically refers to the deemed trust in s. 37(2).

[166] Moreover, I agree with the Crown that ss. 37 to 39 of the *CCAA* treat the Crown's deemed trust and the Crown's secured claims as distinct interests. After s. 37 of the *CCAA*, dealing with deemed trusts, s. 38(1) provides a general rule that secured claims of the Crown rank as unsecured claims. Section 38(2) contains an exemption from s. 38(1) for consensual security interests that are granted to the Crown. Section 38(3) contains an exemption for the CRA's enhanced requirement to pay. Finally, s. 39(1) preserves the Crown's secured creditor status if it registers before the commencement of a *CCAA* proceeding, and s. 39(2) subordinates a Crown security or charge to prior perfected security interests.

[167] As Wood notes, "[t]hese provisions adopt two distinct approaches — one that applies to a deemed trust, the other that applies when a statute gives the Crown the status of a secured creditor" (Wood (2020), at p. 96). If s. 227(4.1) of the *ITA* gave the Crown the status of a secured creditor, then the CRA would presumably need to comply with ss. 38 and 39 by registering its security interest. No one suggests that the Crown has to register its claim for unremitted source deductions. In my view, ss. 37 to 39 draw a distinction between deemed trusts on the one hand and secured and unsecured claims on the other, and the Crown is not, therefore, a "secured

de la Couronne ait des points communs avec une charge flottante, la disposition renvoie aussi à certains aspects du droit de bénéficiaire. J'hésiterais à établir des analogies avec les autres termes énoncés dans la définition contenue dans la *LACC*. Les détenteurs de plusieurs de ces instruments sont souvent décrits comme détenant un droit propriétaire sur leur garantie. La décision de les assimiler à des créanciers garantis pour l'application de la *LACC* était celle du législateur. Il est difficile de faire cadrer la fiducie réputée de la Couronne dans la définition de « créancier garanti » contenue dans la *LACC*, d'autant plus que la *LACC* fait précisément mention de la fiducie réputée au par. 37(2).

[166] Enfin, je conviens avec la Couronne que les art. 37 à 39 de la *LACC* traitent la fiducie réputée de la Couronne et les réclamations garanties de la Couronne comme des intérêts distincts. Après l'art. 37 de la *LACC*, qui porte sur les fiducies réputées, le par. 38(1) prévoit une règle générale selon laquelle les réclamations garanties de la Couronne prennent rang comme réclamations non garanties. Le paragraphe 38(2) soustrait à l'application du par. 38(1) les garanties consensuelles accordées à la Couronne. Le paragraphe 38(3) prévoit une exception pour les demandes péremptoires de paiement renforcées de l'ARC. Enfin, le par. 39(1) protège les réclamations garanties de la Couronne si elles ont été enregistrées avant l'introduction d'une procédure intentée sous le régime de la *LACC*, et le par. 39(2) subordonne une garantie ou une charge de la Couronne aux garanties parfaites antérieures.

[167] Comme le fait remarquer Wood, [TRADUCTION] « [c]es dispositions adoptent deux approches différentes — l'une s'applique à la fiducie réputée, l'autre s'applique lorsqu'une loi donne à la Couronne le statut de créancier garanti » (Wood (2020), p. 96). Si le par. 227(4.1) de la *LIR* donnait à la Couronne le statut de créancier garanti, l'ARC devrait vraisemblablement se conformer aux art. 38 et 39 en enregistrant sa garantie. Personne ne laisse entendre que la Couronne doit enregistrer sa réclamation à l'égard des retenues à la source non versées. À mon avis, les art. 37 à 39 établissent une distinction entre les fiducies réputées, d'une part, et les réclamations

creditor” under the CCAA for its right to unremitted source deductions.

[168] This is dispositive for the purposes of ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the CCAA. These sections do not give the court the authority to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions.

D. *Does Section 11 of the CCAA Allow the Court to Rank Priming Charges Ahead of the Crown’s Deemed Trust for Unremitted Source Deductions?*

[169] The remaining issue is whether another provision in the CCAA, namely s. 11, confers that jurisdiction. As noted above, s. 11 allows the court to make any order that it considers appropriate in the circumstances, subject to the restrictions set out in the Act:

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.

[170] In *9354-9186 Québec inc.*, this Court explained that the discretionary authority in s. 11 is broad, but not boundless (para. 49). There are three “baseline considerations”: (1) the order sought must be appropriate; (2) the applicant must be acting in good faith; and (3) the applicant must demonstrate due diligence (*Century Services*, at para. 70; *9354-9186 Québec inc.*, at para. 49). Appropriateness is assessed by inquiring whether the order sought advances the remedial objectives of the CCAA. The general language of s. 11 should not, however, be “restricted by the availability of more specific orders” (*Century Services*, at para. 70).

garanties et non garanties, d’autre part. La Couronne n’est donc pas un « créancier garanti » au sens de la LACC pour ce qui est de son droit sur les retenues à la source non versées.

[168] Cela est décisif pour l’application des art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la LACC. Ces articles 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.

D. *L’article 11 de la LACC confère-t-il 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?*

[169] Il reste à décider si une autre disposition de la LACC, à savoir l’art. 11, confère ce pouvoir. Comme je l’ai mentionné plus haut, l’art. 11 permet au tribunal de rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée, sous réserve des restrictions prévues par la loi :

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.

[170] Dans l’arrêt *9354-9186 Québec inc.*, notre Cour a expliqué que le pouvoir discrétionnaire prévu à l’art. 11 est vaste, mais non sans limites (par. 49). Il y a trois « considérations de base » qu’il faut garder à l’esprit : (1) l’ordonnance demandée doit être indiquée; (2) le demandeur doit agir de bonne foi; (3) le demandeur doit faire preuve de la diligence voulue (*Century Services*, par. 70; *9354-9186 Québec inc.*, par. 49). L’opportunité de l’ordonnance demandée est évaluée en déterminant si elle favorisera la réalisation des objectifs réparateurs de la LACC. Cependant, « [l]a possibilité [. . .] de rendre des ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre » la portée des termes généraux utilisés à l’art. 11 (*Century Services*, par. 70).

[171] In keeping with its broad language, s. 11 of the *CCAA* has been used to make a wide array of orders. Most recently, for example, this Court clarified that it can be used to bar a creditor from voting on a plan where the creditor has acted for an improper purpose (*9354-9186 Québec inc.*, at paras. 56 and 66).

[172] The issue in this case is whether s. 11 can be used to rank an interim lender's loan, or other priming charge, ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions. In my view, it can, for two reasons.

[173] First, given my conclusion about the content of the Crown's right under s. 227(4.1) of the *ITA* for the purposes of the *CCAA* (requiring that it at least be paid in full under a plan of compromise), 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 unremitted source deductions. For this reason, it is irrelevant whether a priming charge under ss. 11, 11.2, 11.51 or 11.52 of the *CCAA* is a "security interest" within the meaning of s. 227(4) and (4.1) of the *ITA*. The analysis above does not depend on finding that a priming charge is not captured within the *ITA* definition.

[174] In addition, depending on the circumstances, such an order may further the remedial objectives of the *CCAA*. For example, 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, again depending on the circumstances, further the remedial objectives of the *CCAA*. In general, the court should have flexibility to order super-priority charges in favour of parties whose function is to facilitate the proposal

[171] Conformément à la portée large de son libellé, l'art. 11 de la *LACC* a été utilisé pour rendre un vaste éventail d'ordonnances. Plus récemment, par exemple, notre Cour a précisé qu'il pouvait être utilisé pour empêcher un créancier de voter sur un plan d'arrangement lorsqu'il agit dans un but illégitime (*9354-9186 Québec inc.*, par. 56 et 66).

[172] En l'espèce, la question est de savoir si l'art. 11 peut être utilisé pour faire passer le prêt d'un prêteur temporaire, ou toute autre charge super prioritaire, devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées. À mon avis, il peut l'être, et ce, pour deux raisons.

[173] Premièrement, étant donné ma conclusion quant à la teneur du droit que confère le par. 227(4.1) de la *LIR* à la Couronne pour l'application de la *LACC* (le droit d'exiger que le plan de transaction prévoie à tout le moins le paiement intégral des sommes dues), 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. Pour cette raison, il importe peu de savoir si une charge super prioritaire constituée en vertu des art. 11, 11.2, 11.51 ou 11.52 de la *LACC* est une « garantie » au sens des par. 227(4) et (4.1) de la *LIR*. L'analyse qui précède n'est pas tributaire de la conclusion selon laquelle une charge super prioritaire n'est pas visée par la définition contenue dans la *LIR*.

[174] En outre, selon les circonstances, une telle ordonnance peut favoriser la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC*. Par exemple, le financement temporaire est souvent crucial 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, là encore selon les circonstances, favoriser la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC*. En général, les tribunaux devraient disposer de la latitude nécessaire

of a plan of compromise that, in any event, will be required to pay the Crown in full.

[175] Second, I do not accept the Crown’s argument that s. 11 is unavailable because other CCAA provisions, namely ss. 11.2, 11.51 and 11.52, confer more specific jurisdiction (see 9354-9186 *Québec inc.*, at paras. 67-68).

[176] While I agree that s. 11 is restricted by the provisions set out in the CCAA and cannot be used to violate specific provisions in the Act, s. 11 is not “restricted by the availability of more specific orders”. The fact that specific provisions of the CCAA allow the court to rank priming charges ahead of a secured creditor does not mean that the court can *only* rank priming charges ahead of a secured creditor. Such an interpretation would amount to reading words into ss. 11.2, 11.51 and 11.52 that do not exist. An order that ranks a priming charge ahead of the beneficiary of the deemed trust is different in kind than the orders contemplated by ss. 11.2, 11.51 and 11.52, which contemplate the subordination of secured creditors. There is no provision in the CCAA stipulating what the court can do with trust property and no provision in the CCAA conferring more specific jurisdiction on whether a priming charge can rank ahead of the beneficiary of a deemed trust. So long as the order does not conflict with other provisions in the Act, namely ss. 37(2) and 6(3), and so long as it fulfills the “baseline considerations” of appropriateness, good faith, and due diligence, an order ranking a priming charge ahead of the Crown’s deemed trust would fall under the jurisdiction conferred by s. 11 (*Century Services*, at para. 70; 9354-9186 *Québec inc.*, at para. 49). As explained above, there would be no conflict with ss. 37(2) and 6(3) of the CCAA.

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.

[175] Deuxièmement, je n’accepte pas l’argument de la Couronne selon lequel il est impossible de recourir à l’art. 11 parce que d’autres dispositions de la LACC, à savoir les art. 11.2, 11.51 et 11.52, confèrent plus précisément compétence (voir 9354-9186 *Québec inc.*, par. 67-68).

[176] Bien que je convienne que la portée de l’art. 11 soit limitée par les dispositions énoncées dans la LACC et que cet article ne puisse être utilisé en contravention d’autres dispositions précises de cette loi, « [l]a possibilité [...] de rendre des ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre » la portée de l’art. 11. Le fait que des dispositions précises de la LACC permettent au tribunal de faire passer des charges super prioritaires devant les réclamations des créanciers garantis ne signifie pas que le tribunal peut *seulement* faire passer des charges super prioritaires devant les réclamations des créanciers garantis. Une telle interprétation reviendrait à ajouter aux art. 11.2, 11.51 et 11.52 des mots qui n’existent pas. Une ordonnance accordant à une charge super prioritaire la préséance sur le bénéficiaire de la fiducie réputée est, par sa nature, différente des ordonnances visées par les art. 11.2, 11.51 et 11.52, qui prévoient la subordination des réclamations des créanciers garantis. Aucune disposition de la LACC n’indique ce que le tribunal peut faire avec les biens de la fiducie et aucune disposition de la LACC ne confère plus précisément compétence pour décider si une charge super prioritaire peut prendre rang devant le bénéficiaire de la fiducie réputée. Tant qu’elle n’entre pas en conflit avec d’autres dispositions de la LACC, à savoir les par. 37(2) et 6(3), et tant qu’elle respecte les « considérations de base » que sont l’opportunité, la bonne foi et la diligence voulue, une ordonnance faisant passer une charge super prioritaire devant la fiducie réputée de la Couronne relèverait du pouvoir conféré par l’art. 11 (*Century Services*, par. 70; 9354-9186 *Québec inc.*, par. 49). Comme je l’ai expliqué précédemment, il n’y aurait aucun conflit avec les par. 37(2) et 6(3) de la LACC.

[177] Both parties invoked policy concerns to assist in the interpretative exercise. I do not find it necessary to resort to such arguments. However, it is far from evident that interim lending would simply end if the Crown's deemed trust had super-priority in an appropriate case. It is also far from evident that the Crown would suffer significantly if the priming charges had super-priority in an appropriate case, given the existence of s. 6(3) of the *CCAA* requiring full payment, and the Crown's favourable treatment in the *BIA* liquidation regime in the event the restructuring failed. What is clear is that interim lending is crucial to the restructuring process, and the Crown's deemed trust for unremitted source deductions is crucial to tax collection. It will be up to the *CCAA* judge to weigh and balance the moving pieces.

[178] To that end, s. 11 of the *CCAA* gives the court discretion and flexibility to weigh several considerations in ranking a priming charge ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions. It requires the court to take a focused look at the specific facts of a case to determine whether such an order is necessary and appropriate. Where relevant, the court will consider the Crown's interest in the deemed trust as a result of s. 37(2). Courts may no doubt look to the factors already listed in s. 11.2(4) — the likely duration of *CCAA* proceedings, plans for managing the company during those proceedings, views of the company's major creditors and the monitor, and the company's ability to benefit from interim financing, among others — for guidance. Section 11.2(4) of the *CCAA* states:

(4) In deciding whether to make an order, the court is to consider, among other things,

[177] Les deux parties ont invoqué des considérations de politique pour faciliter l'exercice d'interprétation. Je n'estime pas nécessaire de recourir à de tels arguments. Cependant, il est loin d'être évident que le financement temporaire prendrait tout simplement fin si une super priorité était accordée à la fiducie réputée de la Couronne dans une affaire qui s'y prête. Il est également loin d'être évident que la Couronne subirait un préjudice important si la présence était accordée aux charges super prioritaires dans une affaire donnée, compte tenu de l'existence du par. 6(3) de la *LACC* exigeant le paiement intégral des sommes dues et du traitement favorable de la Couronne dans le régime de liquidation de la *LFI* en cas d'échec de la restructuration. Chose certaine, le financement temporaire est crucial pour le processus de restructuration, et la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées est cruciale pour le recouvrement des créances fiscales. Il reviendra au juge chargé d'appliquer la *LACC* de soupeser et de pondérer les différents facteurs.

[178] À cette fin, l'art. 11 de la *LACC* donne au tribunal le pouvoir discrétionnaire et la latitude nécessaires pour soupeser les diverses considérations pour se prononcer sur l'opportunité de faire passer une charge super prioritaire devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées. Le tribunal doit examiner attentivement les faits propres à l'affaire pour décider si une telle ordonnance est nécessaire et appropriée. Le cas échéant, le tribunal tient compte de l'intérêt que possède la Couronne dans la fiducie réputée en raison du par. 37(2). Pour ce faire, le tribunal peut sans aucun doute s'appuyer, entre autres, sur les facteurs déjà énoncés au par. 11.2(4) — la durée probable des procédures intentées sous le régime de la *LACC*, les plans d'administration de la compagnie au cours de ces procédures, les opinions des créanciers les plus importants de la compagnie et du contrôleur et la capacité de la compagnie d'obtenir un financement temporaire. Le paragraphe 11.2(4) de la *LACC* dispose :

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

(a) the period during which the company is expected to be subject to proceedings under this Act;

(b) how the company's business and financial affairs are to be managed during the proceedings;

(c) whether the company's management has the confidence of its major creditors;

(d) whether the loan would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made in respect of the company;

(e) the nature and value of the company's property;

(f) whether any creditor would be materially prejudiced as a result of the security or charge; and

(g) the monitor's report referred to in paragraph 23(1)(b), if any.

a) la durée prévue des procédures intentées à l'égard de la compagnie sous le régime de la présente loi;

b) la façon dont les affaires financières et autres de la compagnie seront gérées au cours de ces procédures;

c) la question de savoir si ses dirigeants ont la confiance de ses créanciers les plus importants;

d) la question de savoir si le prêt favorisera la conclusion d'une transaction ou d'un arrangement viable à l'égard de la compagnie;

e) la nature et la valeur des biens de la compagnie;

f) la question de savoir si la charge ou sûreté causera un préjudice sérieux à l'un ou l'autre des créanciers de la compagnie;

g) le rapport du contrôleur visé à l'alinéa 23(1)b).

[179] In addition, it seems to me that courts may consider:

- whether the interim lender has indicated, in good faith, that it will not lend to the debtor without ranking ahead of the Crown's deemed trust;
- the relative amounts of the interim loan and the unremitted source deductions (if the amount of the unremitted source deductions is a small fraction of the amount of the interim loan, the interim lender may not be significantly prejudiced without super-priority);
- whether, and for how long, the Crown allowed source deductions to go unremitted without taking action (see, e.g., *Hanlon, Tickle and Csiszar*); and
- finally, the prospects of success of a restructuring; and whether the CCAA is likely to be used to sell the debtor's assets.

[180] Finally, different considerations will apply if a court is considering ranking a different party's

[179] De plus, je suis d'avis que le tribunal peut également tenir compte de ce qui suit :

- la question de savoir si le prêteur temporaire a indiqué, de bonne foi, qu'il n'accordera pas de prêt au débiteur à moins que ce prêt prenne rang devant la fiducie réputée de la Couronne;
- les montants relatifs du prêt temporaire et des retenues à la source non versées (si le montant des retenues à la source non versées ne représente qu'une petite fraction du montant du prêt temporaire, le prêteur temporaire ne subirait pas nécessairement de préjudice important si une super priorité ne lui était pas accordée);
- la question de savoir si, et pendant combien de temps, la Couronne a permis le non-versement des retenues à la source sans prendre de mesures (voir, p. ex., *Hanlon, Tickle et Csiszar*);
- enfin, les probabilités de succès d'une restructuration et la question de savoir si la LACC est susceptible d'être invoquée pour liquider les actifs du débiteur.

[180] Enfin, différentes considérations entreront en jeu si un tribunal envisage de faire passer la charge

charge, like the Monitor's or Directors' Charge, ahead of the Crown's deemed trust.

VII. Conclusion

[181] I would dismiss the appeal and clarify that the authority to rank priming charges ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions is derived from s. 11 of the *CCAA* rather than ss. 11.2, 11.51 and 11.52. The Crown's interest under s. 227(4.1) of the *ITA* is a deemed trust interest, but beneficial ownership of deemed trust property is a manipulation of private law concepts, without settled meaning. Accordingly, the specific nature of beneficial ownership of deemed trust property must be determined in the relevant context in which it is asserted. Here, the Crown's right to unremitted source deductions in a *CCAA* restructuring is protected by both ss. 37(2) and 6(3). The former is flexible, requiring the Crown's deemed trust property to be considered when appropriate under the Act; the latter specifically requires 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. The Crown's right differs under the *BIA*, in keeping with the different goals and schemes of liquidation and restructuring. Given the content of the Crown's right to unremitted source deductions in a *CCAA* restructuring, there is no conflict between s. 227(4.1) of the *ITA* and s. 11 of the *CCAA*. The schemes of both federal Acts can be harmonized and the objectives of both statutes furthered.

[182] The Respondents will have their costs in accordance with the tariff of fees and disbursements set out in Schedule B of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156.

d'une autre partie, comme la charge du contrôleur ou des dirigeants, devant la fiducie réputée de la Couronne.

VII. Conclusion

[181] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et je précise que le pouvoir de faire passer des charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées découle de l'art. 11 de la *LACC* plutôt que des art. 11.2, 11.51 et 11.52. L'intérêt de la Couronne au titre du par. 227(4.1) de la *LIR* est une fiducie réputée, mais le droit de bénéficiaire sur les biens d'une fiducie réputée constitue une adaptation de concepts de droit privé sans signification établie. Par conséquent, la nature particulière du droit de bénéficiaire sur les biens de la fiducie réputée doit être déterminée dans le contexte pertinent où il est invoqué. En l'espèce, 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). Le premier est souple et exige que l'on tienne compte des biens réputés détenus en fiducie par la Couronne lorsque cela est approprié dans le cadre de la loi; le deuxième exige spécifiquement 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. Le droit de la Couronne diffère sous le régime de la *LFI*, conformément aux objectifs et aux régimes différents de la liquidation et de la restructuration. Étant donné la teneur du droit de la Couronne sur les retenues à la source non versées dans le cadre d'une restructuration sous le régime de la *LACC*, il n'y a pas de conflit entre le par. 227(4.1) de la *LIR* et l'art. 11 de la *LACC*. Les régimes des deux lois fédérales peuvent être harmonisés et leurs objectifs, réalisés.

[182] Les intimées ont droit à leurs dépens selon le tarif des honoraires et débours fixé à l'annexe B des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156.

The reasons of Abella, Brown and Rowe JJ. were delivered by

BROWN AND ROWE JJ. (dissenting) —

I. Overview

[183] At issue in this appeal is whether the Crown’s deemed trust claim for unremitted source deductions under s. 227(4) and (4.1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), s. 23(3) and (4) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 (“*CPP*”), and ss. 23(4) and 86(2) and (2.1) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (“*EIA*”) (collectively, the “Fiscal Statutes”), have priority over court-ordered priming charges under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“*CCAA*”).

[184] The present iteration of the deemed trust provision, s. 227(4.1) of the *ITA*, was the result of a 1997 amendment enacted by Parliament directly in response to this Court’s interpretation of the provision’s predecessor in *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411 (Department of Finance Canada, *Unremitted Source Deductions and Unpaid GST* (April 7, 1997)). That provision was itself the result of several amendments, beginning in 1942, with the amendment introducing the deemed trust in s. 92(6) and (7) of the *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97 (previously S.C. 1917, c. 28) (*An Act to amend the Income War Tax Act*, S.C. 1942-43, c. 28, s. 31). The provision and the historical amendments demonstrate Parliament’s intention to safeguard its ability to collect employee source deductions under the relevant statutes, in priority to all other claims against a debtor’s property.

[185] The Crown appeals from the decision of the Court of Appeal of Alberta which, like the chambers judge, held that the *CCAA* court could subordinate the deemed trust claims under the Fiscal Statutes

Version française des motifs des juges Abella, Brown et Rowe rendus par

LES JUGES BROWN ET ROWE (dissidents) —

I. Aperçu

[183] Dans le présent pourvoi, la question est de savoir si la réclamation de la Couronne au titre de la fiducie réputée créée à l’égard des retenues à la source non versées en vertu des par. 227(4) et (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), des par. 23(3) et (4) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-8 (« *RPC* »), et des par. 23(4) et 86(2) et (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, c. 23 (« *LAE* ») (collectivement, les « lois fiscales »), a préséance sur les charges super prioritaires ordonnées par un tribunal en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« *LACC* »).

[184] La version actuelle de la disposition concernant la fiducie réputée, soit le par. 227(4.1) de la *LIR*, est le résultat d’une modification adoptée en 1997 par le législateur en réponse directe à l’interprétation faite par notre Cour de la version antérieure de la disposition dans l’arrêt *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411 (Ministère des Finances Canada, *Retenues à la source non versées et TPS impayée* (7 avril 1997)). Cette disposition était elle-même le résultat de plusieurs modifications, à commencer, en 1942, par celle qui a introduit la fiducie réputée aux par. 92(6) et (7) de la *Loi de l’impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, c. 97 (auparavant S.C. 1917, c. 28) (*Loi modifiant la Loi de l’impôt de guerre sur le revenu*, L.C. 1942-1943, c. 28, art. 31). La disposition et l’historique des modifications démontrent l’intention du législateur de protéger sa capacité de percevoir les retenues à la source en vertu des lois applicables, par priorité sur toute autre réclamation visant les biens d’un débiteur.

[185] La Couronne se pourvoit contre la décision de la Cour d’appel de l’Alberta qui, comme le juge en cabinet, a conclu que le tribunal chargé d’appliquer la *LACC* avait le pouvoir de subordonner les

to the priming charges (2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. 29, aff'g 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103). Having examined the pertinent provisions of the Fiscal Statutes, and for the reasons that follow, we find ourselves in respectful disagreement with that conclusion, and prefer the view of the dissenting judge, Wakeling J.A. The Crown's deemed trust claims under the Fiscal Statutes have ultimate priority and cannot be subordinated by priming charges.

[186] In our view, the text of the impugned provisions in the Fiscal Statutes is clear: the Crown's deemed trust operates "[n]otwithstanding . . . any other enactment of Canada" (*ITA*, s. 227(4.1)).² Parliament used unequivocal language — indeed, *the very language suggested by this Court in Sparrow Electric* — to give ultimate priority to the Crown's claim. Further, and again in clear and unequivocal text, Parliament imposed limits on the broad grant of authority by which a court can prioritize priming charges, thereby making plain the superiority of deemed trust claims. Finally, no provision of the CCAA is rendered meaningless by this interpretation. Unlike in other contexts such as the legislative scheme governing the GST/HST, Parliament has left no room for subordinating the deemed trusts under the Fiscal Statutes in pursuit of other legislative objectives. We would, therefore, allow the appeal.

II. Analysis

A. *General Comments on the Nature of the Deemed Trusts Under the Fiscal Statutes*

[187] The deemed trust created by the *ITA* is an essential instrument to collect source deductions (*First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002]

² The wording of the deemed trust provisions in the relevant provisions of the Fiscal Statutes is materially identical. This decision focuses on the deemed trusts in s. 227(4) and (4.1) of the *ITA*. The reasoning herein, however, applies with equal force to each of the other statutes.

réclamations relatives à une fiducie réputée créée par les lois fiscales aux charges super prioritaires (2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. 29, conf. 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103). Après avoir examiné les dispositions applicables des lois fiscales, et pour les motifs qui suivent, nous ne partageons pas ce point de vue et nous nous rangeons plutôt à l'avis du juge dissident, le juge Wakeling. Les réclamations de la Couronne relatives à une fiducie réputée créée par les lois fiscales ont priorité absolue et ne peuvent pas être subordonnées aux charges super prioritaires.

[186] À notre avis, le libellé des dispositions contestées des lois fiscales est clair : la fiducie réputée de la Couronne produit ses effets « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral » (*LIR*, par. 227(4.1))². Le législateur a employé des termes non équivoques — *les termes mêmes proposés par notre Cour* dans l'arrêt *Sparrow Electric* — pour accorder une priorité absolue à la réclamation de la Couronne. En outre, toujours dans un langage clair et non équivoque, le législateur a imposé des limites aux larges pouvoirs par lesquels un tribunal peut accorder la priorité à des charges super prioritaires, établissant ainsi clairement la supériorité des réclamations relatives à une fiducie réputée. Enfin, cette interprétation ne fait perdre son sens à aucune des dispositions de la *LACC*. Contrairement à d'autres contextes, comme dans celui du régime législatif régissant la TPS/TVH, le législateur n'a pas ouvert la porte à la subordination de la fiducie réputée créée par les lois fiscales en vue de réaliser d'autres objectifs législatifs. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Analyse

A. *Observations générales sur la nature de la fiducie réputée créée par les lois fiscales*

[187] La fiducie réputée créée par la *LIR* est un instrument essentiel à la perception des retenues à la source (*First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002

² Les dispositions pertinentes des lois fiscales en matière de fiducie réputée ont un libellé sensiblement identique. La présente décision met l'accent sur les fiducies réputées prévues aux par. 227(4) et (4.1) de la *LIR*. Le raisonnement exposé ici vaut cependant tout autant pour chacune des autres lois.

2 S.C.R. 720, at para. 22). The *ITA* grants special priority to the Crown to collect unremitted source deductions, reflecting its status as an “involuntary creditor” (*First Vancouver*, at para. 23).

[188] Section 227(4) and (4.1) of the *ITA* reads:

(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.

(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

CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, par. 22). La *LIR* accorde à la Couronne la priorité de rang pour la perception des retenues à la source non versées, étant donné son statut de « créancier involontaire » (*First Vancouver*, par. 23).

[188] Les paragraphes 227(4) et (4.1) de la *LIR* prévoient ce qui suit :

(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) 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

shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

[189] These sections describe two relevant events. First, at the time of the deduction, a trust is deemed in favour of the Crown, binding every person (the “tax debtor”) who collects source deductions in the amount withheld until the person remits the source deductions (*ITA*, s. 227(4)). Section 227(4) deems the tax debtor to hold the source deductions “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”.

[190] The second event occurs where the tax debtor has failed to remit the source deductions in accordance with the manner and time provided by the *ITA*. Section 227(4.1) extends the deemed trust to all “property of the person and property held by any secured creditor . . . equal in value to the amount so deemed to be held in trust”. This is achieved by deeming the source deductions to be held “in trust for Her Majesty” from the moment the amount was “deducted or withheld by the person, separate and apart from the property of the person”. Parliament further provided that the unremitted source deductions under the Fiscal Statutes “form no part of the estate or property of the person” from the time of deduction or withholding, 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”.

[191] This Court has held that the deemed trust is a “creatur[e] of statute” and “is not in truth a real [trust], as the subject matter of the trust cannot be identified from the date of creation of the trust” (*Sparrow Electric*, at para. 31, per Gonthier J., citing D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at p. 117, and adopted in *First Vancouver*, at para. 37). This statement fuelled a debate in this appeal about whether the deemed trust is a security interest or a proprietary interest, with the respondents arguing that the Crown cannot hold a proprietary

de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie.

[189] Ces paragraphes décrivent deux événements pertinents. Premièrement, dès le moment où le montant est retenu, une fiducie réputée est créée en faveur de la Couronne, contraignant chaque personne (le « débiteur fiscal ») qui effectue des retenues à la source à retenir le montant en vue de le verser à Sa Majesté (*LIR*, par. 227(4)). Aux termes du par. 227(4), le débiteur fiscal est réputé détenir le montant des retenues à la source « séparé de ses propres biens et des biens détenus par son créancier garanti au sens [du paragraphe 224(1.3)] ».

[190] Le deuxième événement se produit lorsque le débiteur fiscal fait défaut de verser les retenues à la source selon les modalités et dans le délai prévus par la *LIR*. Le paragraphe 227(4.1) étend la fiducie réputée à tous « les biens de la personne, et les biens détenus par son créancier garanti [. . .] d’une valeur égale [au montant réputé être détenu en fiducie] ». Ainsi, les retenues à la source sont réputées être détenues « en fiducie pour Sa Majesté » à compter du moment où le montant est « déduit ou retenu », « sépar[ées] des propres biens de la personne ». Le législateur a également prévu que les retenues à la source non versées au titre des lois fiscales sont réputées « ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne » à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, et qu’elles constituent 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 ».

[191] Notre Cour a jugé que la fiducie réputée « tire son origine de la législation » et qu’elle « n’est pas réelle, étant donné que son objet ne peut être identifié à compter de la date de création de la fiducie » (*Sparrow Electric*, par. 31, le juge Gonthier, citant D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), p. 117, et adopté dans *First Vancouver*, par. 37). Cette déclaration a donné lieu, dans le cadre du présent pourvoi, à un débat sur la question de savoir si la fiducie réputée crée une garantie ou un intérêt propriétaire. Les intimées soutiennent que la

interest in the debtor's property because there is a lack of certainty in the subject matter.

[192] We agree with each of our colleagues Justices Karakatsanis and Côté that the deemed trust is not a “true” trust and that it does not confer an ownership interest or the rights of a beneficiary on the Crown as they are understood at common law or within the meaning of the *Civil Code of Québec* (Karakatsanis J.’s reasons, at paras. 119-20; Côté J.’s reasons, at paras. 43 and 49). Respectfully, however, our colleagues miss the point of the *deemed* quality of the trust. The matters of a property interest, certainty of subject matter and autonomous patrimony that arise from attempts to describe the operation of the deemed trust are entirely irrelevant and do not assist in deciding this appeal, nor in understanding Parliament’s intent. The deemed trust is a legal fiction, with *sui generis* characteristics that are described in s. 227(4) and (4.1) of the *ITA*. As noted in *First Vancouver*, at para. 34, “it is open to Parliament to characterize the trust in whatever way it chooses; it is not bound by restraints imposed by ordinary principles of trust law”. While *First Vancouver* considered the contrast between a statutory trust and a common law trust, the same applies to our colleague Côté J.’s reference to the *Civil Code (Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d’Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31, at para. 49). What matters here is not *the characterization* of the deemed trust that is at issue, but its *operation*. And as we explain, it *operates* to give the Crown a statutory right of access to the debtor’s property to the extent of its *corpus* and a right to be paid in priority to all security interests.

[193] Further, no concerns regarding certainty of subject matter or autonomous patrimony arise here. It is of course true that, in common law Canada, for a trust to come into existence there must be certainty of intention, certainty of subject matter, and certainty of object (D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters’ Law of Trusts in Canada* (4th ed. 2012), at p. 140; E. E. Gillese, *The Law of Trusts*

Couronne ne peut pas détenir un intérêt propriétaire sur les biens des débitrices en raison de l’incertitude quant aux biens sujets à la fiducie.

[192] Nous convenons avec chacune de nos collègues les juges Karakatsanis et Côté que la fiducie réputée n’est pas une fiducie « véritable » et qu’elle ne confère pas à la Couronne un intérêt propriétaire ou des droits de bénéficiaire tel qu’on les entend en common law ou au sens du *Code civil du Québec* (motifs de la juge Karakatsanis, par. 119-120; motifs de la juge Côté, par. 43 et 49). En tout respect, cependant, nos collègues ne saisissent pas le caractère *réputé* de la fiducie. Les questions de l’intérêt propriétaire, de la certitude quant aux biens sujets à la fiducie et du patrimoine autonome qui découlent des tentatives d’expliquer le fonctionnement de la fiducie réputée sont dénuées de toute pertinence et n’aident pas à trancher le présent pourvoi, ni à comprendre l’intention du législateur. La fiducie réputée est une fiction juridique assortie de caractéristiques *sui generis* décrites aux par. 227(4) et 227(4.1) de la *LIR*. Comme il a été souligné au par. 34 de l’arrêt *First Vancouver*, « le législateur peut qualifier la fiducie comme il l’entend; il n’est pas lié par les contraintes découlant des principes habituels du droit des fiducies ». Bien que l’arrêt *First Vancouver* ait traité du contraste entre une fiducie créée en vertu de la loi et une fiducie en common law, ses enseignements valent pour le renvoi de notre collègue la juge Côté au *Code civil (Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d’Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31, par. 49). Ce qui importe en l’espèce n’est pas *la qualification* de la fiducie réputée en cause, mais son *fonctionnement*. Comme nous l’expliquerons, elle a *pour effet* de conférer à la Couronne un droit d’accès aux biens du débiteur jusqu’à concurrence de la masse fiduciaire ainsi que le droit d’être payée par priorité sur toute garantie.

[193] En outre, il n’existe aucune préoccupation concernant la certitude quant à la matière ou le patrimoine autonome en l’espèce. Certes, il est vrai qu’en common law au Canada, la certitude quant à l’intention de créer une fiducie, la certitude quant aux biens sujets à la fiducie et la certitude quant à l’objet sont nécessaires pour qu’une fiducie prenne naissance (D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D.

(3rd ed. 2014), at p. 41). Similarly, under the Quebec civil law, “[t]hree requirements must . . . be met in order for a trust to be constituted: property must be transferred from an individual’s patrimony to another patrimony by appropriation; the property must be appropriated to a particular purpose; and the trustee must accept the property” (*Bank of Nova Scotia v. Thibault*, 2004 SCC 29, [2004] 1 S.C.R. 758, at para. 31). And, again, it is also true that the subject matter of the deemed trust under s. 227(4.1) cannot be identified from the date of creation of the trust and does not constitute an autonomous patrimony to which specific property is transferred.

[194] But again, none of this remotely matters here. Statutory text, not ordinary principles of trust law, determines the nature of, and rights conferred by, deemed trusts (*First Vancouver*, at para. 34). And this Court has recognized that Parliament, through the trust deemed by s. 227(4.1) of the *ITA*, has “revitaliz[ed] the trust whose subject matter has lost all identity” (*Sparrow Electric*, at para. 31, per Gonthier J., adopted in *First Vancouver*, at para. 37). This is because the subject matter of the deemed trust is ascertained *ex post facto*, corresponding to the property of the tax debtor and property held by any secured creditor equal in value to the amount deemed to be held in trust by s. 227(4) that, but for the security interest, would be property of the tax debtor. In short, the subject matter is whatever assets the employer then has from which to realize the original trust debt. Hence Iacobucci J.’s description in *First Vancouver* of the operation of s. 227(4.1) as “similar in principle to a floating charge” (para. 4). Parliament also circumvented the traditional requirements of the *Civil Code* for constituting a trust by requiring the amount of the unremitted source deductions to be held “separate and apart from the property of the [debtor]” and to “form no part of the estate [*patrimoine*, in the French version] or property of the [debtor]” (s. 227(4.1)).

Smith, dir., *Waters’ Law of Trusts in Canada* (4^e éd. 2012), p. 140; E. E. Gillese, *The Law of Trusts* (3^e éd. 2014), p. 41). De même, en droit civil québécois, « [t]rois conditions sont [. . .] nécessaires pour la constitution d’une fiducie : le transfert de biens du patrimoine d’une personne à un patrimoine d’affectation, l’affectation des biens à une fin particulière et l’acceptation par un fiduciaire » (*Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 R.C.S. 758, par. 31). Par ailleurs, il est également vrai que la matière de la fiducie réputée créée par le par. 227(4.1) ne peut être identifiée à compter de la date de création de la fiducie et qu’elle ne constitue pas un patrimoine autonome auquel sont transférés des biens en particulier.

[194] Mais là encore, rien de ce qui précède n’est d’une quelconque pertinence en l’espèce. C’est le texte législatif, et non les principes habituels du droit des fiducies, qui détermine la nature des fiducies réputées et les droits qu’elles confèrent (*First Vancouver*, par. 34). De plus, notre Cour a reconnu que le législateur avait, au moyen de la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) de la *LIR*, « revitalis[é] la fiducie dont l’objet a perdu toute identité » (*Sparrow Electric*, par. 31, le juge Gonthier, adopté dans *First Vancouver*, par. 37). Il en est ainsi parce que les biens sujets à la fiducie réputée sont établis après coup; ils correspondent aux biens du débiteur fiscal et aux biens détenus par un créancier garanti d’une valeur équivalente au montant réputé être détenu en fiducie en vertu du par. 227(4) qui, en l’absence de la garantie, seraient ceux du débiteur fiscal. Bref, les biens sujets à la fiducie correspondent à tous les biens, quels qu’ils soient, que l’employeur possède alors et au moyen desquels la fiducie initiale peut être réalisée. C’est pourquoi le juge Iacobucci, dans l’arrêt *First Vancouver*, a déclaré que la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) « s’apparent[ait] sur le plan des principes à une charge flottante » (par. 4). Le législateur a aussi contourné les conditions classiques établies dans le *Code civil* pour la constitution d’une fiducie en exigeant que le montant des retenues à la source non versées soit détenu « sépar[é] des propres biens d[u] débiteur » et « ne [fasse pas] partie du patrimoine ou des biens d[u] débiteur » (par. 227(4.1)).

[195] In short, the requirements of “true” trusts of civil and common law are irrelevant to ascertaining the operation of a statutorily deemed trust. Parliament did not legislate a “true” trust. Instead, it legislated a deeming provision which “artificially imports into a word or an expression an additional meaning which they would not otherwise convey beside the normal meaning which they retain where they are used” (*R. v. Verrette*, [1978] 2 S.C.R. 838, at p. 845).

[196] On this point, and contrary to the view of the majority at the Court of Appeal, Iacobucci J. *did not* hold that the deemed trust *is* a floating charge — nor that it was “of the same nature” (Côté J.’s reasons, at para. 51) — but rather that it operated *similarly*, by permitting a debtor in the interim to alienate property in the normal course of business. They are distinct legal concepts; whereas the deemed trust takes “priority over existing and future security interests”, a floating charge would be overridden by a subsequent fixed charge (*Toronto-Dominion Bank v. Canada*, 2020 FCA 80, [2020] 3 F.C.R. 201, at para. 62; see also *First Vancouver*, at para. 28).

[197] Significantly, the s. 227(4.1) deemed trust does not encompass the whole of the tax debtor’s interest in property, but only the amount deemed to be held in trust by s. 227(4). But this does not mean the Crown cannot have a property interest in the debtor’s property. It merely limits that interest to the extent of the unremitted source deductions. This makes sense. The Crown may collect only what it is owed.

B. *The Deemed Trust Under the Fiscal Statutes Have Absolute Priority Over All Other Claims in CCAA Proceedings*

[198] The text, context, and purpose of s. 227(4.1) of the *ITA* support the conclusion that s. 227(4.1) of the *ITA* and the related deemed trust provisions under the Fiscal Statutes bear only one plausible

[195] En somme, 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. Le législateur n’a pas créé une fiducie « véritable ». Il a plutôt adopté une disposition déterminative qui « donne à un mot ou à une expression un sens autre que celui qu’on leur reconnaît habituellement et qu’il conserve là où on l’utilise » (*R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838, p. 845).

[196] Sur ce point, et contrairement à l’avis des juges majoritaires de la Cour d’appel, le juge Iacobucci *n’a pas* jugé que la fiducie réputée *constituait* une charge flottante — ni qu’elle [TRADUCTION] « particip[ait] de la nature d’une “charge flottante” » (motifs de la juge Côté, par. 51) — mais plutôt qu’elle fonctionnait de manière *semblable* en permettant à un débiteur, dans l’intervalle, de se départir d’un bien détenu en fiducie dans le cadre normal de ses activités. Ce sont là des concepts juridiques distincts; alors que la fiducie réputée a la « priorité de rang sur les garanties actuelles et futures », une charge flottante serait supplantée par une sûreté ultérieure (*Banque Toronto-Dominion c. Canada*, 2020 CAF 80, [2020] 3 R.C.F. 201, par. 62; voir aussi *First Vancouver*, par. 28).

[197] Fait important à signaler, la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) ne comprend pas l’ensemble des biens du débiteur fiscal, mais seulement les biens d’une valeur équivalente au montant réputé être détenu en fiducie en vertu du par. 227(4). Cela ne signifie pas que la Couronne ne peut pas détenir un intérêt propriétaire sur les biens du débiteur, mais seulement que cet intérêt se limite à la valeur des retenues à la source non versées, ce qui est logique. La Couronne ne peut percevoir que ce qui lui est dû.

B. *La fiducie réputée créée par les lois fiscales a priorité absolue sur toutes les autres réclamations dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la LACC*

[198] 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

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 (4.1) of the *ITA* was clear and unmistakable.

(1) The Deemed Trusts Apply Notwithstanding the Provisions of the *CCAA*

(a) *Text of the Fiscal Statutes*

[199] The text of s. 227(4.1) of the *ITA* is determinative: the Crown's deemed trust claim enjoys superior priority over all "security interests", including priming charges under the *CCAA*. The amount subject to the deemed trusts is 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". It is "beneficially owned by Her Majesty", and the "proceeds of such property shall be paid . . . in priority to all such security interests". The Crown's right pursuant to its deemed trust is clear: it is a right to be paid in priority to all security interests.

[200] Parliament granted this unassailable priority by employing the unequivocal language of "[n]otwithstanding any . . . enactment of Canada". This is a "blanket paramountcy clause"; it prevails over all other statutes (P. Salembier, *Legal and Legislative Drafting* (2nd ed. 2018), at p. 385). No similar "notwithstanding" provision appears in the *CCAA*, subordinating the claims under the deemed trusts of the Fiscal Statutes to priming charges. 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. This distinguishes the deemed trust at issue here from those discussed in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, which were nullified by the operation of what is now s. 37(1). Deschamps J. repeatedly contrasted the different deemed trusts and specified that "the Crown's deemed trust and corresponding priority in source deductions remain effective both in reorganization

concernant la fiducie réputée qui figurent dans 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 (4.1) de la *LIR* et élargi leur portée, son intention était claire et sans équivoque.

(1) La fiducie réputée s'applique malgré les dispositions de la *LACC*

a) *Texte des lois fiscales*

[199] Le libellé du par. 227(4.1) de la *LIR* est déterminant : la fiducie réputée de la Couronne a priorité absolue sur toutes les « garanties », y compris sur les charges super prioritaires créées sous le régime de la *LACC*. Le montant sujet à la fiducie réputée est réputé « être déten[u] [. . .] sépar[é] des propres biens de la personne » et « ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne ». « Sa Majesté a un droit de bénéficiaire » sur ce montant et « le produit découlant de ces biens est payé [. . .] par priorité sur [toute autre] garantie ». Le droit conféré à la Couronne par la fiducie réputée créée en sa faveur est clair : il s'agit du droit d'être payée par priorité sur toute garantie.

[200] Le législateur a accordé cette priorité inattaquable en employant ces termes non équivoques : « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral . . . » Il s'agit d'une [TRADUCTION] « disposition générale attributive de préséance »; elle a préséance sur toute autre loi (P. Salembier, *Legal and Legislative Drafting* (2^e éd. 2018), p. 385). Il ne figure dans la *LACC* aucune disposition dérogatoire semblable (« malgré »), subordonnant aux charges super prioritaires les réclamations relatives à une fiducie réputée créée par les lois fiscales. 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. Cela distingue la fiducie réputée en litige dans la présente affaire de celles dont il était question dans l'arrêt *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, qui ont été neutralisées par l'application de ce qui est maintenant le par. 37(1).

and in bankruptcy” (para. 38). The *ITA* and *CCAA* thus operate without conflict.

(b) *Legislative Predecessor Provisions*

[201] The predecessor provisions of a statutory provision form part of the “entire context” in which it must be interpreted (*Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771*, 2005 SCC 70, [2005] 3 S.C.R. 425, at para. 28). And here, it confirms that, by enacting s. 227(4.1) of the *ITA*, Parliament intended for the deemed trusts arising from the Fiscal Statutes to have absolute priority over all secured creditors, as defined in s. 224(1.3) of the *ITA*.

[202] As already noted, Parliament amended s. 227(4.1) of the *ITA* to its current form in response to this Court’s decision in *Sparrow Electric*. In *Sparrow Electric*, both Royal Bank and the Minister claimed priority to the proceeds from the tax debtor’s property. This Court held that the Bank had priority since the inventory was subject to the Bank’s security before the deemed trust arose. In reaching this conclusion, Iacobucci J. invited Parliament to grant absolute priority to the Crown, and showed how this could be achieved:

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

La juge Deschamps a maintes fois comparé les différentes fiducies réputées et précisé que « la fiducie réputée établie en faveur de la Couronne et la priorité dont celle-ci jouit de ce fait sur les retenues à la source continuent de s’appliquer autant pendant la réorganisation que pendant la faillite » (par. 38). La *LIR* et la *LACC* n’entrent donc pas en conflit.

b) *Dispositions législatives antérieures*

[201] Les versions antérieures d’une disposition législative font partie du « contexte global » dans lequel cette disposition doit être interprétée (*Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d’armature, section locale 771*, 2005 CSC 70, [2005] 3 R.C.S. 425, par. 28). En l’espèce, le contexte confirme qu’en édictant le par. 227(4.1) de la *LIR*, le législateur voulait que la fiducie réputée créée par les lois fiscales jouisse d’une priorité absolue sur tous les créanciers garantis, au sens du par. 224(1.3) de la *LIR*.

[202] Comme il a déjà été souligné, le législateur a modifié le par. 227(4.1) de la *LIR* pour adopter son libellé actuel en réponse à l’arrêt *Sparrow Electric* de notre Cour. Dans l’affaire *Sparrow Electric*, tant la Banque Royale que Sa Majesté revendiquaient la priorité de rang relativement au produit de la vente des biens de la débitrice fiscale. Notre Cour a jugé que la priorité de rang revenait à la Banque puisque les biens figurant dans l’inventaire étaient assujettis à la garantie de la Banque avant que la fiducie réputée n’ait pris naissance. En tirant cette conclusion, le juge Iacobucci a invité le législateur à accorder la priorité absolue à la Couronne et lui a montré comment y arriver :

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

fixed only as a result of expensive and lengthy litigation.
[Emphasis added; para. 112.]

[203] Parliament proceeded to do just that. It amended the Fiscal Statutes to reinforce its priority. The press release accompanying the amendments stated that the objective of the amendments was to “assert the absolute priority of the Crown’s claim [for] unremitted source deductions [and to] ensure that tax revenue losses are minimised and that delinquent taxpayers and their secured creditors do not benefit from failures to remit source deductions and GST at the expense of the Crown” (Department of Finance Canada, at p. 1 (emphasis added)).

[204] The purpose of these amendments was described by Iacobucci J. for this Court in *First Vancouver*. It was, he recognized, to grant priority to the deemed trusts and ensure the Crown’s claim prevails over secured creditors, irrespective of when the security interest arose (paras. 28-29). “It is evident from these changes” he added, “that Parliament has made a concerted effort to broaden and strengthen the deemed trust in order to facilitate the collection efforts of the Minister” (para. 29). Parliament’s intention could not have been clearer.

[205] Indeed, our colleagues’ view to the contrary leaves us wondering: if the all-encompassing scope of the notwithstanding clause of s. 227(4.1) of the *ITA* is *insufficient* to prevail over the priming charges, what language would possibly be *sufficient*? Courts must give proper effect to Parliament’s plain statutory direction, and not strain to subvert it on the basis that Parliament’s categorical language or “basket clause” did not itemize a particular security interest.

(2) The Priming Charges Are “Security Interests” Within the Meaning of the Fiscal Statutes

[206] The priming charge provisions in ss. 11.2(1), 11.51(1) and 11.52(1) of the *CCAA* allow the

prescription du législateur est plus susceptible d’être claire qu’une règle dont les limites précises ne seront établies que par suite d’une longue et coûteuse série de poursuites.
[Nous soulignons; par. 112.]

[203] C’est exactement ce que le législateur a fait. Il a modifié les lois fiscales afin de renforcer sa priorité. Le communiqué qui accompagnait les modifications mentionnait que celles-ci avaient pour objectif d’« établir la priorité absolue des droits de l’État [à l’égard des] retenues à la source non versées [et de] minimiser les pertes de recettes fiscales et empêch[er] les contribuables contrevenants et leurs créanciers garantis de tirer profit du non-versement de retenues à la source et de TPS au détriment de l’État » (Ministère des Finances du Canada, p. 1 (nous soulignons)).

[204] L’objectif de ces modifications a été décrit par le juge Iacobucci au nom de notre Cour dans l’arrêt *First Vancouver*. Comme il l’a reconnu, l’objectif était d’accorder la priorité de rang à la fiducie réputée et de faire en sorte que la créance de la Couronne ait préséance sur celles des créanciers garantis, peu importe le moment où la garantie a pris naissance (par. 28-29). « Ces modifications révèlent que le législateur a manifestement voulu consolider la fiducie réputée et en accroître la portée afin de faciliter les opérations de recouvrement du ministre », a-t-il ajouté (par. 29). L’intention du législateur n’aurait pas pu être plus claire.

[205] En fait, l’opinion contraire de nos collègues nous amène à nous questionner : si la portée englobante de la disposition de dérogation du par. 227(4.1) de la *LIR* ne suffit pas à garantir la priorité de rang sur les charges super prioritaires, quel libellé imaginable aurait *suffi*? Les tribunaux doivent donner dûment effet aux directives législatives claires du législateur et ne pas s’efforcer de les renverser au motif que le libellé sans équivoque ou la « clause omnibus » du législateur ne mentionne pas expressément une garantie en particulier.

(2) Les charges super prioritaires constituent une « garantie » au sens des lois fiscales

[206] Selon les dispositions relatives aux charges super prioritaires figurant aux par. 11.2(1), 11.51(1)

supervising court to “make an order declaring that all or part of the company’s property is subject to a security or charge” (“*charge ou sûreté*” in the French version). This does not, however, prevail over the deemed trust created by s. 227(4.1) of the *ITA*, which provides that the unpaid amounts of the deemed trust for source deductions have priority over all “security interests”. That term is defined by s. 224(1.3) of the *ITA* as follows:

security interest means any interest in, or for civil law any right in, property that secures payment or performance of an obligation and includes 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; (*garantie*)

This makes clear that a “security interest” includes a “charge” (a “*sûreté*” in the French version). Further, ss. 11.2(1), 11.51(1) and 11.52(1) of the *CCAA* describe the priming charges as a “security or charge”. There can be no doubt, therefore, that priming charges under the *CCAA* are security interests under the *ITA*.

[207] Even were this insufficient, the definition of “security interest” in s. 224(1.3) of the *ITA* is sufficiently expansive to capture *CCAA* priming charges. The word “includes”, and the categorical language of “encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for” could not be any more expansive. As Professor Sullivan explains, “[t]he purpose of a list of examples following the word ‘including’ is normally to emphasize the broad range of general language and to ensure that it is not inappropriately read down so as to exclude something that is meant to be included” (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at para. 4.39).

[208] This Court has already recognized, in *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond v.*

et 11.52(1) de la *LACC*, un juge surveillant « peut par ordonnance [. . .] déclarer que tout ou partie des biens de la compagnie sont grevés d’une charge ou sûreté ». Cette charge ou sûreté n’a toutefois pas pré-séance sur la fiducie réputée créée par le par. 227(4.1) de la *LIR*, lequel prévoit que le montant des retenues à la source non versées réputé être détenu en fiducie a priorité sur toute autre « garantie ». Ce terme est ainsi défini au par. 224(1.3) de la *LIR* :

garantie Intérêt ou, pour l’application du droit civil, droit sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement. Sont en particulier des garanties les intérêts ou, pour l’application du droit civil, les droits nés ou découlant de débetures, hypothèques, privilèges, 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. (*security interest*)

Il est donc clair qu’une « garantie » englobe une « sûreté » et une « charge ». En outre, les par. 11.2(1), 11.51(1) et 11.52(1) de la *LACC* décrivent les charges super prioritaires comme une « charge ou sûreté ». Par conséquent, il ne fait aucun doute que les charges super prioritaires créées sous le régime de la *LACC* sont des garanties au sens de la *LIR*.

[207] Même si cela ne suffisait pas, la définition de « garantie » énoncée au par. 224(1.3) de la *LIR* est assez large pour comprendre les charges super prioritaires prévues sous le régime de la *LACC*. La portée de l’expression « sont en particulier » et du passage catégorique « charges, quelle qu’en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu’elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs » ne pourrait pas être plus large. Comme l’explique la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « [u]ne liste d’exemples introduite par le terme “notamment” [ou “sont en particulier” dans le paragraphe qui nous occupe] a généralement pour objectif de souligner la vaste portée des termes généraux et de veiller à ce qu’elle ne soit pas mal interprétée de façon à exclure un élément qui ne doit pas l’être » (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), par. 4.39).

[208] Notre Cour a déjà reconnu, dans l’arrêt *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*

Canada, 2009 SCC 29, [2009] 2 S.C.R. 94, that Parliament chose “an expansive definition of ‘security interest’ . . . in order to enable maximum recovery by the Crown” (para. 14), such that it captures any interest in the property of the debtor that secures payment or performance of an obligation:

In order to constitute a security interest for the purposes of s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*, the creditor must hold “any interest in property that secures payment or performance of an obligation”. The definition of “security interest” in s. 224(1.3) *ITA* does not require that the agreement between the creditor and debtor take any particular form, nor is any particular form expressly excluded. So long as the creditor’s interest in the debtor’s property secures payment or performance of an obligation, there is a “security interest” within the meaning of this section. While Parliament has provided a list of “included” examples, these examples do not diminish the broad scope of the words “any interest in property” . . . [Emphasis added; para. 15.]

In that case, Rothstein J. held for the Court that a contract providing a right to compensation (or set-off at common law) could constitute a “security interest” under s. 224(1.3) of the *ITA*, *despite that it was not enumerated in the definition* and that it is *not traditionally understood as such* (paras. 37-40).

[209] For all these reasons, the priming charges fall under the definition of “security interest”, because they are “interest[s] in the debtor’s property [that] secur[e] payment or performance of an obligation”, i.e. the payment of the monitor, the interim lender, and directors. Consequently, the Crown’s interest under the trust deemed created by s. 227(4.1) of the *ITA* enjoys priority over the priming charges.

[210] Our colleague Côté J., however, sees the matter differently. In our respectful view, she disregards this Court’s authoritative statement of the law in *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*. Specifically, she concludes that priming charges are not “security interests” under the *ITA* because “[c]ourt-ordered charges are unlike conventional consensual and non-consensual security interests in that they are integrally connected to insolvency

c. Canada, 2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94, que le législateur a opté pour « une définition large de la “garantie” afin de maximiser le recouvrement par Sa Majesté » (par. 14), qui englobe tout intérêt sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement :

Il y a garantie aux fins des par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAÉ* lorsque le créancier détient un « [d]roit sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement ». La définition de « garantie » au par. 224(1.3) *LIR* n’exige pas que l’entente entre le créancier et le débiteur revête une forme particulière et elle n’en exclut aucune expressément. Dès lors que le droit du créancier sur le bien du débiteur garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement, il y a « garantie » au sens de cette disposition. L’énumération d’exemples dans la définition légale n’a pas pour effet de limiter la portée générale de l’expression « [d]roit sur un bien » . . . [Nous soulignons; par. 15.]

Dans ce cas, le juge Rothstein, s’exprimant au nom de la Cour, a déclaré qu’un contrat conférant un droit de compensation pouvait constituer une « garantie » au sens du par. 224(1.3) de la *LIR* même si la compensation n’est pas énumérée dans la définition et même si elle n’est ordinairement pas considérée comme telle (par. 37-40).

[209] Pour toutes ces raisons, les charges super prioritaires entrent dans la définition de « garantie » puisqu’elles constituent un « intérêt [. . .] 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. Par conséquent, l’intérêt de la Couronne au titre de la fiducie réputée créée par le par. 227(4.1) de la *LIR* prend rang devant les charges super prioritaires.

[210] Notre collègue la juge Côté voit toutefois les choses différemment, mais à notre humble avis, elle fait abstraction de l’exposé du droit faisant autorité de notre Cour dans *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*. Plus précisément, elle conclut que les charges super prioritaires ne sont pas des « garanties » au sens de la *LIR* parce que « [les charges super prioritaires d’origine judiciaire] se distinguent des garanties consensuelles et non consensuelles

proceedings that operate for the benefit of the creditors as a group” (Côté J.’s reasons, at para. 62 (emphasis deleted), quoting R. J. Wood, “Irresistible Force Meets Immovable Object: *Canada v. Canada North Group Inc.*” (2020), 63 *Can. Bus. L.J.* 85, at p. 98). With respect, nothing in the definition of security interest in the *ITA* precludes the inclusion of an interest that is designed to operate to the benefit of all creditors.

[211] Further, and irrespective of the nature of CCAA proceedings, our colleague’s conclusion is irreconcilable with this Court’s holding in *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond* and with the “expansive definition” Parliament adopted to maximize recovery (*Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*, at para. 14). The fact that the instrument is court-ordered and is for the presumed benefit of all creditors is irrelevant. It does not affect the nature of the priming charges — to secure the payment of an obligation — which is the only relevant criterion (para. 15). As for the express inclusion of “priming charges” in the definition and their creation by court order, we reiterate that “*sûreté*” and “*charge*” are explicitly included “however or whenever arising, created, deemed to arise or provided for” (*ITA*, s. 224(1.3)).

[212] Nor is Professor Wood’s commentary, and by extension, the reasoning in *DaimlerChrysler Financial Services (Debis) Canada Inc. v. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 1 B.C.L.R. (4th) 237, and *Minister of National Revenue v. Schwab Construction Ltd.*, 2002 SKCA 6, 213 Sask. R. 278, of any avail to our colleague Karakatsanis J. (para. 102; see also Wood, at p. 98, fns. 51-52). While those judgments held that finance leases and conditional sales agreements did not fall under the definition of s. 224(1.3) of the *ITA* because they were not specifically listed, that reasoning was later squarely rejected in *Caisse populaire de l’Est de Drummond*. And, were that not enough, *Mega Pets* and *Schwab*, unlike the instant case, dealt with situations where property was not

classiques en ce qu’elles sont intimement liées aux procédures d’insolvabilité qui se déroulent au profit de l’ensemble des créanciers » (motifs de la juge Côté, par. 62 (soulignement omis), citant R. J. Wood, « Irresistible Force Meets Immovable Object : *Canada v. Canada North Group Inc.* » (2020), 63 *Rev. can. dr. comm.* 85, p. 98). Avec égards, rien dans la définition de garantie qui figure dans la *LIR* ne permet d’exclure une garantie conçue pour fonctionner au profit de tous les créanciers.

[211] Une fois de plus, et quelle que soit la nature des procédures intentées sous le régime de la *LACC*, la conclusion de notre collègue est inconciliable avec celle de notre Cour dans l’arrêt *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond* de même qu’avec la « définition large » retenue par le législateur pour maximiser le recouvrement (*Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*, par. 14). Le fait que l’instrument est constitué par un tribunal et qu’il est présumé bénéficier à tous les créanciers n’a aucune importance. Il n’a aucune incidence sur la nature des charges super prioritaires — soit garantir l’exécution d’une obligation, notamment un paiement — qui constitue le seul critère pertinent (par. 15). En ce qui concerne l’inclusion expresse des « charges super prioritaires » dans la définition et leur constitution par ordonnance judiciaire, nous réitérons que les « sûretés » et « charges » sont explicitement incluses « de quelque façon ou à quelque date qu’elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs » (*LIR*, par. 224(1.3)).

[212] De plus, ni l’observation du professeur Wood ni, par extension, le raisonnement avancé dans *DaimlerChrysler Financial Services (Debis) Canada Inc. c. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 1 B.C.L.R. (4th) 237, et *Minister of National Revenue c. Schwab Construction Ltd.*, 2002 SKCA 6, 213 Sask. R. 278, ne sont d’une quelconque utilité pour notre collègue la juge Karakatsanis (par. 102; voir aussi Wood, p. 98, n. 51-52). Bien qu’il ait été conclu dans ces jugements que les contrats de location-financement et les contrats de vente conditionnelle n’entraient pas dans la définition énoncée au par. 224(1.3) de la *LIR* parce qu’ils n’y étaient pas précisément mentionnés, ce raisonnement a par la suite été rejeté sans ambages dans l’arrêt *Caisse populaire de l’Est de Drummond*.

transferred to the debtor, which facts were treated as determinatively supporting the conclusion that the instruments in those cases were not “security interests”. For example, under a conditional sales agreement, the seller does not have an interest in the debtor’s property because ownership rests with the seller until performance of the obligation (*Mega Pets*, at para. 32). By contrast, the priming charges secure payment out of property that remains the debtor’s.

[213] Finally, this Court’s interpretation of “security interest” in *Caisse populaire de l’Est de Drummond* is confirmed by the French version of the text. “*Sont en particulier des garanties*” is illustrative, not limitative. *Le Robert* (online) defines “*en particulier*” (in particular) as [TRANSLATION] “particularly, among others, especially, above all” (emphasis added). Unsurprisingly, the French version of s. 224(1.3) has been described as being [TRANSLATION] “as broadly worded as possible” (R. P. Simard, “Priorités et droits spéciaux de la couronne”, in *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Sûretés* (loose-leaf), vol. 1, by P.-C. Lafond, ed., fasc. 4, at para. 20). There is no discordance between both versions of the text. The French version conforms perfectly to the English text’s use of the verb “includes”, and confirms the plain reading of the English version.

[214] Respectfully, our colleagues Côté and Karakatsanis JJ. frustrate the clear will of Parliament. Clear, all-inclusive language should be treated as such, and not circumvented by straining to draw distinctions of no legal significance whatsoever or by searching for what is not specifically mentioned in order to avoid the otherwise inescapable conclusion that Parliament granted absolute priority to the deemed trusts.

(3) Conclusion

[215] It is this simple:

Comme si ce n’était pas suffisant, les affaires *Mega Pets* et *Schwab*, contrairement à l’affaire en l’espèce, concernaient des situations où les biens n’avaient pas été transférés au débiteur, lequel fait avait été considéré comme déterminant et avait mené à la conclusion que les instruments en question dans ces affaires ne constituaient pas des « garanties ». Par exemple, aux termes d’un contrat de vente conditionnelle, le vendeur ne dispose d’aucun intérêt sur les biens du débiteur puisque le vendeur demeure propriétaire jusqu’à l’exécution de l’obligation (*Mega Pets*, par. 32). À l’inverse, les charges super prioritaires garantissent le paiement à partir des biens qui appartiennent toujours au débiteur.

[213] Enfin, l’interprétation que notre Cour donne au terme « garantie » dans *Caisse populaire de l’Est de Drummond* est confirmée par la version française du texte. « *Sont en particulier des garanties* » est un passage illustratif, et non limitatif. *Le Robert* (en ligne) définit « en particulier » comme suit : « particulièrement, notamment, spécialement, surtout » (nous soulignons). Sans surprise, la version française du par. 224(1.3) a été qualifiée d’« aussi large qu’il est possible de l’écrire » (R. P. Simard, « Priorités et droits spéciaux de la couronne », dans *JurisClasseur Québec — Collection de droit civil — Sûretés* (feuilles mobiles), vol. 1, par P.-C. Lafond, dir., fasc. 4, par. 20). Il n’y a aucune discordance entre les deux versions du texte. La version française correspond parfaitement à l’emploi du verbe « *includes* » dans le texte anglais, et confirme le sens clair de la version anglaise.

[214] Avec égards, nos collègues les juges Côté et Karakatsanis contrecarrent la volonté claire du législateur. Un langage clair et englobant devrait être traité comme tel et ne pas être contourné en tentant désespérément de faire des distinctions dénuées de de toute importance sur le plan juridique ou en cherchant ce qui n’est pas expressément mentionné dans le but d’éviter la conclusion, autrement inéluctable, selon laquelle le législateur voulait accorder la priorité absolue à la fiducie réputée.

(3) Conclusion

[215] La conclusion est simple :

1. the Fiscal Statutes give absolute priority to the deemed trusts for source deductions over all security interests notwithstanding the CCAA;
2. the priming charges are “security interests” within the meaning of the Fiscal Statutes; and
3. the CCAA does not subordinate the claims under the deemed trusts of the Fiscal Statutes to the priming charges.

[216] This is sufficient to decide the appeal: the deemed trusts of the Fiscal Statutes have priority over the priming charges. However, in view of the respondents’ submissions that such a finding leaves the deemed trust provisions in the Fiscal Statutes in conflict with the CCAA, and that recognizing the ultimate priority of the Crown’s deemed trust renders certain provisions of the CCAA meaningless, we are compelled to explain why this is not so.

C. *The CCAA and the Fiscal Statutes Operate Harmoniously*

(1) The Broad Grant of Authority Under Section 11 of the CCAA Is Not Unlimited

[217] It is not disputed that s. 11 of the CCAA contains a grant of broad supervisory discretion and the power to “make any order that it considers appropriate in the circumstances” to give effect to that supervisory role (see J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2nd ed. 2013), at pp. 18-19). What is in dispute, however, are the limits to this broad power.

[218] A supervising judge’s authority to grant priming charges was not always contained in the CCAA. Prior to the 2009 amendments, it was derived from the courts’ inherent jurisdiction (*Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274, at para. 14; Q.B. reasons, at para. 105). While the amendments in some respects represented a codification of the past practice, they clarified how priming charges operated (CCAA, ss. 11.2, 11.51 and 11.52). Despite being “the engine driving the statutory scheme”, s. 11’s exercise was expressly stated

1. 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;
2. les charges super prioritaires sont des « garanties » au sens des lois fiscales;
3. la LACC n’accorde pas aux charges super prioritaires préséance sur une réclamation au titre d’une fiducie réputée créée par les lois fiscales.

[216] Il n’en faut pas davantage pour trancher le pourvoi : la fiducie réputée créée par les lois fiscales a préséance sur les charges super prioritaires. Cependant, comme les intimées soutiennent que cette conclusion ferait en sorte que les dispositions relatives à la fiducie réputée contenues dans les lois fiscales entrent en conflit avec la LACC et ferait perdre leur sens à certaines dispositions de la LACC, nous nous devons d’expliquer pourquoi ce n’est pas le cas.

C. *La LACC et les lois fiscales s’appliquent de façon harmonieuse*

(1) Les larges pouvoirs conférés par l’art. 11 de la LACC ne sont pas sans limites

[217] Il n’est pas contesté que l’art. 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 » afin de donner effet à ce rôle de surveillance (voir J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2^e éd. 2013), p. 18-19). Ce sont plutôt les limites de ce vaste pouvoir qui sont contestées.

[218] La LACC n’a pas toujours conféré à un juge surveillant le pouvoir d’accorder des charges super prioritaires. Avant les modifications de 2009, ce pouvoir découlait de la compétence inhérente du tribunal (*Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274, par. 14; motifs de la C.B.R., par. 105). Les modifications visaient, à certains égards, à codifier les pratiques antérieures, mais elles visaient aussi à clarifier le fonctionnement des charges super prioritaires (LACC, art. 11.2, 11.51 et 11.52). Bien que l’art. 11 ait été qualifié de « moteur

by Parliament to be “subject to the restrictions set out in this Act” (see 9354-9186 *Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521, at paras. 48-49, citing *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), at para. 36). Three such restrictions are significant here.

(a) *The Continued Operation of the Deemed Trusts for Unremitted Source Deductions (Section 37(2))*

[219] The first restriction on the authority to grant priming charges is found in s. 37(2) of the CCAA. This provides for the continued operation of the deemed trusts under the Fiscal Statutes in a CCAA proceeding — a point this Court *repeatedly* highlighted in *Century Services*, at paras. 78-81. At the hearing of this appeal, the respondents argued that s. 37(1) nullifies the Crown’s priority in respect of all deemed trusts under the CCAA, and that s. 37(2) acts merely to reincorporate the deemed trusts under the Fiscal Statutes into CCAA proceedings without their absolute priority. This tortured interpretation misconceives the effect of s. 37(1).

[220] Section 37(1) provides that, despite any deemed trust provision in federal or provincial legislation, “property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision”, but it is expressly made “[s]ubject to subsection (2)”. Through s. 37(2), Parliament also preserved the operation of the deemed trusts under the Fiscal Statutes within CCAA proceedings by providing that “[s]ubsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under [the Fiscal Statutes]”. In the face of Parliament’s clear direction that the deemed trusts operate “notwithstanding” any other enactment, and the express preservation of the deemed trusts in the CCAA, there is simply no basis whatsoever for reading s. 37 as

du régime législatif », le législateur a expressément déclaré que le pouvoir qu’il confère doit être exercé « sous réserve des restrictions prévues par la présente loi » (voir 9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, par. 48-49, citant *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), par. 36). Trois restrictions de ce genre importent en l’espèce.

a) *Le fonctionnement continu des fiducies réputées créées à l’égard des retenues à la source non versées (par. 37(2))*

[219] La première restriction imposée au pouvoir d’accorder des charges super prioritaires est énoncée au par. 37(2) de la LACC, lequel 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 — un point que notre Cour a souligné *maintes fois* dans l’arrêt *Century Services*, par. 78 à 81. À l’audition du présent pourvoi, les intimées ont soutenu que le par. 37(1) a pour effet de neutraliser la priorité de la Couronne en regard de toutes les fiducies réputées sous le régime de la LACC et que le par. 37(2) vise simplement à réintégrer les fiducies réputées créées par les lois fiscales dans les procédures engagées sous le régime de la LACC, mais sans leur priorité absolue. Cette interprétation tortueuse se méprend sur l’effet du par. 37(1).

[220] Le paragraphe 37(1) prévoit que, par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale en matière de fiducie réputée, « 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 ». Toutefois, cela ne s’applique que « [s]ous réserve du paragraphe (2) ». Au moyen du par. 37(2), le législateur a également protégé l’application de la fiducie réputée créée par les lois fiscales dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la LACC en disposant que « [l]e paragraphe (1) ne s’applique pas à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes des [lois fiscales] ». Étant donné la directive claire du législateur voulant que la fiducie réputée s’applique « malgré » tout autre

invalidating the deemed trust provisions under the Fiscal Statutes only to revive them with a conveniently lesser priority. Such an interpretation finds no support in the text, context, or purpose of the statutory schemes. Rather, all those considerations support the view that the deemed trusts under the Fiscal Statutes are preserved in CCAA proceedings in both form and substance, along with their absolute priority.

[221] Before turning to the second restriction, we note each of our colleagues Karakatsanis J. and Côté J. fail to give effect to Parliament’s decision, expressed in clear statutory text, to “preserv[er] deemed trusts and asser[t] Crown priority only in respect of source deductions” under the CCAA (*Century Services*, at para. 45). For the same reason, the reliance they place on *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, is misconceived. There, the Court held that the deemed trust created by provincial legislation was not a “true trust” so as to fall outside the debtor’s property under what is now s. 67(1)(a) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”). That is not this case. Unlike the deemed trust in *Henfrey*, the deemed trusts of the Fiscal Statutes receive a particular treatment in bankruptcy and insolvency proceeding because they are preserved by s. 37(2) of the CCAA and s. 67(3) of the BIA. Further, while the Court in *Henfrey* concluded that the deemed trust was ineffective in bankruptcy because the commingling of assets rendered the money subject to the deemed trusts untraceable, this rationale has no application to s. 227(4.1). In *First Vancouver*, this Court noted that “by deeming the trust to be effective ‘at any time’ the debtor is in default, the amendments serve to strengthen the conclusion that the Minister is not required to trace its interest to assets which belonged to the tax debtor at the time the source deductions were made” (para. 37). Again, no conclusions regarding the nature of the deemed trusts flow from the fact that tracing is irrelevant under s. 227(4.1):

texte législatif, ainsi que la protection de la fiducie réputée expressément prévue par la LACC, il n’y a tout simplement aucune raison d’interpréter l’art. 37 comme s’il avait pour effet d’invalider les dispositions relatives à la fiducie réputée contenues dans les lois fiscales pour ensuite les rétablir, comme par hasard, avec une priorité de rang inférieure. Une telle interprétation ne trouve aucun appui dans le libellé, le contexte ou l’objectif des régimes législatifs. Tous ces éléments appuient plutôt la thèse selon laquelle, dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la LACC, la fiducie réputée créée par les lois fiscales est préservée, autant dans la forme que sur le fond, tout comme sa priorité absolue.

[221] Avant de nous pencher sur la deuxième restriction, nous soulignons qu’aucune de nos collègues les juges Karakatsanis et Côté ne donne effet à la décision du législateur, exprimée dans un texte législatif clair, de « préserv[er] les fiducies réputées et [d’]établi[r] la priorité de la Couronne seulement à l’égard des retenues à la source » sous le régime de la LACC (*Century Services*, par. 45). Pour la même raison, l’importance qu’elles accordent à l’arrêt *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24, est mal fondée. Dans cet arrêt, la Cour a conclu que la fiducie réputée créée par la loi provinciale n’était pas une « fiducie véritable » exclue du patrimoine de la débitrice en vertu de ce qui est maintenant l’al. 67(1)a) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« LFI »). La présente espèce est différente. Contrairement à la fiducie réputée en question dans l’arrêt *Henfrey*, la fiducie réputée créée par les lois fiscales reçoit un traitement particulier dans le cadre d’une procédure en matière de faillite et d’insolvabilité parce qu’elle est préservée par le par. 37(2) de la LACC et le par. 67(3) de la LFI. En outre, bien que la Cour ait conclu dans *Henfrey* que la fiducie réputée était inopérante en cas de faillite du fait que le regroupement des biens rendait non identifiable le montant assujéti à la fiducie réputée, ce raisonnement ne s’applique pas au par. 227(4.1). Dans *First Vancouver*, notre Cour a souligné que « comme elles prévoient l’application de la fiducie réputée en cas de défaut du débiteur (en anglais, « at any time »), les modifications appuient la conclusion que le ministre n’a pas à rattacher

the deemed trusts are statutory instruments and the question is one of operation, *not* characterization.

(b) *Priming Charges Attach Only to the Property of the Debtor Company*

[222] The second restriction on the CCAA’s broad authority to grant priming charges is that the CCAA requires priming charges to attach only to “all or part” of the property of the debtor’s company (s. 11.2(1); see also ss. 11.51(1) and 11.52(1)). Here, Parliament evinces a clear intent to preserve the ultimate priority it afforded the deemed trusts under the Fiscal Statutes. This is because, by operation of s. 227(4.1) of the *ITA* and s. 37(2) of the CCAA, the unremitted source deductions are deemed *not* to form part of the property of the debtor’s company.

[223] Parliament could not have been more explicit: the source deductions are deemed never to form part of the company’s property and, 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. Whether this is a true ownership interest is irrelevant to this appeal as the legislation *deems* the Crown to obtain beneficial ownership for these purposes. It follows that the priming charges cannot supersede the Crown’s deemed trust claim because they may attach *only to the property of the debtor’s company*, of which Parliament took great care to ensure the source deductions were deemed to form no part. As Michael J. Hanlon explains:

While it has been held that an interim financing charge may rank ahead of the deemed trusts existing in favour

son droit aux biens qui appartenaient au débiteur fiscal lorsque les retenues à la source ont été faites » (par. 37). Encore une fois, aucune conclusion quant à la nature de la fiducie réputée ne découle du fait que l’origine du montant qui y est assujéti n’est pas pertinente au regard du par. 227(4.1) : la fiducie réputée est un instrument législatif et la question qui se pose concerne son fonctionnement, *non* sa qualification.

b) *Les charges super prioritaires ne grèvent que les biens de la compagnie débitrice*

[222] La deuxième restriction imposée au vaste pouvoir de constituer des charges super prioritaires que confère la *LACC* est que celle-ci prévoit que les charges super prioritaires ne peuvent se rattacher qu’à « tout ou partie » des biens de la compagnie débitrice (par. 11.2(1); voir aussi les par. 11.51(1) et 11.52(1)). Le législateur exprime ainsi l’intention claire de préserver la priorité absolue accordée à la fiducie réputée créée par les lois fiscales. Effectivement, par application du par. 227(4.1) de la *LIR* et du par. 37(2) de la *LACC*, les retenues à la source non versées sont réputées *ne pas* faire partie des biens de la compagnie débitrice.

[223] Le législateur n’aurait pas pu être plus clair : les retenues à la source sont réputées ne jamais faire partie des biens de la compagnie et, 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. Qu’il s’agisse ou non d’un véritable intérêt propriétaire, cela importe peu en l’espèce, car selon la législation, la Couronne est *réputée* détenir un droit de bénéficiaire à ces fins. Il s’ensuit que les charges super prioritaires ne peuvent pas prendre rang devant la réclamation de la Couronne au titre de la fiducie réputée puisqu’elles peuvent se rattacher *uniquement* aux biens de la compagnie débitrice, dont les retenues à la source sont réputées ne pas faire partie comme s’en est assuré avec soin le législateur. Comme l’explique Michael J. Hanlon :

[TRADUCTION] Bien qu’il ait été jugé qu’une charge en faveur d’un prêteur temporaire peut prendre rang devant

of the Canada Revenue Agency with respect to amounts owing on account of unremitted source deductions, this appears to be incorrect. Property deemed to be held in trust pursuant to the provisions creating the deemed trust are deemed not to form part of the debtor's estate, and given that those deemed trusts with respect to source deductions, are preserved in a CCAA context, the interim financing charge would not attach to those assets. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(*Halsbury's Laws of Canada — Bankruptcy and Insolvency* (2017 Reissue), at HBI-376)

(c) *The Definition of “Secured Creditor” (Section 2)*

[224] The third restriction on the CCAA's broad authority to grant priming charges is that the court “may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company” (ss. 11.2(2), 11.51(2) and 11.52(2)). Also, the definition of “secured creditor” in s. 2(1) of the CCAA makes it manifestly clear that the Crown is not a “secured creditor” in respect of its deemed trust claims under the Fiscal Statutes:

secured creditor means a holder of a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against, or any assignment, cession or transfer of, all or any property of a debtor company as security for indebtedness of the debtor company, or a holder of any bond of a debtor company secured by a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against, or any assignment, cession or transfer of, or a trust in respect of, all or any property of the debtor company, whether the holder or beneficiary is resident or domiciled within or outside Canada, and a trustee under any trust deed or other instrument securing any of those bonds shall be deemed to be a secured creditor for all purposes of this Act except for the purpose of voting at a creditors' meeting in respect of any of those bonds;

This definition highlights two relevant considerations. First, the definition should be read as

une fiducie réputée créée en faveur de l'Agence du revenu du Canada à l'égard d'un montant dû au titre de retenues à la source non versées, cette conclusion semble incorrecte. Les biens réputés être détenus en fiducie en vertu des dispositions créant la fiducie réputée sont considérés comme ne faisant pas partie du patrimoine du débiteur, et puisque la fiducie réputée créée à l'égard des retenues à la source est préservée sous le régime de la LACC, la charge en faveur d'un prêteur temporaire ne se rattacherait pas à ces biens. [Nous soulignons; notes en bas de page omises.]

(*Halsbury's Laws of Canada — Bankruptcy and Insolvency* (réédition 2017), HBI-376)

c) *La définition de « créancier garanti » (art. 2)*

[224] La troisième restriction imposée au vaste pouvoir de constituer des charges super prioritaires que confère la LACC est que le tribunal « peut préciser, dans l'ordonnance, que la charge ou sûreté a priorité sur toute réclamation des créanciers garantis de la compagnie » (par. 11.2(2), 11.51(2) et 11.52(2)). De plus, selon la définition de « créancier garanti » énoncée au par. 2(1) de la LACC, il est tout à fait clair que la Couronne ne peut être considérée comme tel au regard des réclamations relatives à la fiducie réputée que lui accordent les lois fiscales :

créancier garanti Détenteur d'hypothèque, de gage, charge, nantissement ou privilège sur ou contre l'ensemble ou une partie des biens d'une compagnie débitrice, ou tout transport, cession ou transfert de la totalité ou d'une partie de ces biens, à titre de garantie d'une dette de la compagnie débitrice, ou un détenteur de quelque obligation d'une compagnie débitrice garantie par hypothèque, gage, charge, nantissement ou privilège sur ou contre l'ensemble ou une partie des biens de la compagnie débitrice, ou un transport, une cession ou un transfert de tout ou partie de ces biens, ou une fiducie à leur égard, que ce détenteur ou bénéficiaire réside ou soit domicilié au Canada ou à l'étranger. Un fiduciaire en vertu de tout acte de fiducie ou autre instrument garantissant ces obligations est réputé un créancier garanti pour toutes les fins de la présente loi sauf la votation à une assemblée de créanciers relativement à ces obligations.

Cette définition fait ressortir deux considérations pertinentes. Premièrement, la définition devrait être

encompassing two classes of creditors. And second, the use of the word “trust” must be given legal significance.

[225] As to the first consideration, we accept the Crown’s submission that the proper reading of the definition of secured creditor references only two classes of secured creditors: (i) holders of direct security, and (ii) holders of secured bonds. So understood, a secured creditor means either

a holder of a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against, or any assignment, cession or transfer of, all or any property of a debtor company as security for indebtedness of the debtor company,

or

a holder of any bond of a debtor company secured by a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against, or any assignment, cession or transfer of, or a trust in respect of, all or any property of the debtor company

The reference to “trust” appears only in relation to an instrument securing a bond of the debtor company. The definition must be read as “secured creditor means . . . a holder of any bond of a debtor company secured by . . . a trust in respect of, all or any property of the debtor company”. Accordingly, holders of an interest under a deemed trust are not a third class of creditors (A. Prévost, “Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite?” (2016), 75 *R. du B.* 23, at p. 58).

[226] While finding this interpretation “initially attractive”, the majority of the Court of Appeal ultimately rejected this reading. It did so because, irrespective of whether the definition needs a third reference to a “holder of a trust” drafted in parallel to the first two classes of creditors, the Crown’s interest could be classified as a “charge” and is therefore captured by the first class of secured creditors

interprétée comme englobant deux catégories de créanciers. Deuxièmement, il faut attribuer de l’importance, sur le plan juridique, à l’emploi du mot « fiducie ».

[225] En ce qui concerne la première considération, nous acceptons l’argument de la Couronne selon lequel la juste interprétation de la définition de créancier garanti ne renvoie qu’à deux catégories de créanciers garantis : (i) les détenteurs de garanties directes; (ii) les détenteurs d’obligations garanties. Par conséquent, on entend par créancier garanti :

un détenteur d’hypothèque, de gage, charge, nantissement ou privilège sur ou contre l’ensemble ou une partie des biens d’une compagnie débitrice, ou tout transport, cession ou transfert de la totalité ou d’une partie de ces biens à titre de garantie d’une dette de la compagnie débitrice

ou

un détenteur de quelque obligation d’une compagnie débitrice garantie par hypothèque, gage, charge, nantissement ou privilège sur ou contre l’ensemble ou une partie des biens de la compagnie débitrice, ou un transport, une cession ou un transfert de tout ou partie de ces biens, ou une fiducie à leur égard . . .

Le renvoi à la « fiducie » n’est lié qu’à un instrument garantissant une obligation de la compagnie débitrice. La 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] ». En conséquence, les détenteurs d’un intérêt en vertu d’une fiducie réputée ne forment pas une troisième catégorie de créanciers (A. Prévost, « Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite? » (2016), 75 *R. du B.* 23, p. 58).

[226] Bien qu’ils aient trouvé cette interprétation [TRADUCTION] « intéressante à première vue », les juges majoritaires de la Cour d’appel l’ont ultimement rejetée. Selon eux, indépendamment de la question de savoir si la définition devrait faire mention des « détenteurs de fiducie » comme troisième catégorie, le droit de la Couronne pourrait être qualifié de « charge », faisant ainsi d’elle un membre de la

(C.A. reasons, at paras. 42-43). Respectfully, this is incorrect. Deemed trusts are not covered by the word “charge”. To conclude that the word “charge” encompasses “deemed trusts” under the first class of secured creditors when “charge” and “trust” are listed distinctly under the second class of secured creditors (holders of secured bonds) would be incoherent and run contrary to legislative presumptions in statutory interpretation. Why would Parliament include a specific reference to *trusts* if they are already covered by *charge*? Parliament is presumed to avoid “superfluous or meaningless words, [and] phrases” (*Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at para. 178). The deliberate and distinct text of “trust” and “charge” shows that it was not Parliament’s intention to have holders of deemed trusts subsumed under “charge” such that the Crown in this circumstance would become a secured creditor.

[227] In any case, if there were only one class of creditor, the Crown would not be a secured creditor with respect to the deemed trust claim under the Fiscal Statutes. While Parliament distinguished between “deemed or actual trust[s]” in s. 224(1.3) of the *ITA*, it made no such distinction in the definition of secured creditor. Parliament is presumed to legislate with intent and chose its words carefully. Our role as a court with respect to legislation is interpretation, not drafting. We must ascribe legal significance to Parliament’s choice of text — that is, to the words Parliament chose and *did not* choose.

(d) “Restrictions” Under Section 11 of the CCAA

[228] Our colleague Karakatsanis J. agrees with our analysis of the priming charge provisions, but she does not seem to view them as “restrictions” within the meaning of s. 11 because “[t]he general language of s. 11 should not . . . be ‘restricted by the

première catégorie des créanciers garantis (motifs de la C.A., par. 42-43). Avec égards, ce raisonnement est erroné. Le terme « charge » ne vise pas la fiducie réputée. En ce qui concerne la première catégorie de créanciers garantis, conclure que le terme « charge » englobe la « fiducie réputée » alors que les termes « charge » et « fiducie » sont indiqués séparément pour la deuxième catégorie de créanciers garantis (détenteurs d’obligations garanties) serait incohérent et irait à l’encontre des présomptions en matière d’interprétation législative. Pourquoi le législateur ferait-il expressément mention des *fiducies* si celles-ci sont déjà visées par les *charges*? Le législateur est censé éviter « les termes [et] les phrases [. . .] superflus et dénués de sens » (*Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, par. 178). L’emploi délibéré et distinct des termes « fiducie » et « charge » montre que le législateur ne voulait pas que les fiducies réputées soient visées par le terme « charge » et que la Couronne puisse, à titre de détentrice d’une fiducie réputée, être considérée comme un créancier garanti dans cette situation.

[227] De toute façon, s’il n’y avait qu’une seule catégorie de créanciers, la Couronne ne serait pas un créancier garanti au regard de la réclamation relative à la fiducie réputée créée par les lois fiscales. Alors que le législateur a établi une distinction entre les « fiducies réputées ou réelles » au par. 224(1.3) de la *LIR*, il n’a pas établi la même distinction dans la définition de créancier garanti. Le législateur est présumé légiférer sciemment et choisir ses mots soigneusement. En tant que tribunal, notre rôle en ce qui concerne la législation en est un d’interprétation et non de rédaction. Nous devons attribuer de l’importance, sur le plan juridique, au libellé choisi par le législateur — c’est-à-dire aux termes que le législateur a et à ceux qu’il *n’a pas* choisis.

d) Les « restrictions » visées à l’art. 11 de la LACC

[228] Notre collègue la juge Karakatsanis souscrit à notre analyse des dispositions relatives aux charges super prioritaires, mais elle ne semble pas les considérer comme des « restrictions » au sens de l’article 11 parce que « “[l]a possibilité [. . .] de rendre

availability of more specific orders” (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 170, citing *Century Services*, at para. 70). With respect, as a matter of law and statutory interpretation this view is simply unavailable to our colleague. Neither s. 11 nor the court’s inherent jurisdiction can “empower a judge . . . to make an order negating the unambiguous expression of the legislative will” (*Baxter Student Housing Ltd. v. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 475, at p. 480; see also *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at para. 32). Parliament has imposed clear restrictions on the courts’ power to give priority to priming charges. It is one thing to rely on s. 11 as a source of general authority even when other specific orders are available; it is another to misconstrue s. 11 as a source of unfettered authority to circumvent such unambiguous restrictions. While courts may use their general s. 11 power to create priming charges for purposes other than those that are specifically enumerated (see Wood, at pp. 90-91), Parliament has clearly expressed its intention to restrict any such charge in a critical way — it cannot take priority over the Crown’s deemed trust.

[229] For the same reason, we respectfully find untenable our colleague Justice Moldaver’s suggestion that it is unclear whether there are restrictions *internal* to the CCAA itself that would prevent a court from using its power under s. 11 to order a priming charge in priority to the Crown’s deemed trust claim. This statement does not account for Parliament’s clear intention, recorded in s. 37(2), to preserve the Crown’s right to be paid in absolute priority over all secured creditors in CCAA proceedings. It also renders superfluous the restrictions on the court’s authority to prioritize priming charges under ss. 11.2(2), 11.51(2) and 11.52(2) of the CCAA.

des ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre” la portée des termes généraux utilisés à l’art. 11 » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 170, citant *Century Services*, par. 70). À notre humble avis, sur le plan du droit et de l’interprétation législative, notre collègue ne peut tout simplement pas faire valoir ce point de vue. Ni l’art. 11 ni la compétence inhérente du tribunal « n’autorise [un juge] à rendre une ordonnance qui va à l’encontre de la volonté clairement exprimée du législateur » (*Baxter Student Housing Ltd. c. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 475, p. 480; voir aussi *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, par. 32). Le législateur a imposé des restrictions claires au pouvoir des tribunaux d’accorder préséance à des charges super prioritaires. C’est une chose que de se fonder sur l’art. 11 en guise de source de pouvoir général même lorsque d’autres ordonnances plus spécifiques peuvent être rendues; c’en est une autre que d’interpréter l’art. 11, à tort, comme une source de pouvoir absolu de façon à contourner des restrictions sans équivoque. Bien que les tribunaux puissent utiliser le pouvoir général que leur confère l’art. 11 afin de créer des charges super prioritaires à d’autres fins que celles expressément énumérées (voir Wood, p. 90-91), le législateur a clairement manifesté son intention de restreindre cette charge de manière importante — elle ne peut avoir préséance sur la fiducie réputée de la Couronne.

[229] Pour la même raison, nous jugeons, avec égards, insoutenable la proposition de notre collègue le juge Moldaver selon laquelle on ne saurait dire s’il existe des restrictions *internes* à la LACC elle-même qui empêcherait un tribunal d’user du pouvoir que lui accorde l’art. 11 pour ordonner qu’une charge super prioritaire ait préséance sur la réclamation de la Couronne au titre d’une fiducie réputée. Cette affirmation ne tient pas compte de l’intention claire du législateur, consignée au par. 37(2), de préserver le droit de la Couronne d’être payée en priorité absolue aux dépens de tous les créanciers garantis dans une procédure intentée sous le régime de la LACC. Elle rend en outre superflue la limitation du pouvoir du tribunal de primer les charges super prioritaires en vertu des par. 11.2(2), 11.51(2) et 11.52(2) de la LACC.

[230] Further, our colleague Moldaver J. says it is unnecessary to “define the particular nature or operation of the” deemed trust under the *ITA* (para. 255), and relies on the “notwithstanding” language of s. 227(4.1) of the *ITA* to determine whether the Crown’s claim can have priority over priming charges. This interpretation effectively reads in a conflict in the statutory schemes, despite this Court’s clear direction that “an interpretation which results in conflict should be eschewed unless it is unavoidable” (*Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591, at para. 47). In any event, this is not an *unavoidable* conflict: there is simply *no* conflict. Parliament *avoided* any conflict between the *CCAA* and the *ITA* by imposing restrictions upon the court’s authority under s. 11 of the *CCAA*.

(e) *Structure of Crown Claims Under the CCAA*

[231] Finally, while not a “restrictio[n] set out in [the *CCAA*]”, as specified in s. 11, the cogency of the statutory scheme as a whole depends on an interpretation where the Crown cannot be a secured creditor. This is so because classifying the Crown as “secured creditor” would disrupt the structure of Crown claims that the *CCAA* clearly defines at ss. 37 to 39 (Wood, at p. 98). Section 37 applies to deemed trust claims, with s. 37(1) providing that deemed trusts in favour of the Crown are ineffective under the *CCAA*, as a general rule, and s. 37(2) providing an exemption for the deemed trust for source deductions. Section 38(1) sets out the general rule that the Crown’s secured claims rank as unsecured claims, with specific exemptions at s. 38(2) and (3). Finally, s. 39(1) preserves the Crown’s secured creditor status if it registers before the commencement of the *CCAA* proceedings but, under s. 39(2), that security is subordinate to prior perfected security interests.

[230] De plus, notre collègue le juge Moldaver mentionne qu’il n’est pas nécessaire de « définir la nature ou le fonctionnement particulier » de la fiducie réputée sous le régime de la *LIR* (par. 255), et il s’appuie sur la disposition de dérogation au par. 227(4.1) de la *LIR* pour décider si la réclamation de la Couronne peut prendre rang devant des charges super prioritaires. Cette interprétation a pour effet de créer un conflit dans les régimes législatifs, en dépit de la directive claire de notre Cour selon laquelle « une interprétation qui donne lieu à un conflit devrait être évitée dans la mesure du possible » (*Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591, par. 47). Quoi qu’il en soit, ce n’est pas un conflit *inévit*able : il n’y a tout simplement *aucun* conflit. Le législateur a *évit*é tout conflit entre la *LACC* et la *LIR* en restreignant le pouvoir dont le tribunal est investi par l’art. 11 de la *LACC*.

e) *Structure des réclamations de la Couronne sous le régime de la LACC*

[231] Enfin, bien qu’il ne s’agisse pas d’une « restrictio[n] prévu[e] par la [*LACC*] », comme le précise l’art. 11, la cohérence du régime législatif dans son ensemble dépend d’une interprétation selon laquelle la Couronne n’est pas un créancier garanti. De fait, qualifier la Couronne de « créancier garanti » aurait pour effet de perturber la structure des réclamations de la Couronne que la *LACC* définit de façon claire aux art. 37 à 39 (Wood, p. 98). L’article 37 s’applique aux réclamations au titre d’une fiducie réputée. Le paragraphe 37(1) prévoit que les fiducies réputées créées en faveur de la Couronne sont inopérantes sous le régime de la *LACC*, de façon générale, et le par. 37(2) prévoit une exemption pour les fiducies réputées créées à l’égard des retenues à la source. Le paragraphe 38(1) établit la règle générale selon laquelle les réclamations garanties de la Couronne prennent rang comme réclamations non garanties, sous réserve des exceptions énoncées aux par. 38(2) et (3). Enfin, le par. 39(1) protège la réclamation garantie de la Couronne si elle a été enregistrée avant l’introduction d’une procédure intentée sous le régime de la *LACC*, mais, suivant le par. 39(2), cette réclamation garantie est subordonnée aux garanties opposables antérieures.

[232] This leads us to question why Parliament would expressly “preserve” the deemed trusts of the Fiscal Statutes by operation of s. 37(2), only then to rank the Crown as an unsecured creditor by the operation of s. 38(1). Unlike the interpretation that affords the deemed trusts ultimate priority, allowing the Crown to be reduced to an unsecured creditor in respect of its deemed trust claims would render s. 37(2) almost meaningless. Further, this interpretation would require the Crown to register its claim under s. 39(1) to preserve its status because the deemed trust is not afforded the exemption under s. 38. It would be illogical for Parliament to confer greater protection on secured claims afforded an exemption under s. 38(2) or (3) than it conferred on deemed trusts for source deductions, when the clear objective was to confer “absolute priority” on the latter (*First Vancouver*, at paras. 26-28).

[233] We note that Professor Wood is not alone in recognizing that “sections 38 and 39 of the CCAA govern the conditions upon which a Crown claim can be viewed as ‘secured’ for the purposes of the CCAA” (F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (loose-leaf), at §79.2). Since the deemed trusts for unremitted source deductions under the Fiscal Statutes do not meet the conditions of these sections, it follows that the Crown’s claim is not “secured”.

[234] In our view, a plain reading of the definition of secured creditor within the context of the broader statutory scheme results in a single inescapable conclusion. That is, there are three classes of Crown claims under the CCAA: (1) claims pursuant to deemed trusts continued under the CCAA; (2) secured claims; and (3) unsecured claims. The claims for unremitted source deductions fall under the first type: claims pursuant to deemed trusts continued under the CCAA.

[232] Ce qui précède nous amène à nous demander pourquoi le législateur aurait expressément « protégé » les fiducies réputées créées par les lois fiscales par l’application du par. 37(2), pour ensuite faire de la Couronne un créancier non garanti par l’application du par. 38(1). Contrairement à l’interprétation qui accorde la priorité absolue à la fiducie réputée, le fait de traiter la Couronne comme un créancier non garanti à l’égard de ses réclamations au titre d’une fiducie réputée ferait perdre presque tout son sens au par. 37(2). En outre, cette interprétation exigerait de la Couronne qu’elle enregistre sa réclamation aux termes du par. 39(1) pour protéger son rang puisque la fiducie réputée n’est pas visée par l’exception prévue à l’art. 38. Il serait illogique que le législateur ait accordé aux réclamations garanties visées par les exceptions prévues aux par. 38(2) ou (3) une protection plus grande que celle accordée à la fiducie réputée créée à l’égard des retenues à la source, alors que l’objectif manifeste était de conférer une « priorité absolue » à la fiducie réputée (*First Vancouver*, par. 26-28).

[233] Nous soulignons que le professeur Wood n’est pas seul à reconnaître que les [TRADUCTION] « articles 38 et 39 de la LACC régissent les conditions dans lesquelles une réclamation de la Couronne peut être considérée comme étant “garantie” pour l’application de la LACC » (F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (feuilles mobiles), §79.2). Puisque la fiducie réputée créée par les lois fiscales à l’égard des retenues à la source non versées ne satisfait pas aux conditions de ces articles, la réclamation de la Couronne n’est pas « garantie ».

[234] À notre avis, le sens ordinaire de la définition de créancier garanti dans le contexte du régime législatif général ne peut donner lieu qu’à une seule conclusion inéluctable, à savoir qu’il existe trois catégories de réclamations de la Couronne en vertu de la LACC : (1) les réclamations au titre d’une fiducie réputée maintenue en vigueur sous le régime de la LACC; (2) les réclamations garanties; (3) les réclamations non garanties. Les réclamations à l’égard des retenues à la source non versées entrent dans la première catégorie, soit les réclamations au titre d’une fiducie réputée maintenue sous le régime de la LACC.

(2) Recognizing the Ultimate Priority of the Crown's Deemed Trust Does Not Defeat the Purpose of any Provision of the CCAA

[235] For two further and related reasons, the majority at the Court of Appeal and the respondents resist the conclusion that the Crown's deemed trust enjoys absolute priority.

(a) *Protection of Crown Claims Under Section 6(3)*

[236] First, the majority held that granting ultimate priority to the deemed trusts would render s. 6(3) of the CCAA meaningless. This provision prohibits the court from sanctioning a compromise or arrangement unless it provides for payment in full to the Crown, within six months of the sanction of the plan, of all amounts due to the Crown. The majority reasoned that if the Crown is always paid first for its deemed trust claims under the Fiscal Statutes, there would be no need to protect the Crown claims under s. 6(3).

[237] Respectfully, this conclusion is erroneous. A review of the purpose and scope of s. 6(3) of the CCAA is clear: it operates only where there is an arrangement or compromise put to the court, and it protects the entirety of the Crown claim pursuant to s. 224(1.2) of the ITA and similar provisions of the Fiscal Statutes. This includes claims *not* subject to the deemed trusts under the Fiscal Statutes, such as income tax withholdings, employer contributions to employment insurance and CPP, interest and penalties. In contrast, the deemed trusts arise immediately and operate continuously “from the time the amount was deducted or withheld” from the employee's remuneration, and apply to *only those* deductions. It follows, then, that, 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. This is because most of the

(2) Reconnaître la priorité absolue de la fiducie réputée de la Couronne ne va à l'encontre de l'objectif d'aucune disposition de la LACC

[235] Pour deux autres raisons connexes, les juges majoritaires de la Cour d'appel et les intimées refusent de conclure que la fiducie réputée de la Couronne bénéficie d'une priorité absolue.

a) *Protection des réclamations de la Couronne en application du par. 6(3)*

[236] Premièrement, les juges majoritaires ont statué que le fait d'accorder une priorité absolue à la fiducie réputée ferait perdre son sens au par. 6(3) de la LACC. Cette disposition interdit au tribunal d'homologuer une transaction ou un arrangement qui ne prévoit pas le paiement intégral à la Couronne, dans les six mois suivant l'homologation, de toutes les sommes qui lui sont dues. Les juges majoritaires ont estimé que si les réclamations de la Couronne au titre d'une fiducie réputée créée par les lois fiscales sont toujours payées en priorité, il n'y a pas lieu de protéger les réclamations de la Couronne visées par le par. 6(3).

[237] Avec égards, cette conclusion est erronée. L'examen de l'objectif et de la portée du par. 6(3) de la LACC est sans équivoque : ce paragraphe s'applique seulement si une transaction ou un arrangement est soumis au tribunal, et il protège l'intégralité de la réclamation de la Couronne au titre du par. 224(1.2) de la LIR et des dispositions semblables des lois fiscales. Sont comprises les réclamations qui *ne sont pas* assujetties à une fiducie réputée créée par les lois fiscales, comme les retenues d'impôt, les cotisations d'un employeur à l'assurance-emploi et au RPC, les intérêts et les pénalités. 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 à ces* retenues. Par conséquent, 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

Crown's claims rank as unsecured under s. 38 of the CCAA.

[238] It bears emphasizing that s. 6(3) does *not* apply where no arrangement is proposed or to CCAA proceedings which involve the liquidation of the debtor's assets. Such "liquidating CCAAs" are "now commonplace in the CCAA landscape" (*Callidus Capital Corp.*, at para. 42). The absolute priority of the deemed trusts under the Fiscal Statutes, continued by s. 37(2) of the CCAA, provides protection to the Crown's claim for unremitted source deductions in liquidating CCAAs. Each of our colleagues Côté and Karakatsanis JJ. deprive the Crown of its guaranteed entitlements in such cases, despite Parliament having unambiguously granted "absolute priority" to claims for unremitted source deductions (Department of Finance Canada).

[239] We note that our colleague Karakatsanis J. does not conclude that s. 6(3) is rendered nugatory by our interpretation; rather, she says that, since the term "beneficial ownership" as it is used in the deemed trusts does not have the same meaning at common law, we must look to the CCAA to ascertain the Crown's rights. This "manipulation of private law concepts, without settled meaning", she further says, raises the question of *how* the deemed trust survives under the CCAA (para. 181). And the answer, she finds, is furnished by s. 6(3).

[240] This is wrong for three reasons. First, there is no question as to how the deemed trust survives. Section 37(2) operates to exempt the deemed trusts under the Fiscal Statutes from any change in form or substance under the CCAA; this continues the operation of s. 227(4.1), which confers absolute priority on the Crown's claim to the deemed trusts under the Fiscal Statutes. In other words, the deemed trust

aurait homologué une transaction ou un arrangement, mais pas ses autres réclamations visées par le par. 224(1.2) de la LIR. En effet, la plupart des réclamations de la Couronne prennent rang comme réclamations non garanties en application de l'art. 38 de la LACC.

[238] Il importe de souligner que le par. 6(3) *ne* s'applique *pas* si aucun arrangement n'est proposé ni dans le cadre d'une procédure engagée sous le régime de la LACC qui comprend la liquidation des actifs du débiteur. De telles « procédures de liquidation sous le régime de la LACC » sont « maintenant couran[tes] dans le contexte de la LACC » (*Callidus Capital Corp.*, par. 42). La priorité absolue de la fiducie réputée créée par les lois fiscales, et maintenue par le par. 37(2) de la LACC, protège la réclamation de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées dans le cadre de procédures de liquidation sous le régime de la LACC. Nos collègues les juges Karakatsanis et Côté privent toutes deux la Couronne de son droit garanti en pareils cas, alors que le législateur a pourtant clairement accordé la « priorité absolue » aux réclamations à l'égard des retenues à la source non versées (Ministère des Finances du Canada).

[239] Nous soulignons que notre collègue la juge Karakatsanis ne conclut pas que le par. 6(3) est rendu inopérant par notre interprétation. Elle affirme plutôt que, comme le terme « droit de bénéficiaire » utilisé dans le contexte de la fiducie réputée n'a pas la même signification en common law, nous devons nous tourner vers la LACC pour déterminer les droits de la Couronne. Elle ajoute que cette « adaptation de concepts de droit privé sans signification établie » soulève la question de savoir *comment* la fiducie réputée survit sous le régime de la LACC (par. 181). À son avis, la réponse réside dans le par. 6(3).

[240] Cette conclusion est erronée pour trois raisons. Premièrement, aucune question ne se pose quant à la façon dont la fiducie réputée survit. Le paragraphe 37(2) s'applique de façon à soustraire la fiducie réputée créée par les lois fiscales à tout changement de forme ou de fond sous le régime de la LACC; est ainsi maintenue l'application du par. 227(4.1), lequel confère une priorité absolue à

survives as it was under the Fiscal Statutes. It is unsurprising, therefore, that this Court did not opine on *how* the trust “survives” in CCAA proceedings in *Century Services*: it is, with respect, plain and obvious.

[241] Secondly, our colleague Karakatsanis J.’s suggestion that the understanding of the rights conferred on the Crown under the deemed trust must arise from reading s. 6(3) of the CCAA entirely by-passes the text of the ITA which specifically sets out those rights. After providing that the Crown has “beneficial ownership” of the value of the unremitted source deduction, the ITA continues: “. . . the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests” (s. 227(4.1)). This is the right of the Crown under the deemed trust, and our colleague fails to give effect to this right.

[242] Finally, as we have discussed, s. 6(3) protects different interests than those captured by the deemed trusts. If s. 6(3) were to exhaust the Crown’s rights under the CCAA, our colleague Karakatsanis J. correctly observes that “there may be some risk to the Crown that the plan [under s. 6(3)] may fail, and the Crown may not be paid in full if the restructuring dissolves into liquidation and the estate is depleted in the interim” (para. 155 (emphasis added)). This, however, only supports our interpretation. The right “not to have to compromise” under s. 6(3) is a right independent of the Crown’s right under deemed trusts (para. 155 (emphasis deleted)).

(b) *Power to Stay the Crown’s Garnishment Right (Section 11.09)*

[243] Secondly, the majority at the Court of Appeal and the respondents say that giving effect to the clear statutory wording would be contrary to the purpose of s. 11.09 of the CCAA, which grants courts the power to stay the Crown’s garnishment right under

la réclamation de la Couronne au titre d’une fiducie réputée créée par les lois fiscales. En d’autres mots, la fiducie réputée survit telle qu’elle était en application des lois fiscales. Il n’est donc pas étonnant que notre Cour ne se soit pas prononcée sur la *façon* dont la fiducie « survit » dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la LACC dans l’arrêt *Century Services* : la réponse est, avec égards, évidente et manifeste.

[241] Deuxièmement, la proposition de notre collègue la juge Karakatsanis, selon laquelle les droits conférés à la Couronne au titre de la fiducie réputée doivent découler de la lecture du par. 6(3) de la LACC passe complètement à côté du texte de la LIR qui énonce expressément ces droits. Après avoir disposé que la Couronne détient un « droit de bénéficiaire » sur la valeur des retenues à la source non versées, la LIR ajoute ce qui suit : « . . . le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie » (par. 227(4.1)). Voilà le droit qui revient à la Couronne au titre de la fiducie réputée, et notre collègue ne donne pas effet à ce droit.

[242] Enfin, comme nous l’avons vu, le par. 6(3) protège des droits différents de ceux visés par la fiducie réputée. Si le par. 6(3) évacue les droits de la Couronne sous le régime de la LACC, notre collègue la juge Karakatsanis fait remarquer à juste titre qu’il « y a peut-être un risque que le plan échoue et que la Couronne ne soit pas payée intégralement si la restructuration se solde par une liquidation et que le patrimoine a été épuisé en cours de route » (par. 155 (nous soulignons)). Toutefois, cette observation ne fait qu’appuyer notre interprétation. 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 (par. 155 (italique omis)).

(b) *Pouvoir de suspendre l’exercice, par la Couronne, de son droit de saisie-arrêt (art. 11.09)*

[243] Ensuite, les juges majoritaires de la Cour d’appel et les intimées soutiennent que donner effet au texte législatif clair irait à l’encontre de l’objectif de l’art. 11.09 de la LACC, lequel confère au tribunal le pouvoir de suspendre le droit de saisie-arrêt de

the *ITA* (C.A. reasons, at para. 54). This demonstrates, the argument goes, Parliament's intent to have the court exercise control over the Crown's interests while monitoring the restructuring proceedings. On this view, granting absolute priority to the deemed trusts under the Fiscal Statutes necessarily implies that s. 11.09 of the *CCAA* does not apply to the deemed trust claim.

[244] Again respectfully, this is not so. A court-ordered stay of garnishments under s. 11.09 of the *CCAA* can apply to the Crown's deemed trust claims under the Fiscal Statutes because the deemed trust provisions and s. 11.09 each serve different purposes: the deemed trusts grant a priority to the Crown, while s. 11.09 imposes conditions on when and how the Crown can enforce its garnishment rights under s. 224(1.2) of the *ITA*. In other words, s. 11.09 permits the Court to stay the Crown's ability to enforce its claims under the deemed trusts, but it does not remove its priority.

[245] The critical point is this: 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 meaningless. To the contrary, s. 6(3) and s. 11.09 respect the ultimate priority of the deemed trusts under the Fiscal Statutes by allowing for the ultimate priority of the Crown claim to persist, while not frustrating the remedial purpose of the *CCAA*.

(3) Conclusion

[246] As with our discussion of the deemed trust's absolute priority, the harmonious operation of the *CCAA* and the Fiscal Statutes can be summarized as follows:

1. the *CCAA* preserves the Crown's right to be paid in priority to all security interests for its claims for source deductions under the Fiscal Statutes;

la Couronne en vertu de la *LIR* (motifs de la C.A., par. 54). Si l'on en croit cet argument, le législateur voulait permettre au tribunal d'exercer un contrôle sur les droits de la Couronne tout en surveillant le processus de restructuration. Dans cette optique, accorder la priorité absolue à la fiducie réputée créée par les lois fiscales signifie nécessairement que l'art. 11.09 de la *LACC* ne s'applique pas à la réclamation relative à une fiducie réputée.

[244] Encore avec égards, ce n'est pas le cas. Une ordonnance de suspension de la saisie-arrêt en vertu de l'art. 11.09 de la *LACC* peut s'appliquer aux réclamations de la Couronne relatives à la fiducie réputée créée par les lois fiscales, parce que les dispositions en matière de fiducie réputée et l'art. 11.09 servent des fins différentes : la fiducie réputée accorde une priorité à la Couronne, tandis que l'art. 11.09 impose des conditions quant au moment et à la façon dont la Couronne peut exercer son droit de saisie-arrêt au titre du par. 224(1.2) de la *LIR*. En d'autres mots, l'art. 11.09 permet au tribunal de suspendre la faculté de la Couronne d'exécuter ses réclamations relatives à une fiducie réputée, mais il n'écarter pas la priorité de la Couronne.

[245] Le point crucial est le suivant : 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 dénué de sens. Au contraire, le par. 6(3) et l'art. 11.09 respectent la priorité absolue de la fiducie réputée créée par les lois fiscales en permettant le maintien de la priorité absolue de la réclamation de la Couronne sans contrecarrer l'objet réparateur de la *LACC*.

(3) Conclusion

[246] Comme nous l'avons mentionné au sujet de la priorité absolue de la fiducie réputée, l'application harmonieuse de la *LACC* et des lois fiscales peut se résumer ainsi :

1. la *LACC* protège le droit de la Couronne d'être payée par priorité sur toute garantie pour ses réclamations à l'égard de retenues à la source en vertu des lois fiscales;

2. under the <i>CCAA</i>, the Crown is not a “secured creditor” in respect of its deemed trust claims under the Fiscal Statutes; 3. as priming charges can attach only to the debtor’s property, and as Parliament has made it clear that unremitted source deductions form no part of the debtor’s property, the Crown’s interest under the deemed trust is not subject to the priming charges; 4. section 6(3) of the <i>CCAA</i>, which operates only where there is an arrangement or compromise put to the court, protects the entirety of the Crown claim under s. 224(1.2) of the <i>ITA</i> and similar provisions of the Fiscal Statutes; and 5. the deemed trust’s grant of priority to the Crown is unaffected by s. 11.09, which instead imposes conditions on when and how the Crown can enforce its garnishment rights under s. 224(1.2) of the <i>ITA</i>. D. <i>Policy Reasons Do Not Support a Different Interpretation</i>	2. sous le régime de la <i>LACC</i>, la Couronne n’est pas un « créancier garanti » à l’égard de ses réclamations relatives à une fiducie réputée créée par les lois fiscales; 3. comme les charges super prioritaires ne peuvent se rattacher qu’aux biens du débiteur, et le législateur a indiqué clairement que les retenues à la source non versées ne font pas partie des biens du débiteur, l’intérêt de la Couronne au titre de la fiducie réputée n’est pas subordonné aux charges super prioritaires; 4. le paragraphe 6(3) de la <i>LACC</i>, qui s’applique seulement si une transaction ou un arrangement a été soumis au tribunal, protège l’intégralité de la réclamation de la Couronne visée par le par. 224(1.2) de la <i>LIR</i> et les dispositions semblables des lois fiscales; 5. la priorité accordée à la Couronne au titre de la fiducie réputée n’est pas touchée par l’art. 11.09, qui impose plutôt des conditions quant au moment et à la façon dont la Couronne peut exercer son droit de saisie-arrêt en vertu du par. 224(1.2) de la <i>LIR</i>. D. <i>Des considérations de politique générale n’appuient pas une interprétation différente</i>

[247] The majority of the Court of Appeal and the respondents place significant weight on what they view as the potentially “absurd consequences” that would result from concluding that the deemed trusts under the Fiscal Statutes have priority over the priming charges. The same point implicitly underlies our colleague Côté J.’s reasons. Indeed, the majority at the Court of Appeal went as far as to warn that, under this interpretation, interim financing would “simply end”, an assertion that “almost certainly goes too far” (C.A. reasons, at para. 50; Wood, at p. 99). It added that it would lead to more business failures and, in turn, undermine tax collection (paras. 48 and 50). We disagree.

[247] Les juges majoritaires de la Cour d’appel et les intimées accordent une grande importance aux conséquences, qu’ils jugent potentiellement [TRA-DUCTION] « absurdes », qu’aurait le fait de conclure que la fiducie réputée créée par les lois fiscales a préséance sur les charges super prioritaires. Le même avis sous-tend implicitement les motifs de notre collègue la juge Côté. En effet, les juges majoritaires de la Cour d’appel sont allés jusqu’à affirmer que, suivant cette interprétation, le financement temporaire [TRADUCTION] « prendrait tout simplement fin », une affirmation qui « est presque assurément exagérée » (motifs de la C.A., par. 50; Wood, p. 99). Ils ont ajouté que cette interprétation mènerait à davantage de faillites d’entreprises et, partant, nuirait à la perception des impôts (par. 48 et 50). Nous sommes en désaccord.

[248] The “absurd consequences” identified by the majority at the Court of Appeal rest on faulty premises. The conclusion that interim financing would “simply end” was not supported by the record. The majority extrapolated from admittedly incomplete and dated data about interim financing drawn from a textbook which does not indicate the presence of a deemed trust claim. This sweeping statement elides cases where there is no interim lending and cases, such as this one, where the debtor’s assets are sufficient to satisfy both the interim lending and the Crown’s deemed trust claim. This is an omission that cannot be readily ignored as there are usually enough funds available to satisfy both the Crown claim *and* the court-ordered priming charges (Wood, at p. 100). Equally unfounded is the majority’s claim that confirming the priority of the deemed trusts of the Fiscal Statutes would “inject an unacceptable level of uncertainty into the insolvency process” (C.A. reasons, at para. 51). A company applying under the CCAA is required to provide its financial statements (s. 10(2)(c)), which include the source deductions owed to the Crown. Interim lenders can rely on this information to evaluate the risk of providing financing.

[249] Moreover, the majority at the Court of Appeal did not consider that Parliament can, and did, choose to prioritize the integrity of the tax system over the interests of secured creditors. Indeed, and with respect, the majority’s own interpretation arguably itself produces absurd results, whereby employees’ gross remuneration are conscripted as a subsidy to secure interim financing and the services of insolvency professionals.

[250] We therefore do not remotely see the consequences of our interpretation as rising to the level of absurdity. And Parliament has unambiguously struck

[248] Les [TRADUCTION] « conséquences absurdes » dont parlent les juges majoritaires de la Cour d’appel reposent sur de fausses prémisses. La conclusion selon laquelle le financement temporaire « prendrait tout simplement fin » n’était pas étayée par le dossier. Les juges majoritaires ont extrapolé à partir de données incomplètes et désuètes sur le financement temporaire tirées d’un ouvrage qui ne fait aucune mention de réclamations relatives à une fiducie réputée. Il s’agit d’une affirmation péremptoire qui élude les cas dans lesquels le débiteur ne reçoit aucun financement temporaire et les cas, comme en l’espèce, dans lesquels les actifs du débiteur sont suffisants pour couvrir à la fois le financement temporaire et la réclamation de la Couronne relative à la fiducie réputée. Cette omission ne peut être facilement ignorée puisque les fonds disponibles suffisent généralement à couvrir la réclamation de la Couronne *et* les charges super prioritaires ordonnées par le tribunal (Wood, p. 100). Est également sans fondement l’affirmation des juges majoritaires selon laquelle le fait de confirmer la priorité de la fiducie réputée créée par les lois fiscales [TRADUCTION] « introduirait un niveau d’incertitude inacceptable dans le processus de faillite » (motifs de la C.A., par. 51). Une compagnie qui présente une demande sous le régime de la LACC est tenue de fournir ses états financiers (al. 10(2)c)) indiquant les retenues à la source dues à la Couronne. Les prêteurs temporaires peuvent se fonder sur ces renseignements pour évaluer le risque d’offrir un financement.

[249] De plus, les juges majoritaires de la Cour d’appel n’ont pas tenu compte du fait que le législateur peut choisir, et a choisi, d’accorder à l’intégrité du régime fiscal la priorité sur les droits des créanciers garantis. En effet, avec égards, on pourrait soutenir que l’interprétation des juges majoritaires produit elle-même des résultats absurdes, à savoir que le salaire brut des employés est utilisé comme subvention pour obtenir le financement temporaire et les services des professionnels de l’insolvabilité.

[250] Par conséquent, nous ne croyons absolument pas que les conséquences de notre interprétation constituent une absurdité. Le législateur a, de

the balance it considered appropriate in pursuit of the dual objectives of collecting unremitted source deductions, which are not the property of the debtor, and avoiding the “devastating social and economic effects of bankruptcy” (*Century Services*, at para. 59, quoting *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289 (C.A.), at p. 306, per Doherty J.A., dissenting). Whether s. 227(4.1) of the *ITA* is an effective means to protect the fiscal base or whether “the Crown is biting off the hand that feeds it” are not questions that this Court has the competence or legitimacy to answer (C.A. reasons, at para. 48).

[251] In any event, even were there evidence that giving priority to the deemed trusts under the Fiscal Statutes over the priming charges produced absurd results, our conclusion would be no different. The presumption against absurdity is exactly that: a presumption. Nothing more. Illogical consequences flowing from the application of a statute do not give rein to courts to disregard clear legislative intent. As Lamer C.J. noted in *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 41, “Parliament . . . has the right to legislate illogically (assuming that this does not raise constitutional concerns). And if Parliament is not satisfied with the judicial application of its illogical enactments, then Parliament may amend them accordingly.”

[252] Here, Parliament’s intention to give absolute priority to the deemed trust of the Fiscal Statutes is unequivocal. Our role is to give effect to this intention.

III. Disposition

[253] We would allow the appeal. The respondents should be entitled to costs in accordance with “Schedule B” to the regulations (*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156). There are no exceptional circumstances that would justify enhanced costs. Despite the appeal being moot, it was not improper for the Crown to seek the correct interpretation of the Fiscal Statutes.

façon non équivoque, établi l’équilibre qu’il estimait juste au regard du double objectif de recouvrer les retenues à la source non versées, qui ne font pas partie des biens du débiteur, et d’éviter les [TRADUCTION] « effets dévastateurs, — tant sur le plan social qu’économique — de la faillite » (*Century Services*, par. 59, citant *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289 (C.A.), p. 306, le juge Doherty, dissident). Notre Cour ne dispose ni de la compétence ni de la légitimité nécessaires pour trancher les questions de savoir si le par. 227(4.1) de la *LIR* constitue un moyen efficace de protéger l’assiette fiscale ou de savoir si [TRADUCTION] « la Couronne mord la main qui la nourrit » (motifs de la C.A., par. 48).

[251] De toute façon, même si des éléments de preuve démontraient que la préséance de la fiducie réputée créée par les lois fiscales sur les charges super prioritaires donnait des résultats absurdes, notre conclusion ne serait pas différente. La présomption contre l’absurdité n’est rien de plus qu’une présomption. Des conséquences illogiques découlant de l’application d’une loi ne permettent pas aux tribunaux de faire fi de l’intention claire du législateur. Comme le juge en chef Lamer l’a souligné dans *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 41, « le législateur a le droit de légiférer de façon illogique (pourvu que cela ne soulève pas de préoccupations d’ordre constitutionnel). Si le législateur n’est pas satisfait de l’application que les tribunaux accordent aux textes législatifs illogiques, il peut les modifier en conséquence. »

[252] En l’espèce, l’intention du législateur d’accorder la priorité absolue à la fiducie réputée créée par les lois fiscales est sans équivoque. Notre rôle est de donner effet à cette intention.

III. Dispositif

[253] Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi. Les intimées ont droit aux dépens conformément à l’annexe B du règlement (*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156). Il n’y a aucune circonstance exceptionnelle qui justifierait des dépens majorés. Malgré le caractère théorique du pourvoi, la Couronne a, à bon droit, sollicité une interprétation juste des lois fiscales.

The following are the reasons delivered by

[254] MOLDAVER J. (dissenting) — I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues, Justice Côté, Justice Karakatsanis, and Justices Brown and Rowe. While I substantially agree with the analysis and conclusions of Brown and Rowe JJ., there are two points that I wish to address.

[255] First, unlike Brown and Rowe JJ., I see no reason to define the particular nature or operation of the Crown’s interest under s. 227(4.1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Suppl.) (“*ITA*”), in the context of proceedings under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“*CCAA*”). While a future appeal may require this Court to determine exactly how the Crown’s interest under s. 227(4.1) “survives”, and whether it amounts to some form of ownership interest in the debtor’s property, as Brown and Rowe JJ. maintain, some form of security interest in that property, or something else entirely (e.g., a right not to have to compromise, as Karakatsanis J. maintains), such an inquiry is not necessary in this case. Properly interpreted, the relevant provisions of the *CCAA* and *ITA* work in harmony to direct that the Crown’s interest — in whatever form it takes — must be given priority over court-ordered priming charges. This conclusion is sufficient to dispose of the appeal.

[256] In my view, to the extent that Brown and Rowe JJ. conclude that the Crown’s interest under s. 227(4.1) affords the Crown beneficial ownership over the source deductions such that “the source deductions are deemed never to form part of the company’s property”, they have effectively decided the appeal by two paths — first, by way of the Crown’s absolute priority under s. 227(4.1), and second, by way of the Crown’s beneficial ownership over any unremitted source deductions (para. 223). As they note, if the Crown’s interest amounts to an ownership interest and unremitted source deductions do not

Version française des motifs rendus par

[254] LE JUGE MOLDAVER (dissident) — J’ai pris connaissance des motifs de mes collègues, soit ceux de la juge Côté, ceux la juge Karakatsanis, ainsi que ceux des juges Brown et Rowe. Bien que je souscrive pour l’essentiel à l’analyse et aux conclusions des juges Brown et Rowe, il y a deux points que je tiens à aborder.

[255] En premier lieu, contrairement aux juges Brown et Rowe, je ne vois aucune raison de définir la nature ou le fonctionnement particulier du droit que le par. 227(4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), confère à la Couronne dans le cadre des procédures intentées sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« *LACC* »). Bien qu’un futur pourvoi puisse nécessiter que notre Cour précise les circonstances exactes dans lesquelles les intérêts conférés à la Couronne en vertu du par. 227(4.1) « survivent » et s’ils peuvent être assimilés à une certaine forme d’intérêt propriétaire sur les biens du débiteur, comme l’affirment les juges Brown et Rowe, à une certaine forme de garantie sur ces biens, ou à quelque chose de complètement différent (p. ex., un droit de ne pas avoir à transiger, comme l’affirme la juge Karakatsanis), une telle analyse n’est pas nécessaire en l’espèce. Correctement interprétées, les dispositions pertinentes de la *LACC* et de la *LIR* s’harmonisent de façon à ce que l’intérêt de la Couronne — quel qu’il soit — ait priorité sur les charges super prioritaires d’origine judiciaire. Cette conclusion suffit pour trancher le pourvoi.

[256] À mon avis, dans la mesure où ils estiment que l’intérêt que possède la Couronne en vertu du par. 227(4.1) lui confère un droit de bénéficiaire sur les retenues à la source, de sorte que « les retenues à la source sont réputées ne jamais faire partie des biens de la compagnie », les juges Brown et Rowe ont effectivement tranché le pourvoi par deux voies distinctes : tout d’abord en reconnaissant la priorité absolue dont bénéficie la Couronne en vertu du par. 227(4.1), et, ensuite, en reconnaissant le droit de bénéficiaire qu’elle possède sur les retenues à la source non versées (par. 223). Comme ils le font

form part of the debtor company's property, priming charges could never attach to those source deductions, whether ordered under the specific priming charge provisions or the court's broad power under s. 11 of the CCAA (paras. 222-23). If this is indeed the case, it is not clear that the issue of competing priority between the Crown's interest and court-ordered priming charges ever arises, as the source deductions would be simply inaccessible to anyone other than the Crown. As I am not necessarily convinced that the Crown's interest under s. 227(4.1) amounts to an ownership interest, and as the Crown's absolute priority does not depend on this conclusion, I would leave the question of the nature of the Crown's interest to another day.

[257] Second, while I agree with Brown and Rowe JJ. that s. 37(2) of the CCAA can be interpreted as an internal restriction on s. 11, I hesitate to accept this conclusion, as it strikes me that in order to give proper effect to Parliament's intention for s. 11 to serve as the "engine" that drives the CCAA and empowers supervising judges to further its remedial objectives, any restrictions on that discretionary power should be explicit and unambiguous (9354-9186 *Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521, at para. 48, citing *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), at para. 36). With respect, s. 37(2) does not amount to such an explicit and unambiguous restriction. Rather, s. 37(2) is a simple exception to s. 37(1), which serves to nullify the effect of any statutory provision that deems property to be held in favour of the Crown:

37(1) Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

observer, si l'intérêt de la Couronne équivaut à un intérêt propriétaire et les retenues à la source non versées ne font pas partie des biens de l'entreprise débitrice, les charges super prioritaires ne peuvent en aucun cas grever les retenues à la source, qu'elles soient constituées en vertu des dispositions spécifiques relatives aux charges super prioritaires ou en vertu du pouvoir général conféré au tribunal par l'art. 11 de la LACC (par. 222-223). Si c'est effectivement le cas, il n'est pas évident que se soulève même un problème de priorités concurrentes entre l'intérêt de la Couronne et la charge super prioritaire d'origine judiciaire, puisque personne d'autre que la Couronne n'a accès aux retenues à la source. Comme je ne suis pas nécessairement convaincu que l'intérêt que possède la Couronne en vertu du par. 227(4.1) équivaut à un intérêt propriétaire, et comme la priorité absolue de la Couronne ne dépend pas de cette conclusion, je remettrais à une autre occasion l'examen de la nature du droit de la Couronne.

[257] En deuxième lieu, bien que je convienne avec les juges Brown et Rowe que le par. 37(2) de la LACC peut être interprété comme une restriction interne à l'art. 11, j'hésite à accepter cette conclusion, car il me semble que, pour donner un effet approprié à l'intention du législateur de faire de l'art. 11 le « moteur » de la LACC qui confère aux juges surveillants le pouvoir de favoriser la réalisation des objectifs réparateurs de cette loi, toute restriction à ce pouvoir discrétionnaire devrait être explicite et non équivoque (9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, par. 48, citant *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), par. 36). Avec égards, le par. 37(2) ne constitue pas une restriction explicite et non équivoque. Le paragraphe 37(2) est plutôt une simple exception au par. 37(1), qui vise à annuler l'effet de toute disposition législative selon laquelle les biens sont réputés être détenus en faveur de la Couronne :

37(1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d'une telle disposition.

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*

[258] In effect, then, the function of s. 37(2) is merely to preserve the Crown’s deemed trust under s. 227(4.1) from extinguishment under s. 37(1). In preserving the Crown’s interest, however, “s. 37(2) does not explain what to do with that right for the purposes of a *CCAA* proceeding”, nor does it say anything that would limit the court’s power under s. 11 to order priming charges in priority to the Crown’s deemed trust claim (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 153). Indeed, as Karakatsanis J. notes, “[t]here is no provision in the *CCAA* stipulating what the court can do with trust property and no provision in the *CCAA* conferring more specific jurisdiction on whether a priming charge can rank ahead of the beneficiary of a deemed trust” (para. 176). Rather, it is only when one looks to s. 227(4.1) that the absolute priority of the Crown’s interest — and the resulting limitations on s. 11 — become apparent. It is thus not entirely clear that interpreting s. 37(2) as an internal restriction accords with the function of s. 37(2) or the leeway that Parliament intended for the scope of powers under s. 11. In other words, the relationship between ss. 11 and 37(2) may not be as clear-cut as my colleagues seem to suggest. Accordingly, while I ultimately agree with Brown and Rowe JJ. that s. 37(2) can be interpreted as an internal restriction so as to avoid a conflict between the *CCAA* and *ITA*, I feel it important to explain that, if this interpretation is mistaken, s. 11 is nonetheless restricted by the external text of s. 227(4.1).

[259] If s. 37(2) does not amount to an internal restriction on s. 11, using s. 11 to prioritize priming charges over the Crown’s deemed trust claim would put the provision in direct conflict with s. 227(4.1) which, as my colleagues Brown and Rowe JJ. have

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*

[258] En réalité, le par. 37(2) vise simplement à empêcher que la fiducie réputée de la Couronne en vertu du par. 227(4.1) soit éteinte par application du par. 37(1). Toutefois, bien qu’il vise à protéger l’intérêt de la Couronne, « 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* », et il ne renferme aucune disposition qui limiterait le pouvoir que possède le tribunal en vertu de l’art. 11 d’ordonner que des charges super prioritaires prennent rang devant la fiducie réputée de la Couronne (motifs de la juge Karakatsanis, par. 153). D’ailleurs, comme le signale la juge Karakatsanis, « [a]ucune disposition de la *LACC* n’indique ce que le tribunal peut faire avec les biens de la fiducie et aucune disposition de la *LACC* ne confère plus précisément compétence pour décider si une charge super prioritaire peut prendre rang devant le bénéficiaire de la fiducie réputée » (par. 176). Au contraire, ce n’est en fait que lorsqu’on examine le par. 227(4.1) que la priorité absolue de l’intérêt de la Couronne — et les limites qui découlent de l’art. 11 — deviennent apparentes. Il n’est donc pas parfaitement clair que le fait d’interpréter le par. 37(2) comme une restriction interne s’accorde avec le rôle que joue le par. 37(2) ou avec la latitude que le législateur souhaitait donner au tribunal dans l’exercice des pouvoirs que lui confère l’art. 11. En d’autres termes, le lien entre l’art. 11 et le par. 37(2) n’est peut-être pas aussi évident que semblent le suggérer mes collègues. Par conséquent, même si je conviens en fin de compte avec les juges Brown et Rowe que le par. 37(2) peut être interprété comme une restriction interne afin d’éviter un conflit entre la *LACC* et la *LIR*, je juge important d’expliquer que, si cette interprétation est inexacte, la portée de l’art. 11 est néanmoins restreinte par le libellé externe du par. 227(4.1).

[259] Si le par. 37(2) n’équivaut pas à une restriction interne à l’art. 11, recourir à l’art. 11 pour faire passer une charge super prioritaire devant la réclamation de la Couronne au titre d’une fiducie réputée entrerait en conflit direct avec le par. 227(4.1),

explained, requires that the Crown's claim be ranked in priority to all security interests, including priming charges. The direct conflict would trigger the "[n]otwithstanding" language in s. 227(4.1), which states that "[n]otwithstanding . . . any other enactment of Canada", the Crown's claim is to have priority. This language thus imposes an external restriction on the court's power under s. 11. Indeed, the supremacy of s. 227(4.1) is implicitly acknowledged by the text of s. 11 as, unlike s. 227(4.1), which operates despite "any other enactment of Canada", s. 11 only operates "[d]espite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*", but not despite anything in the *ITA*. Accordingly, while the court's discretionary authority under s. 11 could, in theory, empower a court to subordinate the Crown's interest in unremitted source deductions, that power is ultimately stopped short by the express language of s. 227(4.1).

[260] In outlining this position, I consider it important to contextualize this Court's statement in *Callidus* that "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'" (para. 67). The focus in *Callidus* was on the discretionary authority of supervising *CCAA* judges within the confines of the *CCAA* itself; it was not on addressing the question of the authority of *CCAA* judges to apply s. 11 in the face of overriding federal legislation. Respectfully, where, as here, Parliament has expressly indicated the supremacy of a statute over the provisions of the *CCAA*, the court's power under s. 11 is correspondingly restricted.

[261] 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.

ce qui, comme mes collègues les juges Brown et Rowe l'expliquent, exige que la réclamation de la Couronne prenne rang avant toutes les garanties, y compris les charges super prioritaires. Ce conflit direct entraînerait l'application de la disposition restrictive du par. 227(4.1), à savoir que « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral », la réclamation de la Couronne doit avoir priorité. Cette disposition impose donc une limite externe au pouvoir que l'art. 11 confère au tribunal. En fait, la primauté du par. 227(4.1) est implicitement reconnue par le texte de l'art. 11 car, contrairement au par. 227(4.1), qui s'applique « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral », l'art. 11 ne s'applique que « [m]algré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations* », mais non malgré toute disposition de la *LIR*. Par conséquent, bien que le pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 11 au tribunal permette en théorie à celui-ci de subordonner l'intérêt de la Couronne dans les retenues à la source non versées à d'autres intérêts, ce pouvoir est en définitive restreint par les termes exprès du par. 227(4.1).

[260] En exposant cette position, j'estime important de situer dans son contexte l'affirmation de notre Cour dans l'arrêt *Callidus* selon laquelle « 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 » (par. 67). L'arrêt *Callidus* mettait l'accent sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant nommé sous le régime de la *LACC* à l'intérieur des limites imposées par la *LACC* elle-même, et non pas sur la question du pouvoir du juge d'appliquer l'art. 11 malgré une loi fédérale prépondérante. Avec égards, lorsque, comme en l'espèce, le législateur prévoit expressément qu'une loi a priorité sur les dispositions de la *LACC*, le pouvoir conféré par l'art. 11 au tribunal est restreint en conséquence.

[261] 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 expresses à cet effet ou en vertu du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

[262] A necessary consequence of the absolute supremacy of the Crown's deemed trust claim over court-ordered priming charges is that the Crown's interest under s. 227(4.1) cannot be given effect by s. 6(3) of the *CCAA*. Section 6(3) of the *CCAA* provides that

[u]nless Her Majesty agrees otherwise, the court may sanction a compromise or arrangement only if the compromise or arrangement provides for the payment in full to Her Majesty in right of Canada or a province, within six months after court sanction of the compromise or arrangement, of all amounts that were outstanding at the time of the application for an order under section 11 or 11.02 and that are of a kind that could be subject to a demand under

(a) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* . . .

[263] In my view, there are two reasons why s. 6(3) cannot represent the Crown's interest under s. 227(4.1). First, the focus of s. 6(3) is to establish a timeframe for payment to the Crown of certain outstanding debts in the event that the debtor company succeeds in staying viable as a going concern. By contrast, s. 227(4.1) is focused on ensuring the *priority* of the Crown's claim. The key point of distinction here is that, under s. 6(3), 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, as established by the *CCAA* and *ITA*. Second, as s. 6(3) applies only where a compromise or plan of arrangement is reached, the Crown's deemed trust claim would not operate in the event that a liquidation occurred under the *CCAA*, thereby depriving the Crown of its priority over security interests in such circumstances. Again, this potential consequence would be at odds with the clear intention of the *CCAA* and *ITA*.

[264] Before concluding, I would note that it cannot be doubted that Parliament considered the potential consequences of its legislative actions, including any consequences for *CCAA* proceedings. If

[262] Une conséquence nécessaire de la primauté absolue dont jouit la réclamation de la Couronne au titre d'une fiducie présumée sur les charges super prioritaires d'origine judiciaire 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). Le paragraphe 6(3) de la *LACC* prévoit ce qui suit :

Le tribunal ne peut, sans le consentement de Sa Majesté, homologuer la transaction ou l'arrangement qui ne prévoit pas le paiement intégral à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, dans les six mois suivant l'homologation, de toutes les sommes qui étaient dues lors de la demande d'ordonnance visée aux articles 11 ou 11.02 et qui pourraient, de par leur nature, faire l'objet d'une demande aux termes d'une des dispositions suivantes :

a) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* . . .

[263] À mon avis, deux raisons expliquent pourquoi le par. 6(3) ne s'applique pas à l'intérêt conféré à la Couronne par le par. 227(4.1). Premièrement, le par. 6(3) vise à établir un délai pour le paiement de certaines créances de la Couronne en souffrance au cas où la compagnie débitrice parviendrait à assurer sa viabilité. À l'inverse, le par. 227(4.1) vise à accorder *priorité* à la réclamation de la Couronne. La différence essentielle ici est que, par application du par. 6(3), la Couronne pourrait être reléguée au dernier rang à la condition qu'elle soit payée dans les six mois suivant tout arrangement. Un tel résultat serait de toute évidence incompatible avec la priorité absolue que la *LACC* et la *LIR* accordent à la réclamation de la Couronne. Deuxièmement, comme le par. 6(3) ne s'applique que si les parties concluent une transaction ou parviennent à un arrangement, la réclamation de la Couronne au titre d'une fiducie réputée ne serait pas opposable en cas de liquidation sous le régime de la *LACC*; la Couronne perdrait alors sa priorité au profit d'autres garanties. Là encore, cette conséquence possible irait à l'encontre de l'objectif clair de la *LACC* et de la *LIR*.

[264] Avant de conclure, je ferai remarquer qu'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

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 any consequences that would undermine the remedial purposes of the CCAA.

[265] I would, therefore, allow the appeal. The respondents are entitled to costs in this Court in accordance with Schedule B of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156.

Appeal dismissed with costs, ABELLA, MOLDAVER, BROWN and ROWE JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors 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: Duncan Craig, Edmonton.

Solicitors for the respondent the Business Development Bank of Canada: Cassels Brock & Blackwell, Calgary.

Solicitors for the intervener the Insolvency Institute of Canada: Blake, Cassels & Graydon, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals: Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary.

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 qu'il appartient de faire preuve de souplesse afin d'éviter toute conséquence qui compromettrait l'objet réparateur de la LACC.

[265] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi. Les intimées ont droit aux dépens devant notre Cour conformément à l'annexe B des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges ABELLA, MOLDAVER, BROWN et ROWE sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureurs des intimées 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 : Duncan Craig, Edmonton.

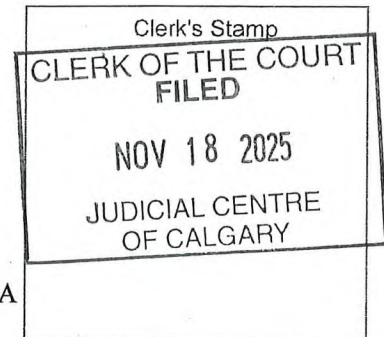
Procureurs de l'intimée la Banque de développement du Canada : Cassels Brock & Blackwell, Calgary.

Procureurs de l'intervenant l'Institut d'insolvabilité du Canada : Blake, Cassels & Graydon, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation : Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary.

TAB 10

Order
Rule 9.1



COURT FILE NO.: 2501-18462
COURT COURT OF KING'S BENCH OF ALBERTA
JUDICIAL CENTRE CALGARY

IN THE MATTER OF THE *COMPANIES'*
CREDITORS ARRANGEMENT ACT, RSC
1985, c C-36, as amended

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF CANACOL ENERGY LTD., 2654044 ALBERTA LTD., CANACOL ENERGY ULC, 2498003 ALBERTA ULC, CANTANA ENERGY GMBH, CNE OIL & GAS S.R.L., CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A.S., SHONA HOLDING GMBH, CNE ENERGY S.A.S., and CNE OIL & GAS S.A.S.

I hereby certify this to be a true copy of the original Order
Dated this 18 day of Nov/25
[Signature]
for Clerk of the Court

APPLICANTS(S) CANACOL ENERGY LTD., 2654044 ALBERTA LTD., CANACOL ENERGY ULC, 2498003 ALBERTA ULC, CANTANA ENERGY GMBH, CNE OIL & GAS S.R.L., CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A.S., SHONA HOLDING GMBH, CNE ENERGY S.A.S., and CNE OIL & GAS S.A.S.

DOCUMENT CCAA INITIAL ORDER

ADDRESS FOR SERVICE AND CONTACT INFORMATION OF PARTY FILING THIS DOCUMENT

Gowling WLG (Canada) LLP
1600, 421 – 7th Avenue S.W.
Calgary, AB T2P 4K9

Telephone (403) 298-1946 / (416) 862-3509 / (403) 298-1976
Facsimile (403) 263-9193

Attention: Clifton Prophet / Sam Gabor / Katherine Yurkovich

Email: clifton.prophet@gowlingwlg.com / sam.gabor@gowlingwlg.com / kate.yurkovich@gowlingwlg.com

File No. G10088627

**DATE ON WHICH ORDER WAS
PRONOUNCED:**

November 18, 2025

**LOCATION AT WHICH ORDER
WAS MADE:**

Calgary Courts Centre

**NAME OF JUSTICE WHO MADE
THIS ORDER:**

The Honourable Justice B. B. Johnston

UPON the application of Canacol Energy Ltd., 2654044 Alberta Ltd., Canacol Energy ULC, 2498003 Alberta ULC, Cantana Energy GMBH, CNE Oil & Gas S.R.L., Canacol Energy Colombia S.A.S., Shona Holding GMBH, CNE Energy S.A.S., and CNE Oil & Gas S.A.S. (collectively, the “Applicants”); AND UPON having read the Originating Application, the Affidavit of Jason Bednar sworn November 16, 2025 (the “Bednar Affidavit”); AND UPON reading the consent of KPMG Inc. (“KPMG”) to act as Monitor; AND UPON being advised that this application is brought on without notice; AND UPON hearing counsel for the Applicants; AND UPON reading the Pre-Filing Report of KPMG dated November 17, 2025; **IT IS HEREBY ORDERED AND DECLARED THAT:**

SERVICE

1. Service of the Originating Application and the Bednar Affidavit in respect of this order is hereby abridged and deemed good and sufficient and otherwise dispensed with such that this application is properly returnable today.

REFERENCES TO DOLLARS

2. Unless otherwise stated, all references to dollars or \$ herein are to Canadian dollars.

APPLICATION

3. Each of the Applicants is a company to which the *Companies’ Creditors Arrangement Act* of Canada (the “CCAA”) applies.

PLAN OF ARRANGEMENT

4. The Applicants shall have the authority to file and may, subject to further order of this Court, file with this Court a plan of compromise or arrangement (the “Plan”).

POSSESSION OF PROPERTY AND OPERATIONS

5. The Applicants shall:

- (a) remain in possession and control of its current and future assets, undertakings and properties of every nature and kind whatsoever, and wherever situate including all proceeds thereof and all assets, undertakings and rights that are owned, held, controlled, administered, registered, or recorded in the name of any branch/sucursal of an Applicant in Colombia (the “**Property**”);
- (b) subject to further order of this Court, continue to carry on business in a manner consistent with the preservation of its business (the “**Business**”) and Property;
- (c) be authorized and empowered to continue to retain and employ the employees, consultants, agents, experts, accountants, counsel and such other persons (collectively “**Assistants**”) currently retained or employed by it, with liberty to retain such further Assistants as it deems reasonably necessary or desirable in the ordinary course of business or for the carrying out of the terms of this Order; and
- (d) be entitled to continue to utilize the central cash management system currently in place as described in the Bednar Affidavit or replace it with another substantially similar central cash management system (the “**Cash Management System**”) and that any present or future bank providing the Cash Management System shall not be under any obligation whatsoever to inquire into the propriety, validity or legality of any transfer, payment, collection or other action taken under the Cash Management System, or as to the use or application by the Applicants of funds transferred, paid, collected or otherwise dealt with in the Cash Management System, shall be entitled to provide the Cash Management System without any liability in respect thereof to any Person (as hereinafter defined) other than the Applicants, pursuant to the terms of the documentation applicable to the Cash Management System, and shall be, in its capacity as provider of the Cash Management System, an unaffected creditor under the Plan with regard to any claims or expenses it may suffer or incur in connection with the provision of the Cash Management System.

6. To the extent permitted by law, the Applicants shall be entitled but not required to make the following advances or payments of the following expenses, incurred prior to or after this Order:

- (a) all outstanding and future wages, salaries, employee and pension benefits, vacation pay and expenses payable on or after the date of this Order, in each case incurred in the

ordinary course of business and consistent with existing compensation policies and arrangements;

- (b) the reasonable fees and disbursements of any Assistants retained or employed by the Applicants in respect of these proceedings, at their standard rates and charges, including for periods prior to the date of this Order;

- (c) obligations and expenses owing for goods and services supplied to the Applicants prior to the date of this Order by vendors, suppliers and governmental authorities, deemed by the Applicants to be critical to the extent required to ensure ongoing supply of critical goods and services, as permitted by the Initial Order, subject to prior approval by the Monitor, up to a maximum amount of the Canadian dollar equivalent of USD\$2,000,000;

- y (d) payments required to be made to the Agencia Nacional de Hidrocarburos ("ANH") (the National Hydrocarbon Agency) or other governmental and/or regulatory authorities in Colombia to preserve and maintain exploration and production contracts and exploration and exploitation contracts of the Applicants, including, without limitation, royalties and work commitments required to be paid thereunder; *for royalties arising prior to the date of this Order in the amount of US\$1,657,000*

- y ~~(e) payments to or required by Promigas S.A. E.S.P. ("Promigas") in respect of arrangements between Promigas and the Applicants (as applicable) related to the transportation and delivery of natural gas~~

7. Except as otherwise provided to the contrary herein, the Applicants shall be entitled but not required to pay all reasonable expenses incurred by the Applicants in carrying on the Business in the ordinary course after this Order and in carrying out the provisions of this Order, which expenses shall include, without limitation:

- (a) all expenses and capital expenditures reasonably necessary for the preservation of the Property or the Business including, without limitation, payments on account of insurance (including directors and officers insurance), maintenance and security services; and
- (b) payment for goods or services actually supplied to the Applicants following the date of this Order.

8. The Applicants shall remit, in accordance with legal requirements, or pay:
- (a) any statutory deemed trust amounts in favour of the Crown in Right of Canada or of any Province thereof or any other taxation authority that are required to be deducted from employees' wages, including, without limitation, amounts in respect of:
 - (i) employment insurance,
 - (ii) Canada Pension Plan,
 - (iii) Quebec Pension Plan, and
 - (iv) income taxes,but only where such statutory deemed trust amounts arise after the date of this Order, or are not required to be remitted until after the date of this Order, unless otherwise ordered by the Court;
 - (b) all goods and services or other applicable sales taxes (collectively, "**Sales Taxes**") required to be remitted by the Applicants in connection with the sale of goods and services by the Applicants, but only where such Sales Taxes are accrued or collected after the date of this Order, or where such Sales Taxes were accrued or collected prior to the date of this Order but not required to be remitted until on or after the date of this Order; and
 - (c) any amount payable to the Crown in Right of Canada or of any Province thereof or any political subdivision thereof or any other taxation authority in respect of municipal realty, municipal business or other taxes, assessments or levies of any nature or kind which are entitled at law to be paid in priority to claims of secured creditors and that are attributable to or in respect of the carrying on of the Business by the Applicants.
9. Until such time as a real property lease is disclaimed or resiliated in accordance with the CCAA, the Applicants may pay all amounts constituting rent or payable as rent under real property leases (including, for greater certainty, common area maintenance charges, utilities and realty taxes and any other amounts payable as rent to the landlord under the lease) based on the terms of existing lease arrangements or as otherwise may be negotiated by the Applicants from time to time for the period commencing from and including the date of this Order ("**Rent**"), but shall not pay any rent in arrears.

10. Except as specifically permitted in this Order, the Applicants are hereby directed, until further order of this Court:

- (a) to make no payments of principal, interest thereon or otherwise on account of amounts owing by the Applicants to any of its creditors as of the date of this Order;
- (b) to grant no security interests, trust, liens, charges or encumbrances upon or in respect of any of its Property; and
- (c) not to grant credit or incur liabilities except in the ordinary course of the Business.

RESTRUCTURING

11. The Applicants shall, subject to such requirements as are imposed by the CCAA have the right to:

- (a) permanently or temporarily cease, downsize or shut down any portion of its business or operations and to dispose of redundant or non-material assets not exceeding the Canadian dollar equivalent of USD\$250,000 in any one transaction or the Canadian dollar equivalent of USD\$1,000,000 in the aggregate, provided that any sale that is either (i) in excess of the above thresholds, or (ii) in favour of a person related to the Applicants (within the meaning of section 36(5) of the CCAA), shall require authorization by this Court in accordance with section 36 of the CCAA;
- (b) terminate the employment of such of its employees or temporarily lay off such of its employees as it deems appropriate on such terms as may be agreed upon between the Applicants and such employee, or failing such agreement, to deal with the consequences thereof in the Plan;
- (c) disclaim or resiliate, in whole or in part, with the prior consent of the Monitor (as defined below) or further Order of the Court, their arrangements or agreements of any nature whatsoever with whomsoever, whether oral or written, as the Applicants deems appropriate, in accordance with section 32 of the CCAA; and
- (d) pursue all avenues of refinancing of its Business or Property, in whole or part, subject to prior approval of this Court being obtained before any material refinancing,

all of the foregoing to permit the Applicants to proceed with an orderly restructuring of the Business (the “**Restructuring**”).

12. The Applicants shall provide each of the relevant landlords with notice of the Applicants’ intention to remove any fixtures from any leased premises at least seven (7) days prior to the date of the

intended removal. The relevant landlord shall be entitled to have a representative present in the leased premises to observe such removal. If the landlord disputes the Applicants' entitlement to remove any such fixture under the provisions of the lease, such fixture shall remain on the premises and shall be dealt with as agreed between any applicable secured creditors, such landlord and the Applicants, or by further order of this Court upon application by the Applicants on at least two (2) days' notice to such landlord and any such secured creditors. If the Applicants disclaims or resiliates the lease governing such leased premises in accordance with section 32 of the CCAA, it shall not be required to pay Rent under such lease pending resolution of any such dispute other than Rent payable for the notice period provided for in section 32(5) of the CCAA, and the disclaimer or resiliation of the lease shall be without prejudice to the Applicants' claim to the fixtures in dispute.

13. If a notice of disclaimer or resiliation is delivered pursuant to section 32 of the CCAA, then:
 - (a) during the notice period prior to the effective time of the disclaimer or resiliation, the landlord may show the affected leased premises to prospective tenants during normal business hours, on giving the Applicants and the Monitor 24 hours' prior written notice; and
 - (b) at the effective time of the disclaimer or resiliation, the relevant landlord shall be entitled to take possession of any such leased premises without waiver of or prejudice to any claims or rights such landlord may have against the Applicants in respect of such lease or leased premises and such landlord shall be entitled to notify the Applicants of the basis on which it is taking possession and to gain possession of and re-lease such leased premises to any third party or parties on such terms as such landlord considers advisable, provided that nothing herein shall relieve such landlord of its obligation to mitigate any damages claimed in connection therewith.

NO PROCEEDINGS AGAINST THE APPLICANTS OR THE PROPERTY

14. Until and including November 28, 2025, or such later date as this Court may order (the "**Stay Period**"), no proceeding or enforcement process in any court (each, a "**Proceeding**") shall be commenced or continued against or in respect of the Applicants or the Monitor, or affecting the Business or the Property, except with the written consent of the applicable Applicant and Monitor or leave of this Court, and any and all Proceedings currently under way against or in respect of the Applicants or affecting the Business or the Property are hereby stayed and suspended pending further order of this Court.

NO EXERCISE OF RIGHTS OR REMEDIES

15. During the Stay Period, all rights and remedies of any individual, firm, corporation, governmental body or agency, or any other entities (all of the foregoing, collectively being “**Persons**” and each being a “**Person**”), whether judicial or extra-judicial, statutory or non-statutory against or in respect of the Applicants or the Monitor, or affecting the Business or the Property, are hereby stayed and suspended and shall not be commenced, proceeded with or continued except with the written consent of the applicable Applicant and the Monitor or leave of this Court, provided that nothing in this Order shall:
- (a) empower the Applicants to carry on any business that the Applicants are not lawfully entitled to carry on;
 - (b) affect such investigations, actions, suits or proceedings by a regulatory body as are permitted by section 11.1 of the CCAA;
 - (c) prevent the filing of any registration to preserve or perfect a security interest;
 - (d) prevent the registration of a claim for lien; or
 - (e) exempt the Applicants from compliance with statutory or regulatory provisions relating to health, safety or the environment.
16. Nothing in this Order shall prevent any party from taking an action against the Applicants where such an action must be taken in order to comply with statutory time limitations in order to preserve their rights at law, provided that no further steps shall be taken by such party except in accordance with the other provisions of this Order, and notice in writing of such action be given to the Applicants and Monitor at the first available opportunity.

NO INTERFERENCE WITH RIGHTS

17. During the Stay Period, no person shall accelerate, suspend, discontinue, fail to honour, alter, interfere with, repudiate, terminate or cease to perform any right, renewal right, contract, agreement, licence or permit in favour of or held by the Applicants, except with the written consent of the applicable Applicant and the Monitor, or leave of this Court.

CONTINUATION OF SERVICES

18. During the Stay Period, all persons having:

- (a) statutory or regulatory mandates for the supply of goods and/or services; or
- (b) oral or written agreements or arrangements with the Applicants, including without limitation all computer software, communication and other data services, centralized banking services, cash management services, payroll and benefit services, insurance, transportation, services, utility or other services to the Business or the Applicants

are hereby restrained until further order of this Court from discontinuing, altering, interfering with, suspending or terminating the supply of such goods or services as may be required by the Applicants or exercising any other remedy provided under such agreements or arrangements. The Applicants shall be entitled to the continued use of their current premises, telephone numbers, facsimile numbers, internet addresses and domain names, provided in each case that the usual prices or charges for all such goods or services received after the date of this Order are paid by the Applicants in accordance with the payment practices of the Applicants, or such other practices as may be agreed upon by the supplier or service provider and each of the Applicants and the Monitor, or as may be ordered by this Court.

NON-DEROGATION OF RIGHTS

- 19. Nothing in this Order has the effect of prohibiting a person from requiring immediate payment for goods, services, use of leased or licensed property or other valuable consideration provided on or after the date of this Order, nor shall any person be under any obligation on or after the date of this Order to advance or re-advance any monies or otherwise extend any credit to the Applicants.

PROCEEDINGS AGAINST DIRECTORS AND OFFICERS

- 20. During the Stay Period, and except as permitted by subsection 11.03(2) of the CCAA and paragraph 16 of this Order, no Proceeding may be commenced or continued against any of the former, current or future directors or officers of the Applicants with respect to any claim against the directors or officers that arose before the date of this Order and that relates to any obligations of the Applicants whereby the directors or officers are alleged under any law to be liable in their capacity as directors or officers for the payment or performance of such obligations, until a compromise or arrangement in respect of the Applicants, if one is filed, is sanctioned by this Court or is refused by the creditors of the Applicants or this Court.

~~DIRECTORS' AND OFFICERS' INDEMNIFICATION AND CHARGE~~

- ~~21. The Applicants shall indemnify its directors and officers against obligations and liabilities that they may incur as directors and or officers of the Applicants after the commencement of the within proceedings except to the extent that, with respect to any officer or director, the obligation was incurred as a result of the director's or officer's gross negligence or wilful misconduct.~~
- ~~22. The directors and officers of the Applicants shall be entitled to the benefit of and are hereby granted a charge (the "Directors' Charge") on the Property, which charge shall not exceed an aggregate amount to the Canadian dollar equivalent of USD\$1,000,000, as security for the indemnity provided in paragraph 21 of this Order. The Directors' Charge shall have the priority set out in paragraphs 32 and 34 herein.~~
- ~~23. Notwithstanding any language in any applicable insurance policy to the contrary:~~
- ~~(a) no insurer shall be entitled to be subrogated to or claim the benefit of the Directors' Charge; and~~
 - ~~(b) the Applicants' directors and officers shall only be entitled to the benefit of the Directors' Charge to the extent that they do not have coverage under any directors' and officers' insurance policy, or to the extent that such coverage is insufficient to pay amounts indemnified in accordance with paragraph 21 of this Order.~~
- 

APPOINTMENT OF MONITOR

21. ~~24.~~ KPMG Inc. is hereby appointed pursuant to the CCAA as the Monitor, an officer of this Court, to monitor the Property, Business, and financial affairs and the Applicants with the powers and obligations set out in the CCAA or set forth herein and that the Applicants and its shareholders, officers, directors, and Assistants shall advise the Monitor of all material steps taken by the Applicants pursuant to this Order, and shall co-operate fully with the Monitor in the exercise of its powers and discharge of its obligations and provide the Monitor with the assistance that is necessary to enable the Monitor to adequately carry out the Monitor's functions.
22. ~~26.~~ The Monitor, in addition to its prescribed rights and obligations under the CCAA, is hereby directed and empowered to:
- (a) monitor the Applicants' receipts and disbursements, Business and dealings with the Property;

- (b) report to this Court at such times and intervals as the Monitor may deem appropriate with respect to matters relating to the Property, the Business, and such other matters as may be relevant to the proceedings herein and immediately report to the Court if in the opinion of the Monitor there is a material adverse change in the financial circumstances of the Applicants;
- (c) advise the Applicants in its preparation of the Applicants' cash flow statements;
- (d) advise the Applicants in its development of the Plan and any amendments to the Plan;
- (e) assist the Applicants, to the extent required by the Applicants, with the holding and administering of creditors' or shareholders' meetings for voting on the Plan;
- (f) have full and complete access to the Property, including the premises, books, records, data, including data in electronic form and other financial documents of the Applicants to the extent that is necessary to adequately assess the Property, Business, and financial affairs of the Applicants or to perform its duties arising under this Order;
- (g) be at liberty to engage independent legal counsel or such other persons as the Monitor deems necessary or advisable respecting the exercise of its powers and performance of its obligations under this Order;
- (h) hold funds in trust or in escrow, to the extent required, to facilitate settlements between the Applicants and any other Person; and
- (i) perform such other duties as are required by this Order or by this Court from time to time.

23. ~~24.~~

The Monitor shall not take possession of the Property and shall take no part whatsoever in the management or supervision of the management of the Business and shall not, by fulfilling its obligations hereunder, or by inadvertence in relation to the due exercise of powers or performance of duties under this Order, be deemed to have taken or maintain possession or control of the Business or Property, or any part thereof. Nothing in this Order shall require the Monitor to occupy or to take control, care, charge, possession or management of any of the Property that might be environmentally contaminated, or might cause or contribute to a spill, discharge, release or deposit of a substance contrary to any federal, provincial or other law respecting the protection, conservation, enhancement, remediation or rehabilitation of the environment or relating to the disposal or waste or other contamination, provided however that this Order does not exempt the Monitor from any duty to report or make disclosure imposed by applicable environmental legislation or regulation. The Monitor shall not, as a result of this Order or anything done in

pursuance of the Monitor's duties and powers under this Order be deemed to be in possession of any of the Property within the meaning of any federal or provincial environmental legislation.

24. ~~7~~. The Monitor shall provide any creditor of the Applicants with information provided by the Applicants in response to reasonable requests for information made in writing by such creditor addressed to the Monitor. The Monitor shall not have any responsibility or liability with respect to the information disseminated by it pursuant to this paragraph. In the case of information that the Monitor has been advised by the Applicants are confidential, the Monitor shall not provide such information to creditors unless otherwise directed by this Court or on such terms as the Monitor and the Applicants may agree.

25. ~~7~~. In addition to the rights and protections afforded the Monitor under the CCAA or as an Officer of this Court, the Monitor shall incur no liability or obligation as a result of its appointment or the carrying out of the provisions of this Order, save and except for any gross negligence or wilful misconduct on its part. Nothing in this Order shall derogate from the protections afforded the Monitor by the CCAA or any applicable legislation.

26. ~~7~~. The Monitor, counsel to the Monitor, and counsel to the Applicants shall be paid their reasonable fees and disbursements (including any pre-filing fees and disbursements related to these CCAA proceedings), in each case at their standard rates and charges, by the Applicants as part of the costs of these proceedings. The Applicants are hereby authorized and directed to pay the accounts of the Monitor, counsel for the Monitor and counsel for the Applicants on a weekly basis and, in addition, the Applicants are hereby authorized to pay to the Monitor, counsel to the Monitor, and counsel to the Applicants, retainers in the amounts set out in their respective engagement letters or arrangements, to be held by them as security for payment of their respective fees and disbursements outstanding from time to time.

27. ~~30~~. The Monitor and its legal counsel shall pass their accounts from time to time.

28. ~~31~~. The Monitor, counsel to the Monitor, if any, and the Applicants' counsel, as security for the professional fees and disbursements incurred both before and after the granting of this Order, shall be entitled to the benefits of and are hereby granted a charge (the "~~Administration~~ Charge") on the Property, which charge shall not exceed an aggregate amount of the Canadian dollar equivalent of USD\$1,000,000, as security for their professional fees and disbursements incurred at the normal rates and charges of the Monitor and such counsel, both before and after the making of this Order



in respect of these proceedings. The ~~Administration~~ Charge shall have the priority set out in paragraphs ~~32~~ and ~~34~~ hereof.

~~29~~ ~~31~~
VALIDITY AND PRIORITY OF CHARGES

~~29~~ ~~32~~ The priorities of the ~~Directors' Charge~~ and the Administration Charge, as among them, shall be as follows:

First – Administration Charge (to the maximum amount of USD\$1,000,000);

~~Second – Directors' Charge (to the maximum amount of USD\$1,000,000).~~

~~30~~ ~~33~~ The filing, registration or perfection of the ~~Directors' Charge~~ or the Administration Charge (~~collectively, the "Charges"~~) shall not be required, and the Charge shall be valid and enforceable for all purposes, including as against any right, title or interest filed, registered, recorded or perfected subsequent to the Charge coming into existence, notwithstanding any such failure to file, register, record or perfect.

~~31~~ ~~34~~ Each of the ~~Directors' Charge~~ and ~~The Administration~~ Charge (all as constituted and defined herein) shall constitute a charge on the Property and subject always to section 34(11) of the CCAA such Charge shall rank in priority to all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, and claims of secured creditors, statutory or otherwise (collectively, "**Encumbrances**") in favour of any Person, *save and except* (until further order of this Court) for the secured claims of Macquarie Bank Ltd. ("**Macquarie**") in respect only of and limited to the Property over which Macquarie has valid and enforceable secured claims.

~~32~~ ~~35~~ Except as otherwise expressly provided for herein, or as may be approved by this Court, the Applicants shall not grant any Encumbrances over any Property that rank in priority to, or *pari passu* with, ~~any of the Charge~~, unless the Applicants also obtains the prior written consent of the Monitor, and the beneficiaries of the ~~Directors' Charge and/or the Administration~~ Charge (as applicable), or further order of this Court.

~~33~~ ~~36~~ The ~~Directors' Charge~~ and ~~The Administration~~ Charge shall not be rendered invalid or unenforceable and the rights and remedies of the chargees entitled to the benefit of the Charge (~~collectively, the "Chargees"~~) thereunder shall not otherwise be limited or impaired in any way by:

(a) the pendency of these proceedings and the declarations of insolvency made in this Order;

- (b) any application(s) for bankruptcy order(s) issued pursuant to BIA, or any bankruptcy order made pursuant to such applications;
- (c) the filing of any assignments for the general benefit of creditors made pursuant to the BIA;
- (d) the provisions of any federal or provincial statutes; or
- (e) any negative covenants, prohibitions or other similar provisions with respect to borrowings, incurring debt or the creation of Encumbrances, contained in any existing loan documents, lease, sublease, offer to lease or other agreement (collectively, an "Agreement") that binds the Applicants, and notwithstanding any provision to the contrary in any Agreement:
 - (i) neither the creation of the Charge, nor the execution, delivery, perfection, registration or performance of any documents in respect thereof shall create or be deemed to constitute a new breach by the Applicants of any Agreement to which it is a party;
 - (ii) none of the Chargees shall have any liability to any Person whatsoever as a result of any breach of any Agreement caused by or resulting from the creation of the Charge, or the execution, delivery or performance of the Definitive Documents; and
 - (iii) the payments made by the Applicants pursuant to this Order, and the granting of the Charge, do not and will not constitute preferences, fraudulent conveyances, transfers at undervalue, oppressive conduct or other challengeable or voidable transactions under any applicable law.

ALLOCATION

- 34.31. Any interested Person may apply to this Court on notice to any other party likely to be affected for an order to allocate the Charge amongst the various assets comprising the Property.

SERVICE AND NOTICE

- 35.38. The Monitor shall (i) without delay, publish in the Globe and Mail (National Edition) a notice containing the information prescribed under the CCAA; (ii) within five (5) days after the date of this Order (A) make this Order publicly available in the manner prescribed under the CCAA, (B) send, in the prescribed manner, a notice to every known creditor who has a claim against the Applicants of more than \$1,000 and (C) prepare a list showing the names and addresses of those

creditors and the estimated amounts of those claims, and make it publicly available in the prescribed manner, all in accordance with section 23(1)(a) of the CCAA and the regulations made thereunder.

36. ~~36~~. The Monitor shall establish a case website in respect of the within proceedings at the following URL 'https://kpmg.com/ca/canacol' (the "**Case Website**").

37. ~~40~~. The Applicants and the Monitor are at liberty to serve this Order, any other materials and orders in these proceedings, and any notices or other correspondence, by forwarding true copies thereof by prepaid ordinary mail, courier, personal delivery or electronic transmission to the Applicants' creditors or other interested parties at their respective addresses as last shown on the records of the Applicants and that any such service or notice by courier, personal delivery or electronic transmission shall be deemed to be received on the next business day following the date of forwarding thereof, or if sent by ordinary mail, on the third business day after mailing. Any person that wishes to be served with any application and other materials in these proceedings must deliver to the Applicant and the Monitor by way of ordinary mail, courier, or electronic transmission, a request to be added to the service list (the "**Service List**") to be maintained by the Monitor.

38. ~~41~~. Any party to these proceedings may serve any court materials in these proceedings by emailing a PDF or other electronic copy of such materials to counsel's email addresses as recorded on the Service List from time to time, and the Monitor shall post a copy of all prescribed materials on the Case Website.

39. ~~42~~. An application in these proceedings is hereby scheduled to be heard before this Court on November 26, 2025 at 2:00 pm MST (the "**Comeback Hearing**"). The Applicants are entitled to serve any Court materials in connection with the Comeback Hearing on the Service List by courier, personal delivery, or electronic transmission in accordance with this Order.

FOREIGN REPRESENTATIVE

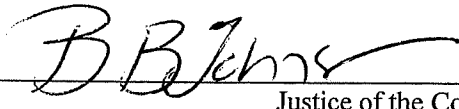
40. ~~43~~. The Monitor, or any officer, employee or representative of the Monitor, is hereby authorized and empowered to act as the foreign representative (in such capacity the "**Foreign Representative**") in respect of these proceedings for the purpose of having these proceedings recognized and approved in a foreign jurisdiction. The Foreign Representative is hereby authorized to apply for foreign recognition and approval of these proceedings, as necessary, in any jurisdiction outside Canada, including, without limitation, the United States of America, the Republic of Colombia, the Republic of Panama and/or Switzerland.

GENERAL

41. ~~44.~~ The Applicants or the Monitor may from time to time apply to this Court for advice and directions in the discharge of its powers and duties hereunder.
42. ~~46.~~ Notwithstanding Rule 6.11 of the *Alberta Rules of Court*, unless otherwise ordered by this Court, the Monitor will report to the Court from time to time, which reporting is not required to be in affidavit form and shall be considered by this Court as evidence. The Monitor's reports shall be filed by the Court Clerk notwithstanding that they do not include an original signature.
43. ~~46.~~ Nothing in this Order shall prevent the Monitor from acting as an interim receiver, a receiver, a receiver and manager or a trustee in bankruptcy of the Applicants, the Business or the Property.
44. ~~46.~~ This Court hereby requests the aid and recognition of any court, tribunal, regulatory or administrative body having jurisdiction in Canada or in any foreign jurisdiction, to give effect to this Order and to assist the Applicants, the Monitor and their respective agents in carrying out the terms of this Order. All courts, tribunals, regulatory and administrative bodies are hereby respectfully requested to make such orders and to provide such assistance to the Applicants and to the Monitor, as an officer of this Court, as may be necessary or desirable to give effect to this Order, to grant representative status to the Monitor in any foreign proceeding, or to assist the Applicants and the Monitor and their respective agents in carrying out the terms of this Order.
45. ~~46.~~ Each of the Applicants and the Monitor be at liberty and are hereby authorized and empowered to apply to any court, tribunal, regulatory or administrative body, wherever located, for the recognition of this Order and for assistance in carrying out the terms of this Order and that the Monitor is authorized and empowered to act as foreign representative in respect of the within proceeding for the purpose of having these proceedings recognized in a jurisdiction outside Canada.
46. ~~46.~~ Any interested party (including the Applicants and the Monitor) may apply to this Court to vary or amend this Order on not less than seven (7) days' notice to any other party or parties likely to be affected by the order sought or upon such other notice, if any, as this Court may order.

47. ^{50.}

This Order and all of its provisions are effective as of 12:01 a.m. Mountain Standard Time on the date of this Order.


Justice of the Court of King's
Bench of Alberta

TAB 11

CITATION: Cinram International Inc. (Re), 2012 ONSC 3767
COURT FILE NO.: CV-12-9767-00CL
DATE: 20120626

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

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

**AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR
ARRANGEMENT OF CINRAM INTERNATIONAL INC., CINRAM
INTERNATIONAL INCOME FUND, CII TRUST AND THE COMPANIES
LISTED IN SCHEDULE “A”, Applicants**

BEFORE: MORAWETZ J.

**COUNSEL: Robert J. Chadwick, Melaney Wagner and Caroline Descours, for the
Applicants**

Steven Golick, for Warner Electra-Atlantic Corp.

**Steven Weisz, for Pre-Petition First Lien Agent, Pre-Petition Second Lien
Agent and DIP Agent**

Tracy Sandler, for Twentieth Century Fox Film Corporation

David Byers, for the Proposed Monitor, FTI Consulting Inc.

**HEARD &
ENDORSED: JUNE 25, 2012**

REASONS: JUNE 26, 2012

ENDORSEMENT

[1] Cinram International Inc. (“CII”), Cinram International Income Fund (“Cinram Fund”), CII Trust and the Companies listed in Schedule “A” (collectively, the “Applicants”) brought this application seeking an initial order (the “Initial Order”) pursuant to the *Companies’ Creditors Arrangement Act* (“CCAA”). The Applicants also request that the court exercise its jurisdiction to extend a stay of proceedings and other benefits under the Initial Order to Cinram International Limited Partnership (“Cinram LP”, collectively with the Applicants, the “CCAA Parties”).

[2] Cinram Fund, together with its direct and indirect subsidiaries (collectively, “Cinram” or the “Cinram Group”) is a replicator and distributor of CDs and DVDs. Cinram has a diversified operational footprint across North America and Europe that enables it to meet the replication and logistics demands of its customers.

[3] The evidentiary record establishes that Cinram has experienced significant declines in revenue and EBITDA, which, according to Cinram, are a result of the economic downturn in Cinram’s primary markets of North America and Europe, which impacted consumers’ discretionary spending and adversely affected the entire industry.

[4] Cinram advises that over the past several years it has continued to evaluate its strategic alternatives and rationalize its operating footprint in order to attempt to balance its ongoing operations and financial challenges with its existing debt levels. However, despite cost reductions and recapitalized initiatives and the implementation of a variety of restructuring alternatives, the Cinram Group has experienced a number of challenges that has led to it seeking protection under the CCAA.

[5] Counsel to Cinram outlined the principal objectives of these CCAA proceedings as:

- (i) to ensure the ongoing operations of the Cinram Group;
- (ii) to ensure the CCAA Parties have the necessary availability of working capital funds to maximize the ongoing business of the Cinram Group for the benefit of its stakeholders; and
- (iii) to complete the sale and transfer of substantially all of the Cinram Group’s business as a going concern (the “Proposed Transaction”).

[6] Cinram contemplates that these CCAA proceedings will be the primary court supervised restructuring of the CCAA Parties. Cinram has operations in the United States and certain of the Applicants are incorporated under the laws of the United States. Cinram, however, takes the position that Canada is the nerve centre of the Cinram Group.

[7] The Applicants also seek authorization for Cinram International ULC (“Cinram ULC”) to act as “foreign representative” in the within proceedings to seek a recognition order under Chapter 15 of the United States Bankruptcy Code (“Chapter 15”). Cinram advises that the proceedings under Chapter 15 are intended to ensure that the CCAA Parties are protected from creditor actions in the United States and to assist with the global implementation of the Proposed Transaction to be undertaken pursuant to these CCAA proceedings.

[8] Counsel to the Applicants submits that the CCAA Parties are part of a consolidated business in Canada, the United States and Europe that is headquartered in Canada and operationally and functionally integrated in many significant respects. Cinram is one of the world’s largest providers of pre-recorded multi-media products and related logistics services. It has facilities in North America and Europe, and it:

- (i) manufactures DVDs, blue ray disks and CDs, and provides distribution services for motion picture studios, music labels, video game publishers, computer software companies, telecommunication companies and retailers around the world;
- (ii) provides various digital media services through One K Studios, LLC; and
- (iii) provides retail inventory control and forecasting services through Cinram Retail Services LLC (collectively, the “Cinram Business”).

[9] Cinram contemplates that the Proposed Transaction could allow it to restore itself as a market leader in the industry. Cinram takes the position that it requires CCAA protection to provide stability to its operations and to complete the Proposed Transaction.

[10] The Proposed Transaction has the support of the lenders forming the steering committee with respect to Cinram’s First Lien Credit Facilities (the “Steering Committee”), the members of which have been subject to confidentiality agreements and represent 40% of the loans under Cinram’s First Lien Credit Facilities (the “Initial Consenting Lenders”). Cinram also anticipates further support of the Proposed Transaction from additional lenders under its credit facilities following the public announcement of the Proposed Transaction.

[11] Cinram Fund is the direct or indirect parent and sole shareholder of all of the subsidiaries in Cinram’s corporate structure. A simplified corporate structure of the Cinram Group showing all of the CCAA Parties, including the designation of the CCAA Parties’ business segments and certain non-filing entities, is set out in the Pre-Filing Report of FTI Consulting Inc. (the “Monitor”) at paragraph 13. A copy is attached as Schedule “B”.

[12] Cinram Fund, CII, Cinram International General Partner Inc. (“Cinram GP”), CII Trust, Cinram ULC and 1362806 Ontario Limited are the Canadian entities in the Cinram Group that are Applicants in these proceedings (collectively, the “Canadian Applicants”). Cinram Fund and CII Trust are both open-ended limited purpose trusts, established under the laws of Ontario, and each of the remaining Canadian Applicants is incorporated pursuant to Federal or Provincial legislation.

[13] Cinram (US) Holdings Inc. (“CUSH”), Cinram Inc., IHC Corporation (“IHC”), Cinram Manufacturing, LLC (“Cinram Manufacturing”), Cinram Distribution, LLC (“Cinram Distribution”), Cinram Wireless, LLC (“Cinram Wireless”), Cinram Retail Services, LLC (“Cinram Retail”) and One K Studios, LLC (“One K”) are the U.S. entities in the Cinram Group that are Applicants in these proceedings (collectively, the “U.S. Applicants”). Each of the U.S. Applicants is incorporated under the laws of Delaware, with the exception of One K, which is incorporated under the laws of California. On May 25, 2012, each of the U.S. Applicants opened a new Canadian-based bank account with J.P. Morgan.

[14] Cinram LP is not an Applicant in these proceedings. However, the Applicants seek to have a stay of proceedings and other relief under the CCAA extended to Cinram LP as it forms

part of Cinram's income trust structure with Cinram Fund, the ultimate parent of the Cinram Group.

[15] Cinram's European entities are not part of these proceedings and it is not intended that any insolvency proceedings will be commenced with respect to Cinram's European entities, except for Cinram Optical Discs SAC, which has commenced insolvency proceedings in France.

[16] The Cinram Group's principal source of long-term debt is the senior secured credit facilities provided under credit agreements known as the "First-Lien Credit Agreement" and the "Second-Lien Credit Agreement" (together with the First-Lien Credit Agreement, the "Credit Agreements").

[17] All of the CCAA Parties, with the exception of Cinram Fund, Cinram GP, CII Trust and Cinram LP (collectively, the "Fund Entities"), are borrowers and/or guarantors under the Credit Agreements. The obligations under the Credit Agreements are secured by substantially all of the assets of the Applicants and certain of their European subsidiaries.

[18] As at March 31, 2012, there was approximately \$233 million outstanding under the First-Lien Term Loan Facility; \$19 million outstanding under the First-Lien Revolving Credit Facilities; approximately \$12 million of letter of credit exposure under the First-Lien Credit Agreement; and approximately \$12 million outstanding under the Second-Lien Credit Agreement.

[19] Cinram advises that in light of the financial circumstances of the Cinram Group, it is not possible to obtain additional financing that could be used to repay the amounts owing under the Credit Agreements.

[20] Mr. John Bell, Chief Financial Officer of CII, stated in his affidavit that in connection with certain defaults under the Credit Agreements, a series of waivers was extended from December 2011 to June 30, 2012 and that upon expiry of the waivers, the lenders have the ability to demand immediate repayment of the outstanding amounts under the Credit Agreements and the borrowers and the other Applicants that are guarantors under the Credit Agreements would be unable to meet their debt obligations. Mr. Bell further stated that there is no reasonable expectation that Cinram would be able to service its debt load in the short to medium term given forecasted net revenues and EBITDA for the remainder of fiscal 2012, fiscal 2013, and fiscal 2014. The cash flow forecast attached to his affidavit indicates that, without additional funding, the Applicants will exhaust their available cash resources and will thus be unable to meet their obligations as they become due.

[21] The Applicants request a stay of proceedings. They take the position that in light of their financial circumstances, there could be a vast and significant erosion of value to the detriment of all stakeholders. In particular, the Applicants are concerned about the following risks, which, because of the integration of the Cinram business, also apply to the Applicants' subsidiaries, including Cinram LP:

- (a) the lenders demanding payment in full for money owing under the Credit Agreements;
- (b) potential termination of contracts by key suppliers; and
- (c) potential termination of contracts by customers.

[22] As indicated in the cash flow forecast, the Applicants do not have sufficient funds available to meet their immediate cash requirements as a result of their current liquidity challenges. Mr. Bell states in his affidavit that the Applicants require access to Debtor-In-Possession (“DIP”) Financing in the amount of \$15 millions to continue operations while they implement their restructuring, including the Proposed Transaction. Cinram has negotiated a DIP Credit Agreement with the lenders forming the Steering Committee (the “DIP Lenders”) through J.P. Morgan Chase Bank, NA as Administrative Agent (the “DIP Agent”) whereby the DIP Lenders agree to provide the DIP Financing in the form of a term loan in the amount of \$15 million.

[23] The Applicants also indicate that during the course of the CCAA proceedings, the CCAA Parties intend to generally make payments to ensure their ongoing business operations for the benefit of their stakeholders, including obligations incurred prior to, on, or after the commencement of these proceedings relating to:

- (a) the active employment of employees in the ordinary course;
- (b) suppliers and service providers the CCAA Parties and the Monitor have determined to be critical to the continued operation of the Cinram business;
- (c) certain customer programs in place pursuant to existing contracts or arrangements with customers; and
- (d) inter-company payments among the CCAA Parties in respect of, among other things, shared services.

[24] Mr. Bell states that the ability to make these payments relating to critical suppliers and customer programs is subject to a consultation and approval process agreed to among the Monitor, the DIP Agent and the CCAA Parties.

[25] The Applicants also request an Administration Charge for the benefit of the Monitor and Moelis and Company, LLC (“Moelis”), an investment bank engaged to assist Cinram in a comprehensive and thorough review of its strategic alternatives.

[26] In addition, the directors (and in the case of Cinram Fund and CII Trust, the Trustees, referred to collectively with the directors as the “Directors/Trustees”) requested a Director’s Charge to provide certainty with respect to potential personal liability if they continue in their current capacities. Mr. Bell states that in order to complete a successful restructuring, including the Proposed Transaction, the Applicants require the active and committed involvement of their

Directors/Trustees and officers. Further, Cinram's insurers have advised that if Cinram was to file for CCAA protection, and the insurers agreed to renew the existing D&O policies, there would be a significant increase in the premium for that insurance.

[27] Cinram has also developed a key employee retention program (the "KERP") with the principal purpose of providing an incentive for eligible employees, including eligible officers, to remain with the Cinram Group despite its financial difficulties. The KERP has been reviewed and approved by the Board of Trustees of the Cinram Fund. The KERP includes retention payments (the "KERP Retention Payments") to certain existing employees, including certain officers employed at Canadian and U.S. Entities, who are critical to the preservation of Cinram's enterprise value.

[28] Cinram also advises that on June 22, 2012, Cinram Fund, the borrowers under the Credit Agreements, and the Initial Consenting Lenders entered into a support agreement pursuant to which the Initial Consenting Lenders agreed to support the Proposed Transaction to be pursued through these CCAA proceedings (the "Support Agreement").

[29] Pursuant to the Support Agreement, lenders under the First-Lien Credit Agreement who execute the Support Agreement or Consent Agreement prior to July 10, 2012 (the "Consent Date") are entitled to receive consent consideration (the "Early Consent Consideration") equal to 4% of the principal amount of loans under the First-Lien Credit Agreement held by such consenting lenders as of the Consent Date, payable in cash from the net sale proceeds of the Proposed Transaction upon distribution of such proceeds in the CCAA proceedings.

[30] Mr. Bell states that it is contemplated that the CCAA proceedings will be the primary court-supervised restructuring of the CCAA Parties. He states that the CCAA Parties are part of a consolidated business in Canada, the United States and Europe that is headquartered in Canada and operationally and functionally integrated in many significant respects. Mr. Bell further states that although Cinram has operations in the United States, and certain of the Applicants are incorporated under the laws of the United States, it is Ontario that is Cinram's home jurisdiction and the nerve centre of the CCAA Parties' management, business and operations.

[31] The CCAA Parties have advised that they will be seeking a recognition order under Chapter 15 to ensure that they are protected from creditor actions in the United States and to assist with the global implementation of the Proposed Transaction. Thus, the Applicants seek authorization in the Proposed Initial Order for:

Cinram ULC to seek recognition of these proceedings as "foreign main proceedings" and to seek such additional relief required in connection with the prosecution of any sale transaction, including the Proposed Transaction, as well as authorization for the Monitor, as a court-appointed officer, to assist the CCAA Parties with any matters relating to any of the CCAA Parties' subsidiaries and any foreign proceedings commenced in relation thereto.

[32] Mr. Bell further states that the Monitor will be actively involved in assisting Cinram ULC as the foreign representative of the Applicants in the Chapter 15 proceedings and will assist in keeping this court informed of developments in the Chapter 15 proceedings.

[33] The facts relating to the CCAA Parties, the Cinram business, and the requested relief are fully set out in Mr. Bell's affidavit.

[34] Counsel to the Applicants filed a comprehensive factum in support of the requested relief in the Initial Order. Part III of the factum sets out the issues and the law.

[35] The relief requested in the form of the Initial Order is extensive. It goes beyond what this court usually considers on an initial hearing. However, in the circumstances of this case, I have been persuaded that the requested relief is appropriate.

[36] In making this determination, I have taken into account that the Applicants have spent a considerable period of time reviewing their alternatives and have done so in a consultative manner with their senior secured lenders. The senior secured lenders support this application, notwithstanding that it is clear that they will suffer a significant shortfall on their positions. It is also noted that the Early Consent Consideration will be available to lenders under the First-Lien Credit Agreement who execute the Support Agreement prior to July 10, 2012. Thus, all of these lenders will have the opportunity to participate in this arrangement.

[37] As previously indicated, the Applicants' factum is comprehensive. The submissions on the law are extensive and cover all of the outstanding issues. It provides a fulsome review of the jurisprudence in the area, which for purposes of this application, I accept. For this reason, paragraphs 41-96 of the factum are attached as Schedule "C" for reference purposes.

[38] The Applicants have also requested that the confidential supplement – which contains the KERP summary listing the individual KERP Payments and certain DIP Schedules – be sealed. I am satisfied that the KERP summary contains individually identifiable information and compensation information, including sensitive salary information, about the individuals who are covered by the KERP and that the DIP schedules contain sensitive competitive information of the CCAA Parties which should also be treated as being confidential. Having considered the principals of *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, (2002) 2 S.C.R. 522, I accept the Applicants' submission on this issue and grant the requested sealing order in respect of the confidential supplement.

[39] Finally, the Applicants have advised that they intend to proceed with a Chapter 15 application on June 26, 2012 before the United States Bankruptcy Court in the District of Delaware. I am given to understand that Cinram ULC, as proposed foreign representative, will be seeking recognition of the CCAA proceedings as "foreign main proceedings" on the basis that Ontario, Canada is the Centre of Main Interest or "COMI" of the CCAA Applicants.

[40] In his affidavit at paragraph 195, Mr. Bell states that the CCAA Parties are part of a consolidated business that is headquartered in Canada and operationally and functionally

integrated in many significant respects and that, as a result of the following factors, the Applicants submit the COMI of the CCAA Parties is Ontario, Canada:

- (a) the Cinram Group is managed on a consolidated basis out of the corporate headquarters in Toronto, Ontario, where corporate-level decision-making and corporate administrative functions are centralized;
- (b) key contracts, including, among others, major customer service agreements, are negotiated at the corporate level and created in Canada;
- (c) the Chief Executive Officer and Chief Financial Officer of CII, who are also directors, trustees and/or officers of other entities in the Cinram Group, are based in Canada;
- (d) meetings of the board of trustees and board of directors typically take place in Canada;
- (e) pricing decisions for entities in the Cinram Group are ultimately made by the Chief Executive Officer and Chief Financial Officer in Toronto, Ontario;
- (f) cash management functions for Cinram's North American entities, including the administration of Cinram's accounts receivable and accounts payable, are managed from Cinram's head office in Toronto, Ontario;
- (g) although certain bookkeeping, invoicing and accounting functions are performed locally, corporate accounting, treasury, financial reporting, financial planning, tax planning and compliance, insurance procurement services and internal audits are managed at a consolidated level in Toronto, Ontario;
- (h) information technology, marketing, and real estate services are provided by CII at the head office in Toronto, Ontario;
- (i) with the exception of routine maintenance expenditures, all capital expenditure decisions affecting the Cinram Group are managed in Toronto, Ontario;
- (j) new business development initiatives are centralized and managed from Toronto, Ontario; and
- (k) research and development functions for the Cinram Group are corporate-level activities centralized at Toronto, Ontario, including the Cinram Group's corporate-level research and development budget and strategy.

[41] Counsel submits that the CCAA Parties are highly dependent upon the critical business functions performed on their behalf from Cinram's head office in Toronto and would not be able to function independently without significant disruptions to their operations.

[42] The above comments with respect to the COMI are provided for informational purposes only. This court clearly recognizes that it is the function of the receiving court – in this case, the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware – to make the determination on the location of the COMI and to determine whether this CCAA proceeding is a “foreign main proceeding” for the purposes of Chapter 15.

[43] In the result, I am satisfied that the Applicants meet all of the qualifications established for relief under the CCAA and I have signed the Initial Order in the form submitted, which includes approvals of the Charges referenced in the Initial Order.

MORAWETZ J.

Date: June 26, 2012

SCHEDULE “A”
ADDITIONAL APPLICANTS

Cinram International General Partner Inc.

Cinram International ULC

1362806 Ontario Limited

Cinram (U.S.) Holdings Inc.

Cinram, Inc.

IHC Corporation

Cinram Manufacturing LLC

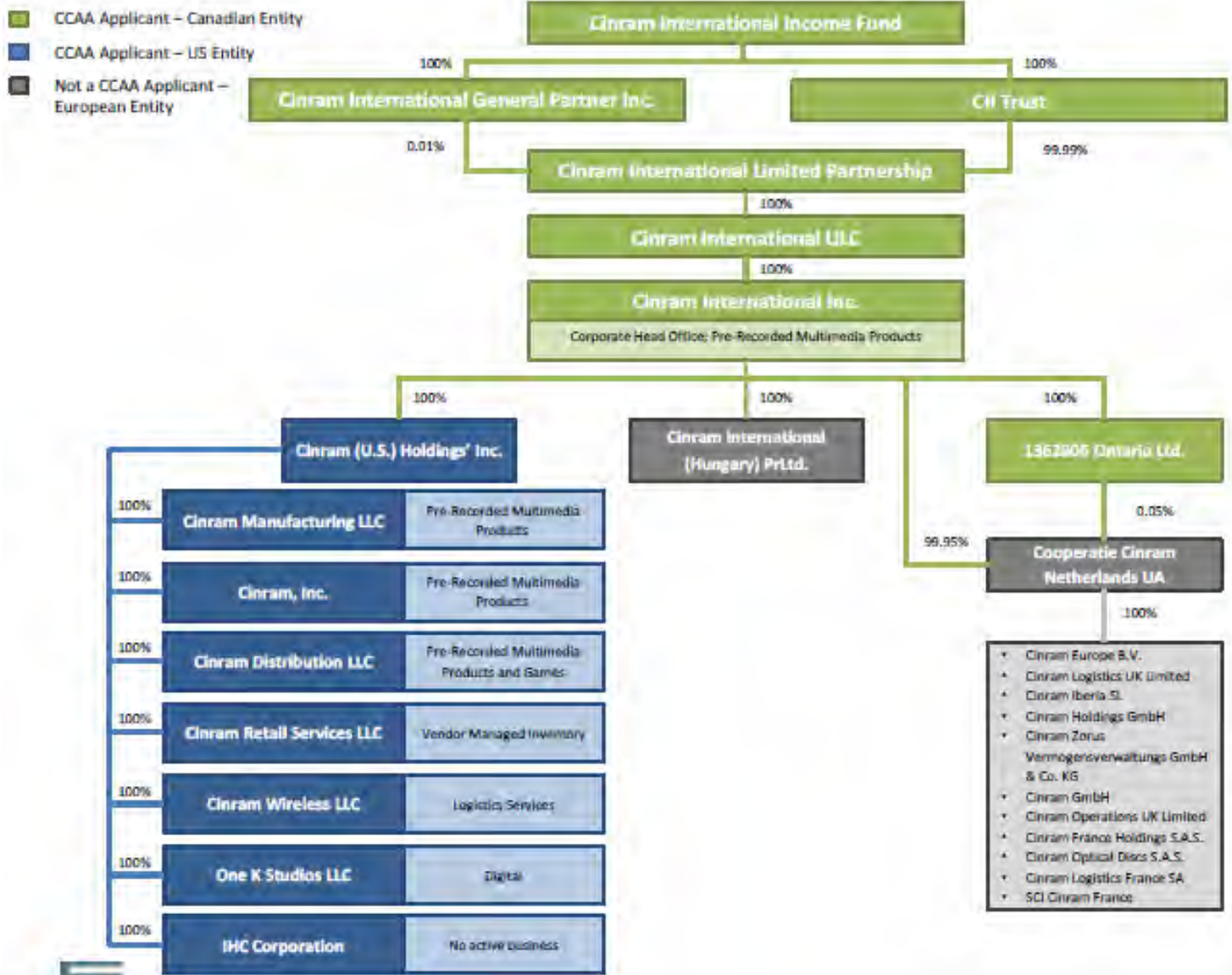
Cinram Distribution LLC

Cinram Wireless LLC

Cinram Retail Services, LLC

One K Studios, LLC

SCHEDULE “B”



SCHEDULE “C”

A. THE APPLICANTS ARE “DEBTOR COMPANIES” TO WHICH THE CCAA APPLIES

41. The CCAA applies in respect of a “debtor company” (including a foreign company having assets or doing business in Canada) or “affiliated debtor companies” where the total of claims against such company or companies exceeds \$5 million.

CCAA, Section 3(1).

42. The Applicants are eligible for protection under the CCAA because each is a “debtor company” and the total of the claims against the Applicants exceeds \$5 million.

(1) The Applicants are Debtor Companies

43. The terms “company” and “debtor company” are defined in Section 2 of the CCAA as follows:

“company” means any company, corporation or legal person incorporated by or under an Act of Parliament or of the legislature of a province and any incorporated company having assets or doing business in Canada, wherever incorporated, and any income trust, but does not include banks, authorized foreign banks within the meaning of section 2 of the *Bank Act*, railway or telegraph companies, insurance companies and companies to which the *Trust and Loan Companies Act* applies.

“debtor company” means any company that:

- (a) is bankrupt or insolvent;
- (b) has committed an act of bankruptcy within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act* or is deemed insolvent within the meaning of the *Winding-Up and Restructuring Act*, whether or not proceedings in respect of the company have been taken under either of those Acts;
- (c) has made an authorized assignment or against which a receiving order has been made under the *Bankruptcy and Insolvency Act*; or

(d) is in the course of being wound up under the *Winding-Up and Restructuring Act* because the company is insolvent.

CCAA, Section 2 (“company” and “debtor company”).

44. The Applicants are debtor companies within the meaning of these definitions.

(2) The Applicants are “companies”

45. The Applicants are “companies” because:

- a. with respect to the Canadian Applicants, each is incorporated pursuant to federal or provincial legislation or, in the case of Cinram Fund and CII Trust, is an income trust; and
- b. with respect to the U.S. Applicants, each is an incorporated company with certain funds in bank accounts in Canada opened in May 2012 and therefore each is a company having assets or doing business in Canada.

Bell Affidavit at paras. 4, 80, 84, 86, 91, 94, 98, 102, 105, 108, 111, 114, 117, 120, 123, 212; Application Record, Tab 2.

46. The test for “having assets or doing business in Canada” is disjunctive, such that either “having assets” in Canada or “doing business in Canada” is sufficient to qualify an incorporated company as a “company” within the meaning of the CCAA.

47. Having only nominal assets in Canada, such as funds on deposit in a Canadian bank account, brings a foreign corporation within the definition of “company”. In order to meet the threshold statutory requirements of the CCAA, an applicant need only be in technical compliance with the plain words of the CCAA.

Re Canwest Global Communications Corp. (2009), 59 C.B.R. (5th) 72 (Ont. Sup. Ct. J. [Commercial List]) at para. 30 [*Canwest Global*]; Book of Authorities of the Applicants (“**Book of Authorities**”), Tab 1.

Re Global Light Telecommunications Ltd. (2004), 2 C.B.R. (5th) 210 (B.C.S.C.) at para. 17 [*Global Light*]; Book of Authorities, Tab 2.

48. The Courts do not engage in a quantitative or qualitative analysis of the assets or the circumstances in which the assets were created. Accordingly, the use of “instant” transactions immediately preceding a CCAA application, such as the creation of “instant debts” or “instant assets” for the purposes of bringing an entity within the scope of the CCAA, has received judicial approval as a legitimate device to bring a debtor within technical requirements of the CCAA.

Global Light, supra at para. 17; Book of Authorities, Tab 2.

Re Cadillac Fairview Inc. (1995), 30 C.B.R. (3d) 29 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]) at paras. 5-6; Book of Authorities, Tab 3.

Elan Corporation v. Comiskey (Trustee of) (1990), 1 O.R. (3d) 289 (Ont. C.A.) at paras. 74, 83; Book of Authorities, Tab 4.

(3) The Applicants are insolvent

49. The Applicants are “debtor companies” as defined in the CCAA because they are companies (as set out above) and they are insolvent.

50. The insolvency of the debtor is assessed as of the time of filing the CCAA application. The CCAA does not define insolvency. Accordingly, in interpreting the meaning of “insolvent”, courts have taken guidance from the definition of “insolvent person” in Section 2(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* (the “BIA”), which defines an “insolvent person” as a person (i) who is not bankrupt; and (ii) who resides, carries on business or has property in Canada; (iii) whose liabilities to creditors provable as claims under the BIA amount to one thousand dollars; and (iv) who is “insolvent” under one of the following tests:

- a. is for any reason unable to meet his obligations as they generally become due;
- b. has ceased paying his current obligations in the ordinary course of business as they generally become due; or
- c. the aggregate of his property is not, at a fair valuation, sufficient, or if disposed of at a fairly conducted sale under legal process, would not be sufficient to enable payment of all his obligations, due and accruing due.

BIA, Section 2 (“insolvent person”).

Re Stelco Inc. (2004), 48 C.B.R. (4th) 299 (Ont. Sup. Ct. J.[Commercial List]); leave to appeal to C.A. refused [2004] O.J. No. 1903; leave to appeal to S.C.C. refused [2004] S.C.C.A. No. 336, at para. 4 [*Stelco*]; Book of Authorities, Tab 5.

51. These tests for insolvency are disjunctive. A company satisfying any one of these tests is considered insolvent for the purposes of the CCAA.

Stelco, supra at paras. 26 and 28; Book of Authorities, Tab 5.

52. A company is also insolvent for the purposes of the CCAA if, at the time of filing, there is a reasonably foreseeable expectation that there is a looming liquidity condition or crisis that would result in the company being unable to pay its debts as they generally become due if a stay of proceedings and ancillary protection are not granted by the court.

Stelco, supra at para. 40; Book of Authorities, Tab 5.

53. The Applicants meet both the traditional test for insolvency under the BIA and the expanded test for insolvency based on a looming liquidity condition as a result of the following:

- a. The Applicants are unable to comply with certain financial covenants under the Credit Agreements and have entered into a series of waivers with their lenders from December 2011 to June 30, 2012.
- b. Were the Lenders to accelerate the amounts owing under the Credit Agreements, the Borrowers and the other Applicants that are Guarantors under the Credit Agreements would be unable to meet their debt obligations. Cinram Fund would be the ultimate parent of an insolvent business.
- d. The Applicants have been unable to repay or refinance the amounts owing under the Credit Agreements or find an out-of-court transaction for the sale of the Cinram Business with proceeds that equal or exceed the amounts owing under the Credit Agreements.

- e. Reduced revenues and EBITDA and increased borrowing costs have significantly impaired Cinram's ability to service its debt obligations. There is no reasonable expectation that Cinram will be able to service its debt load in the short to medium term given forecasted net revenues and EBITDA for the remainder of fiscal 2012 and for fiscal 2013 and 2014.
- f. The decline in revenues and EBITDA generated by the Cinram Business has caused the value of the Cinram Business to decline. As a result, the aggregate value of the Property, taken at fair value, is not sufficient to allow for payment of all of the Applicants' obligations due and accruing due.
- g. The Cash Flow Forecast indicates that without additional funding the Applicants will exhaust their available cash resources and will thus be unable to meet their obligations as they become due.

Bell Affidavit, paras. 23, 179-181, 183, 197-199; Application Record, Tab 2.

(4) The Applicants are affiliated companies with claims outstanding in excess of \$5 million

54. The Applicants are affiliated debtor companies with total claims exceeding 5 million dollars. Therefore, the CCAA applies to the Applicants in accordance with Section 3(1).

55. Affiliated companies are defined in Section 3(2) of the CCAA as follows:

- a. companies are affiliated companies if one of them is the subsidiary of the other or both are subsidiaries of the same company or each is controlled by the same person; and
- b. two companies are affiliated with the same company at the same time are deemed to be affiliated with each other.

CCAA, Section 3(2).

56. CII, CII Trust and all of the entities listed in Schedule “A” hereto are indirect, wholly owned subsidiaries of Cinram Fund; thus, the Applicants are “affiliated companies” for the purpose of the CCAA.

Bell Affidavit, paras. 3, 71; Application Record, Tab 2.

57. All of the CCAA Parties (except for the Fund Entities) are each a Borrower and/or Guarantor under the Credit Agreements. As at March 31, 2012 there was approximately \$252 million of aggregate principal amount outstanding under the First Lien Credit Agreement (plus approximately \$12 million in letter of credit exposure) and approximately \$12 million of aggregate principal amount outstanding under the Second Lien Credit Agreement. The total claims against the Applicants far exceed \$5 million.

Bell Affidavit, paras. 75; Application Record, Tab 2.

B. THE RELIEF IS AVAILABLE UNDER THE CCAA AND CONSISTENT WITH THE PURPOSE AND POLICY OF THE CCAA

(1) The CCAA is Flexible, Remedial Legislation

58. The CCAA is remedial legislation, intended to facilitate compromises and arrangements between companies and their creditors as an alternative to bankruptcy. In particular during periods of financial hardship, debtors turn to the Court so that the Court may apply the CCAA in a flexible manner in order to accomplish the statute’s goals. The Court should give the CCAA a broad and liberal interpretation so as to encourage and facilitate successful restructurings whenever possible.

Elan Corp. v. Comiskey, *supra* at paras. 22 and 56-60; Book of Authorities, Tab 4.
Re Lehndorff General Partners Ltd. (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 at para.5 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]); Book of Authorities, Tab 6.
Re Chef Ready Foods Ltd; Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Canada (1990), 4 C.B.R. (3d) 311 (B.C.C.A.) at pp. 4 and 7; Book of Authorities, Tab 7.

59. On numerous occasions, courts have held that Section 11 of the CCAA provides the courts with a broad and liberal power, which is at their disposal in order to achieve the overall

objective of the CCAA. Accordingly, an interpretation of the CCAA that facilitates restructurings accords with its purpose.

Re Sulphur Corporation of Canada Ltd. (2002), 35 C.B.R. (4th) 304 (Alta Q.B.) (“Sulphur”) at para. 26; Book of Authorities, Tab 8.

60. Given the nature and purpose of the CCAA, this Honourable Court has the authority and jurisdiction to depart from the Model Order as is reasonable and necessary in order to achieve a successful restructuring.

(2) The Stay of Proceedings Against Non-Applicants is Appropriate

61. The relief sought in this application includes a stay of proceedings in favour of Cinram LP and the Applicants’ direct and indirect subsidiaries that are also party to an agreement with an Applicant (whether as surety, guarantor or otherwise) (each, a “Subsidiary Counterparty”), including any contract or credit agreement. It is just and reasonable to grant the requested stay of proceedings because:

- a. the Cinram Business is integrated among the Applicants, Cinram LP and the Subsidiary Counterparties;
- b. if any proceedings were commenced against Cinram LP, or if any of the third parties to such agreements were to commence proceedings or exercise rights and remedies against the Subsidiary Counterparties, this would have a detrimental effect on the Applicants’ ability to restructure and implement the Proposed Transaction and would lead to an erosion of value of the Cinram Business; and
- c. a stay of proceedings that extends to Cinram LP and the Subsidiary Counterparties is necessary in order to maintain stability with respect to the Cinram Business and maintain value for the benefit of the Applicants’ stakeholders.

Bell Affidavit, paras. 185-186; Application Record, Tab 2.

62. The purpose of the CCAA is to preserve the *status quo* to enable a plan of compromise to be prepared, filed and considered by the creditors:

In the interim, a judge has great discretion under the CCAA to make order so as to effectively maintain the status quo in respect of an insolvent company while it attempts to gain the approval of its creditors for the proposed compromise or arrangement which will be to the benefit of both the company and its creditors.

Lehndorff General Partner Ltd., Re, supra at para. 5; Book of Authorities, Tab 6.
Canwest Global, supra at para. 27; Book of Authorities, Tab 1.
CCAA, Section 11.

63. The Court has broad inherent jurisdiction to impose stays of proceedings that supplement the statutory provisions of Section 11 of the CCAA, providing the Court with the power to grant a stay of proceedings where it is just and reasonable to do so, including with respect to non-applicant parties.

Lehndorff, supra at paras. 5 and 16; Book of Authorities, Tab 6.
T. Eaton Co., Re (1997), 46 C.B.R. (3d) 293 (Ont. Gen. Div.) at para. 6; Book of Authorities, Tab 9.

64. The Courts have found it just and reasonable to grant a stay of proceedings against third party non-applicants in a number of circumstances, including:

- a. where it is important to the reorganization process;
- b. where the business operations of the Applicants and the third party non-applicants are intertwined and the third parties are not subject to the jurisdiction of the CCAA, such as partnerships that do not qualify as “companies” within the meaning of the CCAA;
- c. against non-applicant subsidiaries of a debtor company where such subsidiaries were guarantors under the note indentures issued by the debtor company; and

- d. against non-applicant subsidiaries relating to any guarantee, contribution or indemnity obligation, liability or claim in respect of obligations and claims against the debtor companies.

Re Woodward's Ltd. (1993), 17 C.B.R. (3d) 236 (B.C. S.C.) at para. 31; Book of Authorities, Tab 10.

Lehndorff, *supra* at para. 21; Book of Authorities, Tab 6.

Canwest Global, *supra* at paras. 28 and 29; Book of Authorities, Tab 1.

Re Sino-Forest Corp. 2012 ONSC 2063 (Commercial List) at paras. 5, 18, and 31; Book of Authorities, Tab 11.

Re MAAX Corp., Initial Order granted June 12, 2008, Montreal 500-11-033561-081, (Que. Sup. Ct. [Commercial Division]) at para. 7; Book of Authorities, Tab 12.

65. The Applicants submit the balance of convenience favours extending the relief in the proposed Initial Order to Cinram LP and the Subsidiary Counterparties. The business operations of the Applicants, Cinram LP and the Subsidiary Counterparties are intertwined and the stay of proceedings is necessary to maintain stability and value for the benefit of the Applicants' stakeholders, as well as allow an orderly, going-concern sale of the Cinram Business as an important component of its reorganization process.

(3) Entitlement to Make Pre-Filing Payments

66. To ensure the continued operation of the CCAA Parties' business and maximization of value in the interests of Cinram's stakeholders, the Applicants seek authorization (but not a requirement) for the CCAA Parties to make certain pre-filing payments, including: (a) payments to employees in respect of wages, benefits, and related amounts; (b) payments to suppliers and service providers critical to the ongoing operation of the business; (c) payments and the application of credits in connection with certain existing customer programs; and (d) intercompany payments among the Applicants related to intercompany loans and shared services. Payments will be made with the consent of the Monitor and, in certain circumstances, with the consent of the Agent.

67. There is ample authority supporting the Court's general jurisdiction to permit payment of pre-filing obligations to persons whose services are critical to the ongoing operations of the debtor companies. This jurisdiction of the Court is not ousted by Section 11.4 of the CCAA, which became effective as part of the 2009 amendments to the CCAA and codified the Court's

practice of declaring a person to be a critical supplier and granting a charge on the debtor's property in favour of such critical supplier. As noted by Pepall J. in *Re Canwest Global*, the recent amendments, including Section 11.4, do not detract from the inherently flexible nature of the CCAA or the Court's broad and inherent jurisdiction to make such orders that will facilitate the debtor's restructuring of its business as a going concern.

Canwest Global supra, at paras. 41 and 43; Book of Authorities, Tab 1.

68. There are many cases since the 2009 amendments where the Courts have authorized the applicants to pay certain pre-filing amounts where the applicants were not seeking a charge in respect of critical suppliers. In granting this authority, the Courts considered a number of factors, including:

- a. whether the goods and services were integral to the business of the applicants;
- b. the applicants' dependency on the uninterrupted supply of the goods or services;
- c. the fact that no payments would be made without the consent of the Monitor;
- d. the Monitor's support and willingness to work with the applicants to ensure that payments to suppliers in respect of pre-filing liabilities are minimized;
- e. whether the applicants had sufficient inventory of the goods on hand to meet their needs; and
- f. the effect on the debtors' ongoing operations and ability to restructure if they were unable to make pre-filing payments to their critical suppliers.

Canwest Global supra, at para. 43; Book of Authorities, Tab 1.

Re Brainhunter Inc., [2009] O.J. No. 5207 (Sup. Ct. J. [Commercial List]) at para. 21 [*Brainhunter*]; Book of Authorities, Tab 13.

Re Prizm Income Fund (2012), 75 C.B.R. (5th) 213 (Ont. Sup. Ct. J.) at paras. 29-34; Book of Authorities, Tab 14.

69. The CCAA Parties rely on the efficient and expedited supply of products and services from their suppliers and service providers in order to ensure that their operations continue in an

efficient manner so that they can satisfy customer requirements. The CCAA Parties operate in a highly competitive environment where the timely provision of their products and services is essential in order for the company to remain a successful player in the industry and to ensure the continuance of the Cinram Business. The CCAA Parties require flexibility to ensure adequate and timely supply of required products and to attempt to obtain and negotiate credit terms with its suppliers and service providers. In order to accomplish this, the CCAA Parties require the ability to pay certain pre-filing amounts and post-filing payables to those suppliers they consider essential to the Cinram Business, as approved by the Monitor. The Monitor, in determining whether to approve pre-filing payments as critical to the ongoing business operations, will consider various factors, including the above factors derived from the caselaw.

Bell Affidavit, paras. 226, 228, 230; Application Record, Tab 2.

70. In addition, the CCAA Parties' continued compliance with their existing customer programs, as described in the Bell Affidavit, including the payment of certain pre-filing amounts owing under certain customer programs and the application of certain credits granted to customers pre-filing to post-filing receivables, is essential in order for the CCAA Parties to maintain their customer relationships as part of the CCAA Parties' going concern business.

Bell Affidavit, paras. 234; Application Record, Tab 2.

71. Further, due to the operational integration of the businesses of the CCAA Parties, as described above, there is a significant volume of financial transactions between and among the Applicants, including, among others, charges by an Applicant providing shared services to another Applicant of intercompany accounts due from the recipients of those services, and charges by a Applicant that manufactures and furnishes products to another Applicant of intercompany accounts due from the receiving entity.

Bell Affidavit, paras. 225; Application Record, Tab 2.

72. Accordingly, the Applicants submit that it is appropriate in the present circumstances for this Honourable Court to exercise its jurisdiction and grant the CCAA Parties the authority to make the pre-filing payments described in the proposed Initial Order subject to the terms therein.

(4) The Charges Are Appropriate

73. The Applicants seek approval of certain Court-ordered charges over their assets relating to their DIP Financing (defined below), administrative costs, indemnification of their trustees, directors and officers, KERP and Support Agreement. The Lenders and the Administrative Agent under the Credit Agreements, the senior secured facilities that will be primed by the charges, have been provided with notice of the within Application. The proposed Initial Order does not purport to give the Court-ordered charges priority over any other validly perfected security interests.

(A) DIP Lenders' Charge

74. In the proposed Initial Order, the Applicants seek approval of the DIP Credit Agreement providing a debtor-in-possession term facility in the principal amount of \$15 million (the "DIP Financing"), to be secured by a charge over all of the assets and property of the Applicants that are Borrowers and/or Guarantors under the Credit Agreements (the "Charged Property") ranking ahead of all other charges except the Administration Charge.

75. Section 11.2 of the CCAA expressly provides the Court the statutory jurisdiction to grant a debtor-in-possession ("DIP") financing charge:

11.2(1) *Interim financing* - On application by a debtor company and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, a court may make an order declaring that all or part of the company's property is subject to a security or charge — in an amount that the court considers appropriate — in favour of a person specified in the order who agrees to lend to the company an amount approved by the court as being required by the company, having regard to its cash-flow statement. The security or charge may not secure an obligation that exists before the order is made.

11.2(2) *Priority* – secured creditors – The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

Re Timminco Ltd. (2012), 211 A.C.W.S. (3d) 881(Ont. Sup. Ct. J. [Commercial List]) at para. 31; Book of Authorities, Tab 15. CCAA, Section 11.2(1) and (2).

76. Section 11.2 of the CCAA sets out the following factors to be considered by the Court in deciding whether to grant a DIP financing charge:

11.2(4) Factors to be considered – In deciding whether to make an order, the court is to consider, among other things,

(a) the period during which the company is expected to be subject to proceedings under this Act;

(b) how the company's business and financial affairs are to be managed during the proceedings;

(c) whether the company's management has the confidence of its major creditors;

(d) whether the loan would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made in respect of the company;

(e) the nature and value of the company's property;

(f) whether any creditor would be materially prejudiced as a result of the security or charge; and

(g) the monitor's report referred to in paragraph 23(1)(b), if any.

CCAA, Section 11.2(4).

77. The above list of factors is not exhaustive, and it may be appropriate for the Court to consider additional factors in determining whether to grant a DIP financing charge. For example, in circumstances where funds to be borrowed pursuant to a DIP facility were not expected to be immediately necessary, but applicants' cash flow statements projected the need for additional liquidity, the Court in granting the requested DIP charge considered the fact that the applicants' ability to borrow funds that would be secured by a charge would help retain the confidence of their trade creditors, employees and suppliers.

Re Canwest Publishing Inc./Publications Canwest Inc. (2010), 63 C.B.R. (5th) 115 (Ont. Sup. Ct. J. [Commercial List]) at paras. 42-43 [*Canwest Publishing*]; Book of Authorities, Tab 16.

78. Courts in recent cross-border cases have exercised their broad power to grant charges to DIP lenders over the assets of foreign applicants. In many of these cases, the debtors have commenced recognition proceedings under Chapter 15.

Re Catalyst Paper Corporation, Initial Order granted on January 31, 2012, Court File No. S-120712 (B.C.S.C.) [*Catalyst Paper*]; Book of Authorities, Tab 17.

Angiotech, supra, Initial Order granted on January 28, 2011, Court File No. S-110587; Book of Authorities, Tab 18

Re Fraser Papers Inc., Initial Order granted on June 18, 2009, Court File No. CV-09-8241-00CL; Book of Authorities, Tab 19.

79. As noted above, pursuant to Section 11.2(1) of the CCAA, a DIP financing charge may not secure an obligation that existed before the order was made. The requested DIP Lenders' Charge will not secure any pre-filing obligations.

80. The following factors support the granting of the DIP Lenders' Charge, many of which incorporate the considerations enumerated in Section 11.2(4) listed above:

- a. the Cash Flow Forecast indicates the Applicants will need additional liquidity afforded by the DIP Financing in order to continue operations through the duration of these proposed CCAA Proceedings;

- b. the Cinram Business is intended to continue to operate on a going concern basis during these CCAA Proceedings under the direction of the current management with the assistance of the Applicants' advisors and the Monitor;
- c. the DIP Financing is expected to provide the Applicants with sufficient liquidity to implement the Proposed Transaction through these CCAA Proceedings and implement certain operational restructuring initiatives, which will materially enhance the likelihood of a going concern outcome for the Cinram Business;
- d. the nature and the value of the Applicants' assets as set out in their consolidated financial statements can support the requested DIP Lenders' Charge;
- e. members of the Steering Committee under the First Lien Credit Agreement, who are senior secured creditors of the Applicants, have agreed to provide the DIP Financing;
- f. the proposed DIP Lenders have indicated that they will not provide the DIP Financing if the DIP Lenders' Charge is not approved;
- g. the DIP Lenders' Charge will not secure any pre-filing obligations;
- h. the senior secured lenders under the Credit Agreements affected by the charge have been provided with notice of these CCAA Proceedings; and
- i. the proposed Monitor is supportive of the DIP Facility, including the DIP Lenders' Charge.

Bell Affidavit, paras. 199-202, 205-208; Application Record, Tab 2.

(B) Administration Charge

81. The Applicants seek a charge over the Charged Property in the amount of CAD\$3.5 million to secure the fees of the Monitor and its counsel, the Applicants' Canadian and U.S. counsel, the Applicants' Investment Banker, the Canadian and U.S. Counsel to the DIP Agent,

the DIP Lenders, the Administrative Agent and the Lenders under the Credit Agreements, and the financial advisor to the DIP Lenders and the Lenders under the Credit Agreements (the “Administration Charge”). This charge is to rank in priority to all of the other charges set out in the proposed Initial Order.

82. Prior to the 2009 amendments, administration charges were granted pursuant to the inherent jurisdiction of the Court. Section 11.52 of the CCAA now expressly provides the court with the jurisdiction to grant an administration charge:

11.52(1) *Court may order security or charge to cover certain costs*

On notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, the court may make an order declaring that all or part of the property of a debtor company is subject to a security or charge -- in an amount that the court considers appropriate -- in respect of the fees and expenses of (a) the monitor, including the fees and expenses of any financial, legal or other experts engaged by the monitor in the performance of the monitor’s duties;

(b) any financial, legal or other experts engaged by the company for the purpose of proceedings under this Act; and

(c) any financial, legal or other experts engaged by any other interested person if the court is satisfied that the security or charge is necessary for their effective participation in proceedings under this Act.

11.52(2) *Priority*

The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

CCAA, Section 11.52(1) and (2).

82. Administration charges were granted pursuant to Section 11.52 in, among other cases, *Timminco*, *Canwest Global* and *Canwest Publishing*.

Canwest Global, *supra*; Book of Authorities, Tab 1.

Canwest Publishing, *supra*; Book of Authorities, Tab 16.

Re Timminco Ltd., 2012 ONSC 106 (Commercial List) [*Timminco*]; Book of Authorities, Tab 20.

84. In *Canwest Publishing*, the Court noted Section 11.52 does not contain any specific criteria for a court to consider in granting an administration charge and provided a list of non-exhaustive factors to consider in making such an assessment. These factors were also considered by the Court in *Timminco*. The list of factors to consider in approving an administration charge include:

- a. the size and complexity of the business being restructured;
- b. the proposed role of the beneficiaries of the charge;
- c. whether there is unwarranted duplication of roles;
- d. whether the quantum of the proposed charge appears to be fair and reasonable;
- e. the position of the secured creditors likely to be affected by the charge; and
- f. the position of the Monitor.

Canwest Publishing supra, at para. 54; Book of Authorities, Tab 16.

Timminco, supra, at paras. 26-29; Book of Authorities, Tab 20.

85. The Applicants submit that the Administration Charge is warranted and necessary, and that it is appropriate in the present circumstances for this Honourable Court to exercise its jurisdiction and grant the Administration Charge, given:

- a. the proposed restructuring of the Cinram Business is large and complex, spanning several jurisdictions across North America and Europe, and will require the extensive involvement of professional advisors;
- b. the professionals that are to be beneficiaries of the Administration Charge have each played a critical role in the CCAA Parties' restructuring efforts to date and will continue to be pivotal to the CCAA Parties' ability to pursue a successful restructuring going forward, including the Investment Banker's involvement in the completion of the Proposed Transaction;

- c. there is no unwarranted duplication of roles;
- d. the senior secured creditors affected by the charge have been provided with notice of these CCAA Proceedings; and
- e. the Monitor is in support of the proposed Administration Charge.

Bell Affidavit, paras. 188, 190; Application Record, Tab 2.

(C) Directors' Charge

86. The Applicants seek a Directors' Charge in an amount of CAD\$13 over the Charged Property to secure their respective indemnification obligations for liabilities imposed on the Applicants' trustees, directors and officers (the "Directors and Officers"). The Directors' Charge is to be subordinate to the Administration Charge and the DIP Lenders' Charge but in priority to the KERP Charge and the Consent Consideration Charge.

87. Section 11.51 of the CCAA affords the Court the jurisdiction to grant a charge relating to directors' and officers' indemnification on a priority basis:

11.51(1) *Security or charge relating to director's indemnification*

On application by a debtor company and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge -- in an amount that the court considers appropriate -- in favour of any director or officer of the company to indemnify the director or officer against obligations and liabilities that they may incur as a director or officer of the company after the commencement of proceedings under this Act.

11.51(2) *Priority*

The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditors of the company

11.51(3) *Restriction -- indemnification insurance*

The court may not make the order if in its opinion the company could obtain adequate indemnification insurance for the director or officer at a reasonable cost.

11.51(4) *Negligence, misconduct or fault*

The court shall make an order declaring that the security or charge

does not apply in respect of a specific obligation or liability incurred by a director or officer if in its opinion the obligation or liability was incurred as a result of the director's or officer's gross negligence or wilful misconduct or, in Quebec, the director's or officer's gross or intentional fault.

CCAA, Section 11.51.

88. The Court has granted director and officer charges pursuant to Section 11.51 in a number of cases. In *Canwest Global*, the Court outlined the test for granting such a charge:

I have already addressed the issue of notice to affected secured creditors. I must also be satisfied with the amount and that the charge is for obligations and liabilities the directors and officers may incur after the commencement of proceedings. It is not to extend to coverage of wilful misconduct or gross negligence and no order should be granted if adequate insurance at a reasonable cost could be obtained.

Canwest Global, *supra* at paras 46-48; Book of Authorities, Tab 1.

Canwest Publishing, *supra* at paras. 56-57; Book of Authorities, Tab 16.

Timminco, *supra* at paras. 30-36; Book of Authorities, Tab 20.

89. The Applicants submit that the D&O Charge is warranted and necessary, and that it is appropriate in the present circumstances for this Honourable Court to exercise its jurisdiction and grant the D&O Charge in the amount of CAD\$13 million, given:

- a. the Directors and Officers of the Applicants may be subject to potential liabilities in connection with these CCAA proceedings with respect to which the Directors and Officers have expressed their desire for certainty with respect to potential personal liability if they continue in their current capacities;
- b. renewal of coverage to protect the Directors and Officers is at a significantly increased cost due to the imminent commencement of these CCAA proceedings;
- c. the Directors' Charge would cover obligations and liabilities that the Directors and Officers, as applicable, may incur after the commencement of these CCAA Proceedings and is not intended to cover wilful misconduct or gross negligence;

- d. the Applicants require the continued support and involvement of their Directors and Officers who have been instrumental in the restructuring efforts of the CCAA Parties to date;
- e. the senior secured creditors affected by the charge have been provided with notice of these CCAA proceedings; and
- f. the Monitor is in support of the proposed Directors' Charge.

Bell Affidavit, paras. 249, 250, 254-257 ; Application Record, Tab 2.

(D) KERP Charge

90. The Applicants seek a KERP Charge in an amount of CAD\$3 million over the Charged Property to secure the KERP Retention Payments, KERP Transaction Payments and Aurora KERP Payments payable to certain key employees of the CCAA Parties crucial for the CCAA Parties' successful restructuring.

91. The CCAA is silent with respect to the granting of KERP charges. Approval of a KERP and a KERP charge are matters within the discretion of the Court. The Court in *Re Grant Forest Products Inc.* considered a number of factors in determining whether to grant a KERP and a KERP charge, including:

- a. whether the Monitor supports the KERP agreement and charge (to which great weight was attributed);
- b. whether the employees to which the KERP applies would consider other employment options if the KERP agreement were not secured by the KERP charge;
- c. whether the continued employment of the employees to which the KERP applies is important for the stability of the business and to enhance the effectiveness of the marketing process;

- d. the employees' history with and knowledge of the debtor;
- e. the difficulty in finding a replacement to fulfill the responsibilities of the employees to which the KERP applies;
- f. whether the KERP agreement and charge were approved by the board of directors, including the independent directors, as the business judgment of the board should not be ignored;
- g. whether the KERP agreement and charge are supported or consented to by secured creditors of the debtor; and
- h. whether the payments under the KERP are payable upon the completion of the restructuring process.

Re Grant Forest Products Inc. (2009), 57 C.B.R. (5th) 128 (Ont. Sup. Ct. J [Commercial List]) at para. 8-24 [*Grant Forest*]; Book of Authorities, Tab 21.

Canwest Publishing supra, at paras 59; Book of Authorities, Tab 16.

Canwest Global supra, at para. 49; Book of Authorities, Tab 1.

Re Timminco Ltd. (2012), 95 C.C.P.B. 48 (Ont. Sup. Ct. J [Commercial List]) at paras. 72-75; Book of Authorities, Tab 22.

92. The purpose of a KERP arrangement is to retain key personnel for the duration of the debtor's restructuring process and it is logical for compensation under a KERP arrangement to be deferred until after the restructuring process has been completed, with "staged bonuses" being acceptable. KERP arrangements that do not defer retention payments to completion of the restructuring may also be just and fair in the circumstances.

Grant Forest, supra at para. 22-23; Book of Authorities, Tab 21.

93. The Applicants submit that the KERP Charge is warranted and necessary, and that it is appropriate in the present circumstances for this Honourable Court to exercise its jurisdiction and grant the KERP Charge in the amount of CAD\$3 million, given:

- a. the KERP was developed by Cinram with the principal purpose of providing an incentive to the Eligible Employees, the Eligible Officers, and the Aurora

Employees to remain with the Cinram Group while the company pursued its restructuring efforts;

- b. the Eligible Employees and the Eligible Officers are essential for a restructuring of the Cinram Group and the preservation of Cinram's value during the restructuring process;
- c. the Aurora Employees are essential for an orderly transition of Cinram Distribution's business operations from the Aurora facility to its Nashville facility;
- d. it would be detrimental to the restructuring process if Cinram were required to find replacements for the Eligible Employees, the Eligible Officers and/or the Aurora Employees during this critical period;
- e. the KERP, including the KERP Retention Payments, the KERP Transaction Payments and the Aurora KERP Payments payable thereunder, not only provides appropriate incentives for the Eligible Employees, the Eligible Officers and the Aurora Employees to remain in their current positions, but also ensures that they are properly compensated for their assistance in Cinram's restructuring process;
- f. the senior secured creditors affected by the charge have been provided with notice of these CCAA proceedings; and
- g. the KERP has been reviewed and approved by the board of trustees of Cinram Fund and is supported by the Monitor.

Bell Affidavit, paras. 236-239, 245-247; Application Record, Tab 2.

(E) Consent Consideration Charge

94. The Applicants request the Consent Consideration Charge over the Charged Property to secure the Early Consent Consideration. The Consent Consideration Charge is to be subordinate

in priority to the Administration Charge, the DIP Lenders' Charge, the Directors' Charge and the KERP Charge.

95. The Courts have permitted the opportunity to receive consideration for early consent to a restructuring transaction in the context of CCAA proceedings payable upon implementation of such restructuring transaction. In *Sino-Forest*, the Court ordered that any noteholder wishing to become a consenting noteholder under the support agreement and entitled to early consent consideration was required to execute a joinder agreement to the support agreement prior to the applicable consent deadline. Similarly, in these proceedings, lenders under the First Lien Credit Agreement who execute the Support Agreement (or a joinder thereto) and thereby agree to support the Proposed Transaction on or before July 10, 2012, are entitled to Early Consent Consideration earned on consummation of the Proposed Transaction to be paid from the net sale proceeds.

Sino-Forest, supra, Initial Order granted on March 30, 2012, Court File No. CV-12-9667-00CL at para. 15; Book of Authorities, Tab 23. Bell Affidavit, para. 176; Application Record, Tab 2.

96. The Applicants submit it is appropriate in the present circumstances for this Honourable Court to exercise its jurisdiction and grant the Consent Consideration Charge, given:

- a. the Proposed Transaction will enable the Cinram Business to continue as a going concern and return to a market leader in the industry;
- b. Consenting Lenders are only entitled to the Early Consent Consideration if the Proposed Transaction is consummated; and
- c. the Early Consent Consideration is to be paid from the net sale proceeds upon distribution of same in these proceedings.

Bell Affidavit, para. 176; Application Record, Tab 2.

TAB 12

SUPERIOR COURT OF JUSTICE – ONTARIO

- COMMERCIAL LIST

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

**AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR
ARRANGEMENT OF JTI-MACDONALD CORP.**

Applicant

BEFORE: Hainey J.

COUNSEL: *Robert I. Thornton, Leanne M. Williams, Rachel Bengino and Mitch Grossell*, for
the Applicant

Scott A. Bomhof and Adam M. Slavens, for Respondents JT Canada LLC, and
PWC, in its capacity as Receiver of JTI-MacDonald TM

Pamela L.J.Huff, Linc A. Rogers and Christopher Burr, for the Proposed Monitor,
Deloitte Restructuring Inc.

HEARD: March 8, 2019

ENDORSEMENT

Background

[1] On March 8, 2019 JTI-Macdonald Corp. (“JTIM” or “Applicant”) sought an Initial Order pursuant to *The Companies Creditors Arrangement Act* (“CCAA”). I granted the Initial Order and endorsed the record as follows:

I am satisfied that this application should be granted today on the terms of the attached Initial Order. There shall be a sealing order on the terms of para. 59 of the Initial Order. I will provide written reasons for my decision to grant this order in due course. The comeback motion referred to in para. 50 shall be on April 4, 2019 at 10 a.m. in this Court.

[2] These are my Reasons.

Facts

[3] As a result of a judgment of the Quebec Court of Appeal released on March 1, 2019 in a class proceeding (“Quebec Class Action”), JTIM and two other defendants are liable for damages totaling \$13.5 billion (“Quebec Judgment”). If this judgment is not stayed, its enforcement could destroy the company because JTIM does not have sufficient funds to satisfy the judgment.

[4] According to JTIM, enforcement of the Quebec Judgment would destroy the company’s value for its 500 employees and 1,300 suppliers. It would also impact approximately 28,000 retailers that sell JTIM’s products and 790,000 consumers of its products. Enforcement of the Quebec Judgment would also jeopardize federal and provincial taxes and duties in excess of \$1.3 billion paid annually in connection with JTIM’s operations (of which \$500 million per year is paid directly by JTIM and another \$800 million per year is paid by third parties and consumers).

[5] JTIM is also a defendant in a number of significant health care costs recovery actions (“HCCR Actions”). The total claims in the HCCR Actions exceed \$500 billion.

[6] JTIM wishes to seek a “collective solution” to the Quebec Judgment and the HCCR Actions for the benefit of all of its stakeholders. It is for this reason that it seeks a stay of all proceedings in its application for an Initial Order pursuant to the CCAA.

[7] In its application JTIM seeks protection from its creditors and the following additional relief under the CCAA:

- (a) declaring that it is a company to which the CCAA applies;
- (b) granting a stay of proceedings against it, and the Other Defendants in the Pending Litigation, as defined and described in the Notice of Application;
- (c) appointing Deloitte Restructuring Inc. (“Proposed Monitor”) as Monitor in these CCAA proceedings;
- (d) granting an Administrative Charge, Directors’ Charge and Tax Charge;
- (e) authorizing the Applicant to pay its pre-filing and post-filing obligations in respect of suppliers, trade creditors, taxes, duties, employees (including outstanding and future pension plan contributions, other post-employment benefits and severance packages) and royalty payments and to pay post-filing interest of certain of its secured obligations in the ordinary course of business in order to minimize any disruption of the Applicant’s business;
- (f) approving the engagement letter dated April 23, 2018 (the “CRO Engagement Letter”) appointing Blue Tree Advisors Inc. as the Applicant’s Chief Restructuring Officer (“CRO”);
- (g) authorizing it to apply for leave and, if successful, to appeal the Quebec Judgment to the Supreme Court of Canada; and

- (h) sealing Confidential Exhibit “1” of Robert Master’s affidavit.

Issues

[8] I must decide the following issues:

- (a) Should the Court grant protection to JTIM under the CCAA?
- (b) Is it appropriate to grant the requested stay of proceedings?
- (c) Should the Proposed Monitor be appointed as Monitor in these proceedings?
- (d) Should the Court grant the requested charges?
- (e) Is it appropriate to allow the payment of certain pre-filing and post-filing amounts?
- (f) Should Blue Tree Advisors be appointed as CRO?
- (g) Should JTIM be authorized to continue its application for leave to appeal of the Quebec Judgment to the Supreme Court of Canada?

Analysis

Should the Court grant protection to JTIM under the CCAA?

[9] The CCAA applies to an insolvent company whose liabilities exceed \$5 million.

[10] JTIM is a company incorporated pursuant to the *Canada Business Corporations Act*.

[11] JTIM’s liabilities clearly exceed \$5 million. It faces a judgment for \$13.5 billion. According to Robert McMaster, JTIM’s Director, Taxation and Treasury, the company does not have sufficient funds to satisfy the Quebec Judgment which is currently payable. Accordingly, JTIM is an insolvent company to which the CCAA applies.

Is it appropriate to grant the requested stay of proceedings?

[12] The Court may grant a stay of proceedings pursuant to s. 11.02 of the CCAA in respect of a debtor company if it is satisfied that circumstances exist that make the order appropriate. In order to determine whether a stay order is appropriate the Court should consider the purpose behind the CCAA. The primary purpose of the CCAA is to maintain the *status quo* for a period while the debtor company consults with its creditors and stakeholders with a view to continuing the company’s operations for the benefit of the company and its creditors.

[13] JTIM cannot pay the amount of the Quebec Judgment. Any steps to enforce the judgment could cause serious harm to JTIM's business to the detriment of all of its stakeholders. In my view, it is appropriate for this reason to grant the requested stay of proceedings in favour of JTIM.

[14] JTIM also requests a stay of proceedings in favour of the other defendants in other litigation relating to tobacco claims in which JTIM is a defendant, including the Quebec Class Action and the HCCR Actions. The Court has discretion under s. 11 of the CCAA to impose a stay of proceedings with respect to non-applicant third parties. In *Tamerlane Ventures Inc., Re*, 2013 ONSC 5461, Newbould J stated as follows at para. 21:

Courts have an inherent jurisdiction to impose stays of proceedings against non-applicant third parties where it is important to the reorganization and restructuring process, where it is just and reasonable to do so.

[15] I came to the same conclusion in *Pacific Exploration & Production Corp., Re*, 2016 ONSC 5429, where at para. 26 I set out the following list of factors that courts have considered in deciding whether to extend a stay of proceedings to non-applicant third parties:

- (a) the business and operations of the third party was significantly intertwined and integrated with those of the debtor company;
- (b) extending the stay to the third party would help maintain stability and value during the CCAA process;
- (c) not extending the stay to the third party would have a negative impact on the debtor company's ability to restructure, potentially jeopardizing the success of the restructuring and the continuance of the debtor company;
- (d) if the debtor company is prevented from concluding a successful restructuring with its creditors, the economic harm would be far-reaching and significant;
- (e) failure of the restructuring would be even more harmful to customers, suppliers, landlords and other counterparties whose rights would otherwise be stayed under the third party stay;
- (f) if the restructuring proceedings are successful, the debtor company will continue to operate for the benefit of all of its stakeholders, and its stakeholders will retain all of its remedies in the event of future breaches by the debtor company or breaches that are not related to the released claims; and
- (g) the balance of convenience favours extending the stay to the third party.

[16] Having considered these factors, I am satisfied that granting the requested stay of proceedings to the other defendants will allow JTIM to attempt to arrive at a collective solution with respect to the Quebec Class Action and the HCCR actions. If these actions continue to

proceed against the other defendants but not JTIM there could be significant economic harm for all of JTIM's stakeholders.

[17] Accordingly, I have concluded that the balance of convenience favours exercising my discretion under the CCAA to grant a stay of proceedings to the other defendants.

Should the Proposed Monitor be appointed as the Monitor?

[18] I am satisfied that Deloitte Restructuring Inc. ("Deloitte") should be appointed the Monitor in these proceedings pursuant to s. 11.7 of the CCAA. Deloitte regularly acts as the Monitor in CCAA proceedings and it is not subject to any of the restrictions set out in s. 11.7(2) of the CCAA.

Should the requested charges be granted?

Administrative Charge

[19] JTIM requests that I grant an administrative charge in favour of JTIM's counsel, the CRO, the Monitor and its legal counsel in the amount of \$3 million.

[20] The Court has jurisdiction to grant an administrative charge pursuant to s. 11.52 of the CCAA. In *Canwest Global Publishing Inc.*, 2012 ONSC 633, Pepall J. set out the following list of factors the Court should consider when granting an administrative charge:

- (a) the size and the complexity of the business being restructured;
- (b) the proposed role of the beneficiaries of the charge;
- (c) whether there is an unwarranted duplication of roles
- (d) whether the quantum of the proposed charge appears to be fair and reasonable;
- (e) the position of the secured creditors likely to be affected by the charge; and
- (f) the position of the monitor.

[21] Having considered these factors, I am satisfied that the requested administration charge should be granted for the following reasons:

- (a) JTIM's restructuring will require extensive involvement by the professional advisors who are subject to the administrative charge;
- (b) the professionals subject to the administration charge have contributed, and will continue to contribute, to the restructuring of JTIM;
- (c) there is no unwarranted duplication of roles so that the professional fees associated with these proceedings will be minimized;

- (d) the administrative charge will rank in priority to the directors' charge and the tax charge. The only secured creditors that will be affected by the administrative charge are JTIM's parent companies and certain other secured related party suppliers, each of which support the granting of the administrative charge; and
- (e) the Proposed Monitor believes that the amount of the administration charge is reasonable

Directors' Charge

[22] I am satisfied that the directors' charge should be approved to ensure the ongoing stability of JTIM's business during the CCAA proceedings. The directors and officers have a great deal of institutional knowledge and experience and JTIM requires their continued management of its business. To ensure that the officers and directors remain with JTIM during the CCAA proceedings they require the protection of the directors' charge. The proposed charge of \$4.1 million will only be available to the extent that the directors' and officers' insurance is not available if a claim is made against them. The Proposed Monitor is of the view that the directors' charge is reasonable and appropriate.

Tax Charge

[23] JTIM is also seeking a third-ranking super-priority charge in the amount of \$127 million in favour of the Canadian federal, provincial and territorial authorities that are entitled to receive payments and collect money from JTIM with respect to sales taxes and excise taxes and duties. I am satisfied that this tax charge should be granted so that JTIM's directors and officers do not become personally liable for these taxes. Further, the Proposed Monitor is of the view that the tax charge is reasonable and appropriate.

Is it appropriate to allow the payment of certain pre-filing and post-filing amounts?

[24] In *Cinram International Inc., Re*, 2012 ONSC 3767 Morawetz J. (as he then was) concluded at Para. 68 that the court should consider the following factors in deciding whether to authorize the payment of pre-filing obligations:

- (a) whether the goods and services were integral to the business of the applicants;
- (b) the debtors' need for the uninterrupted supply of the goods or services;
- (c) the Monitor's support and willingness to work with the applicants to ensure that payments to suppliers in respect of pre-filing liabilities were appropriate; and
- (d) the effect on the debtors' ongoing operations and ability to restructure if they were unable to make pre-filing payments to their critical suppliers.

[25] JTIM's business is expected to remain cash-flow positive during these CCAA proceedings so that it will have sufficient cash to meet its pre-filing and post-filing

obligations. JTIM's operations depend on timely and continuous supply from its suppliers. Maintaining its operations as a going concern is in the best interests of all of JTIM's stakeholders. The Proposed Monitor supports JTIM's intentions to pay its employees, trade creditors, royalty payments, interest, payments, previous obligations and other disbursements in the ordinary course of its business. I agree and adopt the Proposed Monitor's reasons for supporting these pre-filing and post-filing payments as set out at paras. 65-72 of the Report of the Proposed Monitor dated March 8, 2019.

Should Blue Tree Advisors be appointed as CRO?

[26] According to JTIM, it requires the proposed Chief Restructuring Officer, William Aziz, to successfully complete its contemplated restructuring plan. Mr. Aziz has the experience and necessary skills to oversee and assist JTIM with its complex negotiations during the CCAA proceedings. With the assistance of the CRO, JTIM's management can focus on the company's operations which should maximize value for its stakeholders.

[27] I am satisfied that Mr. Aziz should be appointed as CRO pursuant to the terms of the CRO Engagement Letter which the Monitor supports.

[28] JTIM requests an order sealing the unredacted copy of the CRO Engagement Letter. Section 137(2) of the *Courts of Justice Act* gives the Court jurisdiction to order that a document filed in a civil proceeding be treated as confidential, sealed and not form part of the public record.

[29] The CRO Engagement Letter sets out the commercial terms of the CRO's engagement. This is commercially sensitive information. In my view JTIM's request for a sealing order meets the test set out in the Supreme Court of Canada's decision in *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41 because it will protect a commercial interest and the salutary effects of sealing the CRO's Engagement Letter outweighs any deleterious effects since this is the type of information that a private company outside of a CCAA proceeding would treat as confidential.

Should JTIM be authorized to continue its appeal to the Supreme Court of Canada?

[30] At para. 75 of its Factum, JTIM submits as follows:

75. In this case, the Applicant is cash flow positive and has successful business operations. Its insolvency is primarily due to the QCA Judgment. The Applicant wishes to exercise its right to appeal the QCA Judgment, while staying enforcement thereof and while considering its options for a viable solution for the benefit of all of its stakeholders.

[31] In my view, based on this submission it is reasonable to permit JTIM to continue its leave to appeal application to the Supreme Court of Canada.

Conclusion

[32] For the reasons set out above the Application is granted.

HAINES J.

Date Released: March 12, 2019

TAB 13

SUPERIOR COURT OF JUSTICE - ONTARIO

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

**AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR
ARRANGEMENT OF MCEWAN ENTERPRISES INC.**

BEFORE: Chief Justice G.B. Morawetz

COUNSEL: *Robert J. Chadwick, Caroline Descours, and Trish Barrett* for the Applicant

Sean Zweig and Joshua Foster, for the Monitor

Virginie Gauthier, for The Cadillac Fairview Corporation Limited

HEARD and DETERMINED: September 28, 2021

REASONS RELEASED: October 1, 2021

ENDORSEMENT

1. The initial hearing of this matter took place on September 28, 2021. At the conclusion of the hearing, I granted an Initial Order with reasons to follow. These are the reasons.

A. OVERVIEW

2. McEwan Enterprises Inc. (“MEI”) is a full-service restaurant, catering, gourmet grocery and events company (the “Business”) based in the Greater Toronto Area (the “GTA”). MEI was founded in 1987 by Mark McEwan, who leads the development, preparation and delivery of the culinary aspects of the Business.

3. Capitalized terms used but not defined herein have the meanings given to such terms in the Affidavit of Dennis Mark McEwan sworn September 27, 2021 (the “McEwan Affidavit”).

4. MEI brings this application for an initial order (the “Initial Order”) under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, as amended (the “CCAA”). Counsel to MEI submits that the principal objectives of these CCAA proceedings are to ensure the ongoing operations of the McEwan Group for the benefit of its many stakeholders and to effectuate a restructuring of MEI and its Business. As part of its restructuring efforts pursuant to these CCAA proceedings, MEI intends to seek to complete the sale and transfer of the Business pursuant to the proposed Transaction (as defined below).

5. MEI has been experiencing financial challenges for an extended period of time as a result of certain unprofitable McEwan Locations (as defined below), and the McEwan Group has not been profitable since 2017. MEI's financial challenges have been exacerbated by the impacts of the COVID-19 pandemic over the last approximately 18 months.

6. Counsel submits that MEI has made extensive efforts to seek consensual arrangements with its landlords in respect of its leases, but has been unable to achieve a comprehensive out-of-court resolution.

7. After extensive review and consideration of its circumstances, and its options and alternatives, and following efforts to reach consensual arrangements with landlords, MEI determined that the best available alternative in the circumstances would be a sale of substantially all of the McEwan Group's assets and the Business (the "Transaction") to the current owners of MEI, and the continuation of the Business with a reduced number of McEwan Locations. The continued involvement of Mr. McEwan as chef and operator of the Business, is premised on a continuation of Mr. McEwan's partnership with Fairfax (as defined below) as co-owners of the McEwan Group.

8. Having regard to its financial circumstances and ongoing challenges, MEI determined that it is necessary to seek protection under the CCAA in order to provide stability for the Business and preserve value, while MEI advances its efforts to restructure and right-size the Business, including pursuing the proposed Transaction.

9. Counsel advises that MEI intends to bring a subsequent motion to seek Court approval of the Transaction.

B. CURRENT CHALLENGES

10. The McEwan Group conducts the Business out of six restaurants (the "McEwan Restaurants"), as well as two food-hall locations and one gourmet grocery location (collectively with the McEwan Restaurants, the "McEwan Locations").

11. MEI is a private company incorporated under the laws of Ontario and is headquartered in Toronto. MEI is owned by Fairfax Financial Holdings Limited ("Fairfax"), through one of its subsidiaries, which holds a 55% equity interest in MEI, and by Mr. McEwan, through McEwan Holdco Inc., which owns a 45% equity interest in MEI.

12. Many of the McEwan Locations have been historically successful and profitable; however, certain locations have been underperforming for a number of years, causing an overall significant strain on MEI's profitability and liquidity. As a result of these financial challenges, in March 2020, MEI's shareholders provided approximately \$1.1 million of additional equity financing to support the operations of the Business.

13. In an effort to address the COVID-19 pandemic challenges, MEI implemented extensive cost-saving and cash conservation measures, negotiated various rent concessions, and obtained

various government subsidies and support. Those efforts were insufficient to address MEI's liquidity needs during the COVID-19 pandemic. As a result, MEI needed to obtain additional financing, which it was able to obtain from one of its shareholders, Fairfax, by way of a number of unsecured loans provided in 2020 and 2021.

14. MEI has advised that it will also need further funding to continue operations while the impacts of the COVID-19 pandemic on the Business persist.

15. Counsel submits that after extensive review and consideration of its circumstances and following efforts to reach consensual arrangements with landlords, MEI determined that the best available alternative that could be implemented in the circumstances that would preserve the value of the Business for the benefit of MEI's many stakeholders, would be the Transaction. On September 27, 2021, MEI entered into a purchase agreement with 2864785 Ontario Corp. (the "Purchaser"), pursuant to which, subject to Court approval, the parties would complete the Transaction (the "Purchase Agreement").

16. MEI believes that the implementation of the Transaction will result in a sustainable Business going forward for the benefit of MEI's many stakeholders, including its 268 employees whose jobs will be preserved, its secured creditors whose obligations will be unaffected and assumed by the Purchaser, and its many suppliers and service providers whose contracts and obligations will also all be assumed. The Transaction also provides for the necessary funding for MEI's operations by way of the Transaction Deposit of up to \$2.25 million for the period up to the closing of the Transaction.

17. MEI and its board of directors have determined that it is in the best interests of MEI and its stakeholders for MEI to file for protection under the CCAA in order to preserve the value of the Business and continue as a going concern while seeking to implement a restructuring of the Business, including the proposed Transaction.

18. Counsel submits that the commencement of these CCAA proceedings and the granting of a stay of proceedings (the "Stay of Proceedings") are necessary to provide stability to the Business, to preserve value and to permit MEI to restructure its affairs, and are in the best interests of MEI and its stakeholders.

19. MEI is also requesting that this Court exercise its discretion to extend the Stay of Proceedings in respect of the personal guarantees, indemnities and security granted by Mr. McEwan in his personal capacity in connection with certain of MEI's obligations, as well as in favour of 2860117 Ontario Limited (the "McEwan Subsidiary"), a wholly-owned subsidiary of MEI which holds MEI's 50% interest in the ONE Restaurant Partnership. The McEwan Subsidiary and Mr. McEwan are collectively referred to herein as the "Non-Filing Parties".

20. As set out in the Cash Flow Forecast, with the remaining availability under the Secured Credit Facilities and the funding from the Transaction Deposit (if approved by the Court), MEI is expected to have sufficient funding through the period of the Cash Flow Forecast.

21. Alvarez & Marsal Canada Inc. (“A&M”) has consented to act as the monitor of MEI in these proceedings (in such capacity, the “Monitor”).

22. In connection with A&M’s appointment as the Monitor, it is contemplated that a Court-ordered charge will be granted over MEI’s assets, property and undertaking (the “Property”) in favour of the Monitor, its counsel, and MEI’s counsel in respect of their fees and disbursements incurred prior to and following the commencement of these proceedings at their standard rates and charges (the “Administration Charge”).

C. ISSUES

23. The issues to be considered on this application are whether:

- (a) MEI is a “debtor company” to which the CCAA applies;
- (b) the relief sought in the proposed Initial Order is available under the CCAA;
- (c) the stay of proceedings under the Initial Order should be extended to the Non-Filing Parties; and
- (d) the Charges (as defined below) should be granted.

D. ANALYSIS and FINDINGS

24. The CCAA applies to a “debtor company” where the total claims against such company exceeds \$5 million. The terms “debtor company” is defined in Section 2 of the CCAA. In essence, a debtor company is an insolvent company.

25. The CCAA does not define insolvency. Accordingly, in interpreting the meaning of “insolvent”, courts have taken guidance from the definition of “insolvent person” in Section 2(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, as amended (the “BIA”), which defines an “insolvent person” as a person (i) who is not bankrupt; and (ii) who resides, carries on business or has property in Canada; (iii) whose liabilities to creditors provable as claims under the BIA amount to one thousand dollars; and (iv) who is “insolvent” under one of the following tests: (a) is for any reason unable to meet his obligations as they generally become due; (b) has ceased paying his current obligations in the ordinary course of business as they generally become due; or (c) the aggregate of his property is not, at a fair valuation, sufficient, or if disposed of at a fairly conducted sale under legal process, would not be sufficient to enable payment of all his obligations, due and accruing due. (See: *Stelco Inc., Re* (2004), 48 C.B.R. (4th) 299 at paras. 21-22 (Ont. Sup. Ct. J. [Commercial List]), leave to appeal to C.A. refused, [2004] O.J. No. 1903, leave to appeal to S.C.C. refused, [2004] S.C.C.A. No. 336 [*Stelco*];).

26. The test for “insolvent person” under the BIA is disjunctive. A company satisfying any one of the above criteria is considered insolvent for the purposes of the CCAA.

27. A company is also insolvent for the purposes of the CCAA if, at the time of filing, there is a reasonably foreseeable expectation that there is a looming liquidity condition or crisis that would result in MEI being unable to pay its debts as they generally become due if a stay or proceedings and ancillary protection are not granted by the court. (see: *Stelco, supra* at para. 40).

28. Having reviewed the McEwan Affidavit and hearing submissions, I am satisfied that MEI meets both the traditional test for insolvency under the BIA and the expanded test for insolvency based on a looming liquidity condition.

29. As at August 31, 2021, MEI has aggregate liabilities exceeding \$10 million. Thus, total claims against MEI exceed the \$5 million threshold amount under the CCAA.

30. Accordingly, I am satisfied MEI is a “debtor company” to which the CCAA applies.

31. Subject to the terms of the Initial Order, MEI intends to honour all of its obligations in respect of its employees, suppliers and service providers in the ordinary course, as well in respect of its customer gift cards and the Customer Program. Pursuant to the proposed Transaction, any and all outstanding amounts owing in respect of MEI’s employee, trade or customer obligations will be assumed by the Purchaser upon implementation of the Transaction.

32. I am also satisfied that the Court has the jurisdiction to permit payment of pre-filing obligations in a CCAA proceeding, including where such payments are critical to the ongoing operations of a debtor company or the maintenance of its customer, supplier and employee relationships. (See: *Canwest Global Communications Corp., Re* (2009), 59 C.B.R. (5th) 72 (Ont. Sup. Ct. J. [Commercial List]) at paras. 41, 43; *Cinram International Inc., Re*, 2012 ONSC 3767 at para. 37 and Sch. C at paras. 66-71; and *Performance Sports Group Ltd., Re*, 2016 ONSC 6800 at para. 24 [*Performance Sports*]).

33. In arriving at this conclusion, I have taken into account a number of factors in authorizing the payment of pay pre-filing obligations, including: (a) whether the goods and services were integral to the business of the applicant; (b) the applicant’s need for the uninterrupted supply of the goods and services; (c) whether the applicant had sufficient inventory of the goods on hand to meet its needs; (d) the effect on the applicant’s operations and ability to restructure if it could not make pre-filing payments; and (e) the fact that no payments would be made without the consent of the Monitor. (See: *Cinram, supra* at para. 37 and Sch. C at paras. 66-71; *Performance Sports, supra* at para. 25; and *JTI-Macdonald Corp., Re*, 2019 ONSC 1625 at para. 24 [*JTI-Macdonald*]).

34. Pursuant to the proposed Initial Order, it is proposed that the Monitor not be required to comply with the notification requirements of Section 23(1)(a) of the CCAA to: (a) publish a newspaper notice in respect of the CCAA proceedings; (b) send a notice to known creditors; or (c) make publicly available a list showing the names, addresses and estimated claim amounts of those creditors.

35. I am satisfied that pursuant to Section 23(1)(a) of the CCAA, the Court has the jurisdiction to grant an order not requiring compliance with the applicable notice provisions and/or varying

those requirements. The question is whether it is appropriate for the court to exercise its jurisdiction.

36. MEI believes that the issuance of a newspaper notice and the public posting of a list of individual creditors and their claims will not serve to provide any material benefit to the relevant parties, who are intended to not be impacted by these CCAA proceedings, and will add unnecessary costs. MEI believes that a notice issued by MEI to its creditors will be a more efficient and less disruptive means of notifying such parties in these circumstances.

37. I have not been persuaded that it is appropriate or necessary, in these circumstances to deviate from the notice provisions prescribed by the CCAA.

38. CCAA proceedings are public proceedings. The Supreme Court, in the recent decision *Sherman Estate v. Donovan*, 2021 SCC 25 at paras. 37-38, confirmed that court proceedings are presumptively open to the public. It seems to me that, absent extenuating circumstances, any attempt to limit the publication of CCAA proceedings by altering the prescribed notice provisions is not consistent with the open court presumption which must be respected.

39. It is necessary to recognize that it is MEI that is seeking court protection from its creditors and has resorted to the CCAA to achieve its objectives. It does not lie with MEI to alter the notice provisions to suit its purposes.

40. The CCAA sets out notice provisions, which I do not consider to be onerous. Further, the costs associated with a newspaper notice are, in my view, inconsequential when one considers the assets and liabilities of MEI.

41. However, in an effort to eliminate any possible confusion surrounding the publication of individuals whose claims are expected to be unaffected in these proceedings, I have authorized minor adjustments to the notice provisions which are reflected in the signed order.

Extending the Stay of Proceedings to the Non-Filing Parties

42. Courts have the authority under the broad jurisdiction granted under Sections 11 and 11.02 of the CCAA and the Court's inherent jurisdiction to grant a stay of proceedings in favour of third parties that are not themselves applicants in a CCAA proceeding. (See: CCAA, Sections 11 and 11.02(1); *Tamerlane Ventures Inc., Re*, 2013 ONSC 5461 at para. 21 [*Tamerlane*]; *Laurentian University of Sudbury, Re*, 2021 ONSC 659 at para. 39 [*Laurentian*]; and *Lehndorff, supra* at paras. 5, 16, 21; BOA, Tab 3).

43. The Court has considered the following non-exhaustive list of factors in determining whether to extend a stay of proceedings to non-applicant third parties:

- (a) the business and operations of the third party was significantly intertwined and integrated with those of the debtor company;

- (b) extending the stay to the third party would help maintain stability and value during the CCAA process;
- (c) not extending the stay to the third party would have a negative impact on the debtor company's ability to restructure, potentially jeopardizing the success of the restructuring and the continuance of the debtor company;
- (d) if the debtor company is prevented from concluding a successful restructuring with its creditors, the economic harm would be far-reaching and significant;
- (e) failure of the restructuring would be even more harmful to customers, suppliers, landlords and other counterparties whose rights would otherwise be stayed under the third party stay;
- (f) if the restructuring proceedings are successful, the debtor company will continue to operate for the benefit of all of its stakeholders, and its stakeholders will retain all of its remedies in the event of future breaches by the debtor company or breaches that are not related to the released claims; and
- (g) the balance of convenience favours extending the stay to the third party. (See: *JTI-Macdonald, supra* at para. 15; *Laurentian, supra* at para. 40; *Cinram, supra* at para. 37 and Sch. C at paras. 63-64; *Lehndorff, supra* at para. 21).

44. MEI submits that it is appropriate to extend the Stay of Proceedings to the Non-Filing Parties given:

- (a) Mr. McEwan has granted certain personal guarantees, indemnities and/or security in respect of certain of MEI's obligations, and the McEwan Subsidiary holds MEI's interests in the ONE Restaurant Partnership, an important part of the overall Business of MEI;
- (b) if any enforcement proceedings were commenced against any of the Non-Filing Parties, it would cause significant disruption to MEI, would have a detrimental effect on MEI's restructuring efforts, and there could be a significant erosion of value to the Business to the detriment of all stakeholders; and
- (c) the obligations which Mr. McEwan has guaranteed, indemnified and/or secured are not anticipated to be impacted by the CCAA proceedings and would be assumed as part of the proposed Transaction, thus MEI believes there would be no prejudice in granting the requested extension of the Stay of Proceedings.

45. I accept that the extension of the Stay of Proceedings in favour of the Non-Filing Parties is appropriate in these circumstances while MEI works to implement a restructuring of the Business, including the proposed Transaction, for the benefit of its many stakeholders.

46. MEI is also seeking approval of the Administration Charge in respect of certain administrative costs of these proceedings and the Directors' Charge in respect of the

indemnification of its directors and officers (the “Charges”). Pursuant to the proposed Initial Order, the Charges would rank in priority to all Encumbrances in favour of any person, except for any secured creditor of MEI. At the Comeback Hearing, MEI intends to seek an Order granting priority of the Charges ahead of all Encumbrances of those secured creditors given notice of the Comeback Hearing, other than the Encumbrances granted by MEI in favour of RBC.

47. The proposed Initial Order provides that the priority of the Charges, as among them, shall be as follows: (a) First – the Administration Charge; and (b) Second – the Directors’ Charge.

48. MEI is seeking the granting of the Administration Charge over the Property to secure the fees and disbursements of the Monitor and its counsel, and MEI’s counsel, in each case incurred at their standard rates and charges in the amount of \$225,000, at this time.

49. Section 11.52 of the CCAA provides the Court with the jurisdiction to grant an administration charge.

50. MEI submits that it is appropriate in the circumstances for this Court to exercise its jurisdiction and grant the Administration Charge given that:

- (a) the proposed restructuring of MEI will require the involvement of professional advisors;
- (b) the proposed beneficiaries of the Administration Charge have each contributed and will continue to contribute to MEI’s restructuring efforts;
- (c) there is no unwarranted duplication of roles; and
- (d) the amount of the requested Administration Charge reflects the estimated costs of these proceedings to be incurred in the period up to the Comeback Hearing and has been reviewed with the proposed Monitor.

51. MEI is seeking the Directors’ Charge over the Property to secure the indemnification of the Directors and Officers pursuant to the Initial Order for any liabilities they may incur during the CCAA proceedings in their capacities as directors and officers in the amount of \$600,000, at this time.

52. Section 11.51 of the CCAA provides the Court with the authority to grant a charge relating to directors’ and officers’ indemnification on a priority basis.

53. MEI submits that it is appropriate in the circumstances for this Court to exercise its jurisdiction and grant the Directors’ Charge given that:

- (a) it is possible for the Directors and Officers to be held personally liable for certain of MEI’s obligations during the course of these CCAA proceedings;

- (b) MEI's D&O Policy contains several exclusions and limitations to the coverage provided, and there is a potential for there to be insufficient coverage for the Directors and Officers under such D&O Policy;
- (c) the proposed Directors' Charge would apply only to the extent that the Directors and Officers do not have coverage under the D&O Policy;
- (d) the Directors' Charge would only cover liabilities that the Directors and Officers may incur after the commencement of these CCAA proceedings and does not cover wilful misconduct or gross negligence;
- (e) the Directors and Officers have been actively involved in MEI's efforts to address the current circumstances of MEI, including the review and consideration of MEI's financial circumstances, efforts to manage and address MEI's challenging liquidity position, overseeing MEI's negotiations with landlords, the pursuit of restructuring alternatives, and the preparation for and commencement of these CCAA proceedings;
- (f) to carry on business during the CCAA proceedings and to complete a successful restructuring for the benefit of MEI and its stakeholders, MEI requires the active and committed involvement of the Directors and Officers; and
- (g) the amount of the Directors' Charge has been calculated based on the estimated exposure of the Directors and Officers in the period up to the Comeback Hearing and has been reviewed with the proposed Monitor.

54. MEI believes that that the proposed amounts of each of the Charges are appropriate for the period from and after the granting of the Initial Order (if approved) until the date of the Comeback Hearing. MEI expects to request at the Comeback Hearing that the Administration Charge be increased to \$350,000 and that the Directors' Charge be increased to \$1.45 million.

55. I accept these submissions and accordingly I am satisfied that the Administration Charge and the Directors' Charge should be included in the Initial Order.

DISPOSITION

56. I am satisfied, for the foregoing reasons, that MEI meets all of the qualifications established for relief under the CCAA. An Order has been signed to reflect the foregoing. The comeback hearing has been scheduled for Thursday, October 7, 2021 at 9:00 a.m.

Chief Justice G.B. Morawetz

Date: October 1, 2021

TAB 14



Court File No. CV-24-00718993-00CL

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
COMMERCIAL LIST

THE HONOURABLE	)	WEDNESDAY, THE 24 th
	)	
MR. JUSTICE BLACK	)	DAY OF APRIL, 2024

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

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR
ARRANGEMENT OF TED BAKER CANADA INC., TED
BAKER LIMITED, OSL FASHION SERVICES CANADA INC.,
and OSL FASHION SERVICES, INC.

INITIAL ORDER

THIS APPLICATION, made by Ted Baker Canada Inc. ("**Ted Baker Canada**"), Ted Baker Limited, OSL Fashion Services Canada Inc. ("**Fashion Canada**"), and OSL Fashion Services, Inc. ("**Fashion US**" and collectively with Ted Baker Canada, Ted Baker Limited, and Fashion Canada, the "**Applicants**"), pursuant to the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, as amended (the "**CCAA**") was heard this day by judicial videoconference via Zoom at 330 University Avenue, Toronto, Ontario.

ON READING the affidavit of Antoine Adams sworn April 24, 2024, and the Exhibits thereto (the "**Adams Affidavit**"), and the pre-filing report dated April 24, 2024, of Alvarez & Marsal Canada Inc. ("**A&M**"), in its capacity as proposed monitor of the Applicants, and on being advised that the secured creditors who are likely to be affected by the charges created herein were given notice, and on hearing the submissions of counsel to the Applicants, A&M, and such other counsel present, and on reading the consent of A&M to act as monitor (in such capacity, the "**Monitor**").

SERVICE

1. **THIS COURT ORDERS** that the time for service of the Notice of Application and the Application Record is hereby abridged and validated so that this Application is properly returnable today and hereby dispenses with further service thereof.

DEFINITIONS

2. **THIS COURT ORDERS** that unless otherwise indicated or defined herein, capitalized terms have the meanings given to them in the Adams Affidavit.

APPLICATION

3. **THIS COURT ORDERS AND DECLARES** that the Applicants are companies to which the CCAA applies.

POSSESSION OF PROPERTY AND OPERATIONS

4. **THIS COURT ORDERS** that the Applicants shall remain in possession and control of their respective current and future assets, undertakings and properties of every nature and kind whatsoever, and wherever situate including all proceeds thereof (the “**Property**”). Subject to further Order of this Court, the Applicants shall continue to carry on business in a manner consistent with the preservation of their business (the “**Business**”) and Property. The Applicants shall each be authorized and empowered to continue to retain and employ the employees, independent contractors, advisors, consultants, agents, experts, appraisers, valuers, brokers, accountants, counsel and such other persons (collectively, “**Assistants**”) currently retained or employed by them, with liberty to retain such further Assistants as they deem reasonably necessary or desirable in the ordinary course of business or for the carrying out of the terms of this Order.

5. **THIS COURT ORDERS** that the Applicants shall be entitled to continue to use the central cash management systems currently in place as described in the Adams Affidavit, including, without limitation, the Blocked Accounts Arrangement, or, with the consent of the Monitor and the Interim Lender, replace them with other substantially similar central cash management systems (together, the “**Cash Management System**”) and that any present or future bank providing the Cash Management System, including the Canadian Imperial Bank of Commerce, HSBC Bank

USA, National Association, and American Savings Bank, shall not be under any obligation whatsoever to inquire into the propriety, validity or legality of any transfer, payment, collection or other action taken under the Cash Management System, or as to the use or application by the Applicants of funds transferred, paid, collected or otherwise dealt with in the Cash Management System, shall be entitled to provide the Cash Management System without any liability in respect thereof to any Person (as hereinafter defined) other than the Applicants, pursuant to the terms of the documentation applicable to the Cash Management System, and shall be, in its capacity as provider of the Cash Management System, an unaffected creditor under any plan of compromise or arrangement (“**Plan**”) with regard to any claims or expenses it may suffer or incur in connection with the provision of the Cash Management System.

6. **THIS COURT ORDERS** that the Applicants shall be entitled but not required to pay the following expenses whether incurred prior to, on or after the date of this Order to the extent that such expenses are incurred and payable by the Applicants:

- (a) all outstanding and future wages, salaries, employee benefits (including, without limitation, employee medical, dental, registered retirement savings plan contributions and similar benefit plans or arrangements), vacation pay and expenses, in each case incurred in the ordinary course of business and consistent with existing compensation policies and arrangements, and all other payroll and benefits processing and servicing expenses;
- (b) all outstanding and future amounts invoiced to any of the Applicants from any independent contractors retained by any of the Applicants, payable prior to, on or after the date of this Order, in each case incurred in the ordinary course of business and consistent with existing payment arrangements;
- (c) all outstanding or future amounts related to honouring customer obligations, including customer pre-payments, deposits, gift cards, programs and other customer loyalty programs, offers and benefits, in each case incurred in the ordinary course of business and consistent with existing policies and procedures;
- (d) the fees and disbursements of any Assistants retained or employed by the Applicants at their standard rates and charges;

- (e) with the consent of the Monitor, and the Interim Lender, amounts owing for goods or services supplied to the Applicants prior to the date of this Order by:
- (i) warehouse providers, logistics or supply chain providers, including transportation providers, customs brokers, freight forwarders and security and armoured truck carriers, and including amounts payable in respect of customs and duties for goods;
 - (ii) providers of information, internet, telecommunications and other technology, including e-commerce providers and related services;
 - (iii) providers of payment, credit, debit and gift card processing related services; and
 - (iv) other third-party suppliers or service providers if, in the opinion of the Applicants following consultation with the Monitor, such supplier or service provider is critical to the Business and ongoing operations of the Applicants and the Property (as hereinafter defined).

7. **THIS COURT ORDERS** that, except as otherwise provided to the contrary herein, the Applicants shall be entitled but not required to pay all reasonable expenses incurred by them in carrying on the Business in the ordinary course after this Order, and in carrying out the provisions of this Order and any other Order of this Court, which expenses shall include, without limitation:

- (a) all expenses and capital expenditures reasonably necessary for the preservation of the Property or the Business including, without limitation, payments on account of insurance (including directors and officers insurance), maintenance and security services; and
- (b) payment for goods or services actually supplied to the Applicants following the date of this Order.

8. **THIS COURT ORDERS** that the Applicants shall remit, in accordance with legal requirements, or pay:

- (a) any statutory deemed trust amounts in favour of the Crown in right of Canada or of any Province thereof or any other taxation authority which are required to be deducted from the Applicants' employees' wages, including, without limitation, amounts in respect of (i) employment insurance, (ii) Canada Pension Plan, (iii) Quebec Pension Plan, and (iv) income taxes;
- (b) all goods and services taxes, harmonized sales taxes or other applicable sales taxes (collectively, "**Sales Taxes**") required to be remitted by the Applicants in connection with the sale of goods and services by the Applicants, but only where such Sales Taxes are accrued or collected after the date of this Order, or where such Sales Taxes were accrued or collected prior to the date of this Order but not required to be remitted until on or after the date of this Order; and
- (c) any amount payable to the Crown in right of Canada or of any Province thereof or any political subdivision thereof or any other taxation authority in respect of municipal realty, municipal business, workers' compensation or other taxes, assessments or levies of any nature or kind which are entitled at law to be paid in priority to claims of secured creditors and which are attributable to or in respect of the carrying on of the Business by the Applicants.

9. **THIS COURT ORDERS** that, until a real property lease, including a sublease and related documentation (each, a "**Lease**") to which any Applicant is a party is disclaimed or resiliated in accordance with the CCAA or otherwise consensually terminated, such Applicant shall pay, without duplication, all amounts constituting rent or payable as rent under such Lease (including, for greater certainty, common area maintenance charges, utilities and realty taxes and any other amounts payable to the applicable landlord (each, a "**Landlord**") under such Lease, but for greater certainty, excluding accelerated rent or penalties, fees or other charges arising as a result of the insolvency of the Applicants or the making of this Order) or as otherwise may be negotiated between such Applicant and the Landlord from time to time ("**Rent**"), for the period commencing from and including the date of this Order, twice-monthly in equal payments on the first and fifteenth day of each month, in advance (but not in arrears). On the date of the first of such

payments, any Rent relating to the period commencing from and including the date of this Order shall also be paid.

10. **THIS COURT ORDERS** that, except as specifically permitted herein, the Applicants are hereby directed, until further Order of this Court: (a) to make no payments of principal, interest thereon or otherwise on account of amounts owing by any one of the Applicants to any of their creditors as of this date; (b) to grant no security interests, trust, liens, charges or encumbrances upon or in respect of any of the Property; and (c) to not grant credit or incur liabilities except in the ordinary course of the Business or pursuant to this Order or any other Order of the Court.

RESTRUCTURING

11. **THIS COURT ORDERS** that the Applicants shall, subject to such requirements as are imposed by the CCAA, have the right to:

- (a) terminate the employment of such of its employees or temporarily lay off such of its employees as the applicable Applicant deems appropriate;
- (b) disclaim or resiliate, in whole or in part, with the prior consent of the Monitor and the Interim Lender or further Order of the Court, any of their arrangements or agreements of any nature whatsoever and with whomsoever, whether oral or written, as the Applicants deem appropriate, in accordance with section 32 of the CCAA; and
- (c) in consultation with, and with the oversight of the Monitor and in consultation with the Interim Lender, (i) engage in discussions with, and solicit proposals and agreements from, third parties in respect of the liquidation of the inventory, furniture, equipment and fixtures and other property located in and/or forming part of the Property (the “**Liquidation Solicitation Process**”), and return to Court for the approval of any such agreement, and (ii) with the assistance of any real estate advisor or other Assistants as may be desirable, pursue all avenues and offers for the sale, transfer or assignment of the Leases to third parties, in whole or in part, and return to Court for approval of any such sale, transfer or assignment,

all of the foregoing to permit the Applicant to proceed with an orderly restructuring of the Business (the “**Restructuring**”).

12. **THIS COURT ORDERS** that each Applicant shall provide each of the relevant landlords with notice of such Applicant's intention to remove any fixtures from any leased premises at least seven (7) days prior to the date of the intended removal. The relevant landlord shall be entitled to have a representative present in the leased premises to observe such removal and, if the landlord disputes an Applicant's entitlement to remove any such fixture under the provisions of the lease, such fixture shall remain on the premises and shall be dealt with as agreed between any applicable secured creditors, such landlord and the applicable Applicant, or by further Order of this Court upon application by such Applicant on at least two (2) days notice to such landlord and any such secured creditors. If an Applicant disclaims or resiliates the lease governing such leased premises in accordance with Section 32 of the CCAA, it shall not be required to pay Rent under such lease pending resolution of any such dispute (other than Rent payable for the notice period provided for in Section 32(5) of the CCAA), and the disclaimer or resiliation of the lease shall be without prejudice to such Applicant's claim to the fixtures in dispute.

13. **THIS COURT ORDERS** that if a notice of disclaimer or resiliation is delivered pursuant to Section 32 of the CCAA, then (a) during the notice period prior to the effective time of the disclaimer or resiliation, the landlord may show the affected leased premises to prospective tenants during normal business hours, on giving the applicable Applicant and the Monitor 24 hours' prior written notice, and (b) at the effective time of the disclaimer or resiliation, the relevant landlord shall be entitled to take possession of any such leased premises without waiver of or prejudice to any claims or rights such landlord may have against the Applicant in respect of such lease or leased premises, provided that nothing herein shall relieve such landlord of its obligation to mitigate any damages claimed in connection therewith.

STAY OF PROCEEDINGS

14. **THIS COURT ORDERS** that until and including May 3, 2024, or such later date as this Court may order (the "**Stay Period**"), no proceeding or enforcement process in any court or tribunal (each, a "**Proceeding**") shall be commenced or continued against or in respect of the Applicants or the Monitor, or any of their respective employees, directors, advisors, officers and representatives acting in such capacities, or affecting the Business or the Property, except with the prior written consent of the Applicants and the Monitor, or with leave of this Court, and any and all Proceedings currently under way against or in respect of the Applicants, or their employees,

directors, officers or representatives acting in such capacities, or affecting the Business or the Property are hereby stayed and suspended pending further Order of this Court.

15. **THIS COURT ORDERS** that, to the extent any prescription, time or limitation period relating to any Proceeding against or in respect of any Applicant that is stayed pursuant to this Order may expire, the term of such prescription, time or limitation period shall hereby be deemed to be extended by a period equal to the Stay Period.

NO EXERCISE OF RIGHTS OR REMEDIES

16. **THIS COURT ORDERS** that during the Stay Period, all rights and remedies of any individual, firm, corporation, governmental body or agency, or any other entities (all of the foregoing, collectively being “**Persons**” and each being a “**Person**”) against or in respect of the Applicants or the Monitor, or their respective employees, directors, officers, advisors and representatives acting in such capacities, or affecting the Business or the Property, are hereby stayed and suspended except with the prior written consent of the Applicants and the Monitor, or leave of this Court, provided that nothing in this Order shall (a) empower the Applicants to carry on any business which they are not lawfully entitled to carry on; (b) affect such investigations, actions, suits or proceedings by a regulatory body as are permitted by Section 11.1 of the CCAA; (c) prevent the filing of any registration to preserve or perfect a security interest; or (d) prevent the registration of a claim for lien.

NO INTERFERENCE WITH RIGHTS

17. **THIS COURT ORDERS** that during the Stay Period, no Person shall discontinue, fail to honour, alter, interfere with, repudiate, terminate or cease to perform any right, renewal right, contract, agreement, lease, sublease, concession arrangement, licence or permit in favour of or held by the Applicants, except with the prior written consent of the Applicants and the Monitor, or leave of this Court. Without limiting the foregoing, no right, option, remedy, and/or exemption in favour of the relevant Applicants shall be or shall be deemed to be negated, suspended, waived and/or terminated as a result of the insolvency of the Applicants, the commencement of the within proceedings or any related recognition proceedings or this Order.

NO PRE-FILING VS POST-FILING SET-OFF

18. **THIS COURT ORDERS** that, no Person shall be entitled to set off any amounts that: (a) are or may become due to the Applicants in respect of obligations arising prior to the date hereof with any amounts that are or may become due from the Applicants in respect of obligations arising on or after the date of this Order; or (b) are or may become due from the Applicants in respect of obligations arising prior to the date hereof with any amounts that are or may become due to the Applicants in respect of obligations arising on or after the date of this Order, in each case without the consent of the Applicants and the Monitor, or leave of this Court, provided that nothing in this Order shall prejudice any arguments any Person may want to make in seeking leave of the Court or following the granting of such leave.

CONTINUATION OF SERVICES

19. **THIS COURT ORDERS** that during the Stay Period,

- (a) all Persons having oral or written agreements with the Applicants or statutory or regulatory mandates for the supply or license of goods, intellectual property and/or services, including without limitation all computer software, trademarks, communication and other data services, centralized banking services, cash management services, payment processing services, payroll and benefit services, insurance, freight services, transportation services, customs clearing, warehouse and logistics services, utility or other services to the Business or the Applicants, are hereby restrained until further Order of this Court from discontinuing, altering, interfering with or terminating the supply or license of such goods or services as may be required by the Applicants;
- (b) that all Persons who receive or collect proceeds from the sale of the Applicants' inventory for or on behalf of the Applicants, shall promptly remit such proceeds to the Applicants monthly, in accordance with existing arrangements without any additional set-off or deduction whatsoever; and
- (c) that the Applicants shall be entitled to the continued use of their current premises, telephone numbers, facsimile numbers, internet addresses and domain names, provided in each case, that the normal prices or charges for all such goods or services received

after the date of this Order are paid by the Applicants in accordance with normal payment practices of the Applicants or such other practices as may be agreed upon by the supplier or service provider and the applicable Applicants and the Monitor, or as may be ordered by this Court.

NON-DEROGATION OF RIGHTS

20. **THIS COURT ORDERS** that, notwithstanding anything else in this Order, no Person shall be prohibited from requiring immediate payment for goods, services, use of leased or licensed property or other valuable consideration, in each case, provided on or after the date of this Order, nor shall any Person be under any obligation on or after the date of this Order to advance or re-advance any monies or otherwise extend any credit to the Applicants. Nothing in this Order shall derogate from the rights conferred and obligations imposed by the CCAA.

PROCEEDINGS AGAINST DIRECTORS AND OFFICERS

21. **THIS COURT ORDERS** that during the Stay Period, and except as permitted by subsection 11.03(2) of the CCAA, no Proceeding may be commenced or continued against any of the former, current or future directors or officers of the Applicants with respect to any claim against the directors or officers that arose before the date hereof and that relates to any obligations of the Applicants whereby the directors or officers are alleged under any law to be liable in their capacity as directors or officers for the payment or performance of such obligations.

DIRECTORS' AND OFFICERS' INDEMNIFICATION AND CHARGE

22. **THIS COURT ORDERS** that the Applicants shall indemnify their directors and officers against obligations and liabilities that they may incur as directors or officers of the Applicants after the commencement of the within proceedings, except to the extent that, with respect to any officer or director, the obligation or liability was incurred as a result of the director's or officer's gross negligence or wilful misconduct.

23. **THIS COURT ORDERS** that the directors and officers of the Applicants shall be entitled to the benefit of and are hereby granted a charge (the "**Directors' Charge**") on the Property, which charge shall not exceed an aggregate amount of USD \$2,500,000, as security for the indemnity

provided in paragraph 22 of this Order. The Directors' Charge shall have the priority set out in paragraphs 40 and 42 herein.

24. **THIS COURT ORDERS** that, notwithstanding any language in any applicable insurance policy to the contrary, (a) no insurer shall be entitled to be subrogated to or claim the benefit of the Directors' Charge; and (b) the Applicants' directors and officers shall only be entitled to the benefit of the Directors' Charge to the extent that they do not have coverage under any directors' and officers' insurance policy, or to the extent that such coverage is insufficient to pay amounts indemnified in accordance with paragraph 22 of this Order.

APPOINTMENT OF MONITOR

25. **THIS COURT ORDERS** that A&M is hereby appointed pursuant to the CCAA as the Monitor, an officer of this Court, to monitor the business and financial affairs of the Applicants with the powers and obligations set out in the CCAA or set forth herein and that the Applicants and their shareholders, partners, members, officers, directors, and Assistants shall advise the Monitor of all material steps taken by the Applicants pursuant to this Order, and shall co-operate fully with the Monitor in the exercise of its powers and discharge of its obligations and provide the Monitor with the assistance that is necessary to enable the Monitor to adequately carry out the Monitor's functions.

26. **THIS COURT ORDERS** that the Monitor, in addition to its prescribed rights and obligations under the CCAA, is hereby directed and empowered to:

- (a) monitor the Applicants' receipts and disbursements;
- (b) assist the Applicants with the Restructuring;
- (c) assist the Applicants, to the extent required by the Applicants or the Interim Lender, in their dissemination to the Interim Lender and its counsel and financial advisor of financial and other information as agreed to between the Applicants and the Interim Lender, which may be used in these proceedings, including reporting on a basis to be agreed with the Interim Lender;

- (d) report to this Court at such times and intervals as the Monitor may deem appropriate with respect to matters relating to the Property, the Business, and such other matters as may be relevant to the proceedings herein;
- (e) advise the Applicants in their preparation of the Applicants' cash flow statements and the dissemination of other financial information;
- (f) have full and complete access to the Property, including the premises, books, records, data, including data in electronic form, and other financial documents of the Applicants, to the extent that is necessary to adequately assess the Applicants' business and financial affairs or to perform its duties arising under this Order;
- (g) liaise and consult with any Assistants and any liquidator selected through the Liquidation Selection Process, to the extent required, with respect to all matters relating to the Property, the Business and such other matters as may be relevant to the proceedings herein;
- (h) be at liberty to engage independent legal counsel, advisors or such other persons, or utilize the services of employees of its affiliates, as the Monitor deems necessary or advisable respecting the exercise of its powers and performance of its obligations under this Order;
- (i) assist the Applicants, to the extent required by the Applicants, with any matters relating to any foreign proceeding commenced in relation to any of the Applicants; and
- (j) perform such other duties as are required by this Order or by this Court from time to time.

27. **THIS COURT ORDERS** that the Monitor shall not take possession of the Property and shall take no part whatsoever in the management or supervision of the management of the Business and shall not, by fulfilling its obligations hereunder, be deemed to have taken or maintained possession or control of the Business or Property, or any part thereof.

28. **THIS COURT ORDERS** that nothing herein contained shall require the Monitor to occupy or to take control, care, charge, possession or management (separately and/or collectively,

“**Possession**”) of any of the Property that might be environmentally contaminated, might be a pollutant or a contaminant, or might cause or contribute to a spill, discharge, release or deposit of a substance contrary to any federal, provincial or other law respecting the protection, conservation, enhancement, remediation or rehabilitation of the environment or relating to the disposal of waste or other contamination including, without limitation, the *Canadian Environmental Protection Act*, the *Ontario Environmental Protection Act*, the *Ontario Water Resources Act*, the *Ontario Occupational Health and Safety Act*, the *British Columbia Environmental Management Act*, the *British Columbia Riparian Areas Protection Act*, the *British Columbia Workers Compensation Act*, the *Alberta Environmental Protection and Enhancement Act*, the *Alberta Water Act*, the *Alberta Occupational Health and Safety Act*, the *Manitoba Environment Act*, the *Manitoba Contaminated Sites Remediation Act*, the *Manitoba Workplace Safety and Health Act*, the *Quebec Environmental Quality Act*, and the *Quebec Act Respecting Occupation Health and Safety*, and regulations thereunder (the “**Environmental Legislation**”), provided however that nothing herein shall exempt the Monitor from any duty to report or make disclosure imposed by applicable Environmental Legislation. The Monitor shall not, as a result of this Order or anything done in pursuance of the Monitor’s duties and powers under this Order, be deemed to be in Possession of any of the Property within the meaning of any Environmental Legislation, unless it is actually in possession.

29. **THIS COURT ORDERS** that the Monitor shall provide any creditor of the Applicants with information provided by the Applicants in response to reasonable requests for information made in writing by such creditor addressed to the Monitor. The Monitor shall not have any responsibility or liability with respect to the information disseminated by it pursuant to this paragraph. In the case of information that the Monitor has been advised by the Applicants is confidential, the Monitor shall not provide such information to creditors unless otherwise directed by this Court or on such terms as the Monitor and the Applicants may agree.

30. **THIS COURT ORDERS** that, in addition to the rights and protections afforded the Monitor under the CCAA or as an officer of this Court, the Monitor shall incur no liability or obligation as a result of its appointment or the carrying out of the provisions of this Order, save and except for any gross negligence or wilful misconduct on its part. Nothing in this Order shall derogate from the protections afforded the Monitor by the CCAA or any applicable legislation.

31. **THIS COURT ORDERS** that the Monitor, counsel to the Monitor, counsel to the Applicants, counsel to the Interim Lender and financial advisor thereto, shall be paid their reasonable fees and disbursements, in each case at their standard rates and charges, whether incurred prior to, on or subsequent to the date of this Order, by the Applicants as part of the costs of these proceedings. The Applicants are hereby authorized and directed to pay the accounts of the Monitor, counsel to the Monitor and, counsel to the Applicants, counsel to the Interim Lender and financial advisor thereto, on such terms as such parties may agree and are hereby authorized to pay to the Monitor, counsel to the Monitor and counsel to the Applicants, retainers, *nunc pro tunc*, to be held by them as security for payment of their respective fees and disbursements outstanding from time to time.

32. **THIS COURT ORDERS** that the Monitor and its legal counsel shall pass their accounts from time to time, and for this purpose the accounts of the Monitor and its legal counsel are hereby referred to a judge of the Commercial List of the Ontario Superior Court of Justice.

ADMINISTRATION CHARGE

33. **THIS COURT ORDERS** that the Monitor, counsel to the Monitor and counsel to the Applicants shall be entitled to the benefit of and are hereby granted a charge (the “**Administration Charge**”) on the Property, which charge shall not exceed an aggregate amount of USD \$750,000, as security for their professional fees and disbursements incurred at their standard rates and charges of the Monitor and such counsel, both before and after the making of this Order in respect of these proceedings. The Administration Charge shall have the priority set out in paragraphs 40 and 42 hereof.

INTERIM FINANCING

34. **THIS COURT ORDERS** that on or after the date of this Order and until May 8, 2024, Ted Baker Canada and Ted Baker Limited are hereby authorized and empowered to continue to borrow from Canadian Imperial Bank of Commerce (the “**Interim Lender**”) under the existing credit facility (the “**Existing Credit Facility**”) pursuant to the Credit Agreement dated as of March 14, 2023 (as amended by a consent and first amendment agreement dated as of August 3, 2023, and as further amended by a second amendment agreement dated as of April 23, 2024, the “**Existing Credit Agreement**”) in order to finance the Applicants' working capital requirements

and other general corporate purposes, capital expenditures and costs of these proceedings (each, an “**Interim Borrowing**” and collectively, the “**Interim Borrowings**”), provided that (i) such Interim Borrowings are to fund obligations which the Applicants, with the consent of the Monitor and the Interim Lender, deem to be necessary for the preservation of the Property or the Business, (ii) such Interim Borrowings shall not, individually or in the aggregate, exceed USD \$7,000,000, (iii) such Interim Borrowings under the Existing Credit Facility shall accrue interest at the default rates set out in the Existing Credit Agreement, (iv) Fashion Canada and Fashion US shall be deemed to (a) guarantee and secure the Interim Borrowings, together with all interest accrued thereon and costs and expenses incurred in connection therewith, in the same manner as the other Obligations (as defined in the Existing Credit Agreement) that they have guaranteed and secured under the Existing Credit Agreement and the loan and security documents provided by them in connection therewith, and (b) ratify and acknowledge the guarantees and security they have provided in connection with the Existing Credit Agreement and the loan and security documents provided by them in connection therewith, in each case, without the need for any further guarantee, security or documentation from Fashion Canada or Fashion US, and (v) unless the Interim Lender provides its written waiver, the United States Bankruptcy Court shall have granted an Order pursuant to the *United States Bankruptcy Code*, 11 U.S.C., §§ 101 – 1532, as amended (the “**Bankruptcy Code**”): (a) provisionally recognizing, ordering and giving effect to this Order and the Interim Lender’s Charge in the United States, and (b) granting such other provisional relief that is sought by the Applicants, at the request of the Interim Lender.

35. **THIS COURT ORDERS** that the Applicants are hereby authorized and empowered to execute and deliver such amendments to the Existing Credit Agreement or other documents, if any, as may be reasonably required by the Interim Lender to facilitate any Interim Borrowings, provided that failure to execute any such documentation does not invalidate any Interim Borrowings or the validity or priority of the Interim Lender’s Charge.

36. **THIS COURT ORDERS** that the Interim Borrowings shall mature on May 8, 2024 and be payable in full by the Applicants on such date, together with all interest accrued thereon and costs or expenses incurred in connection therewith.

37. **THIS COURT ORDERS** that the Interim Lender shall be entitled to the benefit of and is hereby granted a charge (the “**Interim Lender’s Charge**”) on the Property of each of the

Applicants, which Interim Lender's Charge shall, for greater certainty, not secure any obligation that exists before this Order is made. The Interim Lender's Charge shall have the priority set out in paragraphs 40 and 42 hereof.

38. **THIS COURT ORDERS** in the event the Applicants fail to make the payment to the Interim Lender required by paragraph 36 herein, then upon three (3) business days' notice to the Applicants and the Monitor, the Interim Lender may exercise any and all of its rights and remedies against the Applicants or the Property under or pursuant to the Existing Credit Agreement and the Interim Lender's Charge, including without limitation, to cease making advances to the Applicants and, subject to further Order of the Court, set off and/or consolidate any amounts owing by the Interim Lender to any of the Applicants against the obligations of the Applicants to the Interim Lender under the Existing Credit Agreement, this Order or the Interim Lender's Charge, to make demand, accelerate payment and give other notices, or to apply to this Court for the appointment of a receiver, receiver and manager or interim receiver, or for a bankruptcy order against the Applicants or the Property and for the appointment of a trustee in bankruptcy of the Applicants.

39. **THIS COURT ORDERS** that the Interim Lender shall be treated as unaffected in any plan of arrangement or compromise filed by the Applicants under the CCAA, or any proposal filed by the Applicants under the *Bankruptcy and Insolvency Act* of Canada with respect to any Interim Borrowings.

VALIDITY AND PRIORITY OF CHARGES CREATED BY THIS ORDER

40. **THIS COURT ORDERS** that the priorities of the security interests granted by the Administration Charge, Interim Lender's Charge and the Directors' Charge (collectively, the "**Charges**"), and the Applicants to CIBC, as among them, shall be as follows:

- (a) First – Administration Charge (to the maximum amount of USD \$750,000);
- (b) Second – Interim Lender's Charge;
- (c) Third – Security granted with respect to the Existing Credit Facility (excluding the Interim Borrowings); and
- (d) Fourth - Directors' Charge (to the maximum amount of USD \$2,500,000).

41. **THIS COURT ORDERS** that the filing, registration or perfection of the Charges shall not be required, and that the Charges shall be valid and enforceable for all purposes, including as against any right, title or interest filed, registered, recorded or perfected subsequent to the Charges coming into existence, notwithstanding any such failure to file, register, record or perfect.

42. **THIS COURT ORDERS** that each of the Charges shall constitute a charge on the Property and such Charges shall rank in priority to all other security interests, trusts (including deemed or constructive trusts), liens, charges and encumbrances, claims of secured creditors, statutory or otherwise (collectively, “**Encumbrances**”) in favour of any Person, except for any Person who is a “secured creditor” as defined in the CCAA that has not been served with the Notice of Application for this Order. The Applicants shall be entitled, at the Comeback Hearing (as hereinafter defined), on notice to those Persons likely to be affected thereby, to seek priority of the Charges ahead of any Encumbrance over which the Charges may not have obtained priority pursuant to this Order.

43. **THIS COURT ORDERS** that except as otherwise expressly provided for herein, or as may be approved by this Court, the Applicants shall not grant any Encumbrances over any Property that rank in priority to, or pari passu with, any of the Charges unless the Applicants also obtain the prior written consent of the Monitor, the Interim Lender and the other beneficiaries of the Charges (collectively, the “**Chargees**”), or further Order of this Court.

44. **THIS COURT ORDERS** that the Charges shall not be rendered invalid or unenforceable and the rights and remedies of the Chargees thereunder shall not otherwise be limited or impaired in any way by (a) the pendency of these proceedings and the declarations of insolvency made herein; (b) any application(s) for bankruptcy order(s) or receivership order(s) issued pursuant to the BIA or otherwise, or any bankruptcy order or receivership order made pursuant to such applications; (c) the filing of any assignments for the general benefit of creditors made pursuant to the BIA; (d) the provisions of any federal or provincial statutes; or (e) any negative covenants, prohibitions or other similar provisions with respect to borrowings, incurring debt or the creation of Encumbrances, contained in any existing loan documents, lease, sublease, offer to lease or other agreement (collectively, an “**Agreement**”) which binds the Applicants, and notwithstanding any provision to the contrary in any Agreement:

- (a) neither the creation of the Charges nor the execution or delivery of any amendment or document pursuant to paragraph 35 hereof shall create or be deemed to constitute a breach by the Applicants of any Agreement to which they are a party;
- (b) None of the Chargees shall have any liability to any Person whatsoever as a result of any breach of any Agreement caused by or resulting from the creation of the Charges, the Interim Borrowings or the execution or delivery of any amendment or document pursuant to paragraph 35 hereof; and
- (c) the payments made by the Applicants pursuant to this Order, including with respect to the Existing Credit Facility or in respect of the Interim Borrowings and the granting of the Charges do not and will not constitute preferences, fraudulent conveyances, transfers at undervalue, oppressive conduct, or other challengeable or voidable transactions under any applicable law.

45. **THIS COURT ORDERS** that any Charge created by this Order over leases of real property in Canada shall only be a Charge in the Applicants' interests in such real property leases.

SERVICE AND NOTICE

46. **THIS COURT ORDERS** that the Monitor shall (a) without delay, publish in the Globe & Mail a notice containing the information prescribed under the CCAA; and (b) within five (5) days after the date of this Order, (i) make this Order publicly available in the manner prescribed under the CCAA, (ii) send, or cause to be sent, in the prescribed manner (including by electronic message to the e-mail addresses as last shown in the Applicants' books and records), a notice to all known creditors having a claim against the Applicants of more than \$1,000, and (iii) prepare a list showing the names and addresses of such creditors and the estimated amounts of those claims, and make it publicly available in the prescribed manner, all in accordance with Section 23(1)(a) of the CCAA and the regulations made thereunder, provided that the Monitor shall not make the claims, names and addresses of individuals who are creditors publicly available, unless otherwise ordered by the Court.

47. **THIS COURT ORDERS** that any employee of any of the Applicants who is sent a notice of termination of employment or any other communication by the Applicants after the date hereof shall be deemed to have received such communication by no later than 8:00 a.m. Eastern

Standard/Daylight Time on the fourth (4th) day following the date any such notice is sent, if such notice is sent by ordinary mail, expedited parcel or registered mail to the individual's address as reflected in the Applicants' books and records; provided, however, that any communication that is sent to an employee of the Applicants by electronic message to the individual's corporate email address and/or the individual's personal email address as last shown in the Applicants' books and records shall be deemed to have been received twenty-four (24) hours after the time such electronic message was sent, notwithstanding that any such notices of termination of employment or other employee communication was sent pursuant to any other means.

48. **THIS COURT ORDERS** that the E-Service Protocol of the Commercial List (the "**Protocol**") is approved and adopted by reference herein and, in this proceeding, the service of documents made in accordance with the Protocol (which can be found on the Commercial List website at <http://www.ontariocourts.ca//scj/practice/practice-directions/toronto/eservice-commercial/>) shall be valid and effective service. Subject to Rule 17.05 this Order shall constitute an order for substituted service pursuant to Rule 16.04 of the Rules of Civil Procedure. Subject to Rule 3.01(d) of the Rules of Civil Procedure and paragraph 21 of the Protocol, service of documents in accordance with the Protocol will be effective on transmission. This Court further orders that a case website shall be established in accordance with the Protocol with the following URL: www.alvarezandmarsal.com/TBRetail (the "**Monitor's Website**").

49. **THIS COURT ORDERS** that if the service or distribution of documents in accordance with the Protocol or the CCAA and the regulations thereunder is not practicable, the Applicants and the Monitor are at liberty to serve or distribute this Order, any other materials and orders in these proceedings, any notices or other correspondence, by forwarding copies thereof by prepaid ordinary mail, courier, personal delivery, facsimile transmission or electronic message to the Applicants' creditors or other interested parties at their respective addresses (including e-mail addresses) as last shown in the books and records of the Applicants and that any such service or distribution shall be deemed to be received on the earlier of (a) the date of forwarding thereof, if sent by electronic message on or prior to 5:00 p.m. Eastern Standard/Daylight Time (or on the next business day following the date of forwarding thereof if sent on a non-business day); (b) the next business day following the date of forwarding thereof, if sent by courier, personal delivery, facsimile transmission or electronic message sent after 5:00 p.m. Eastern Standard/Daylight Time;

or (c) on the third (3rd) business day following the date of forwarding thereof, if sent by ordinary mail.

50. **THIS COURT ORDERS** that the Applicants and the Monitor and their respective counsel are at liberty to serve or distribute this Order, any other materials and orders as may be reasonably required in these proceedings, including any notices, or other correspondence, by forwarding copies thereof by electronic message to the Applicants' creditors or other interested parties and their advisors. For greater certainty, any such distribution or service shall be deemed to be in satisfaction of a legal or judicial obligation, and notice requirements within the meaning of clause 3(c) of the Electronic Commerce Protection Regulations, Reg. 81000-2-175 (SOR/DORS).

COMEBACK HEARING

51. **THIS COURT ORDERS** that the comeback motion in these CCAA proceedings shall be heard on May 3, 2024 (the "**Comeback Hearing**").

GENERAL

52. **THIS COURT ORDERS** that the Applicants or the Monitor may from time to time apply to this Court to amend, vary or supplement this Order or for advice and directions in the discharge of their respective powers and duties hereunder.

53. **THIS COURT HEREBY REQUESTS** the aid and recognition of any court, tribunal, regulatory or administrative body having jurisdiction in Canada or in the United States, to give effect to this Order and to assist the Applicants, the Foreign Representative (as defined below), the Monitor and their respective agents in carrying out the terms of this Order. All courts, tribunals, regulatory and administrative bodies are hereby respectfully requested to make such orders and to provide such assistance to the Applicants, to the Foreign Representative and to the Monitor, as an officer of this Court, as may be necessary or desirable to give effect to this Order, to grant representative status to the Monitor in any foreign proceeding, or to assist the Applicants, the Foreign Representative and the Monitor and their respective agents in carrying out the terms of this Order.

54. **THIS COURT ORDERS** that the Applicants and the Monitor be at liberty and are hereby authorized and empowered to seek any relief deemed appropriate by them from the United States

Bankruptcy Court and apply to any court, tribunal, regulatory or administrative body, wherever located, for the recognition of this Order and for assistance in carrying out the terms of this Order, and that Ted Baker Canada is hereby authorized and empowered to act as the foreign representative (the “**Foreign Representative**”) in respect of the within proceedings for the purpose of having these proceedings recognized in a jurisdiction outside Canada, including acting as a foreign representative of the Applicants to apply to the United States Bankruptcy Court for relief pursuant to chapter 15 of the Bankruptcy Code.

55. **THIS COURT ORDERS** that any interested party (including the Applicants and the Monitor) may apply to this Court to vary or amend this Order at the Comeback Hearing on not less than five (5) calendar days’ notice to any other party or parties likely to be affected by the order sought or upon such other notice, if any, as this Court may order.

56. **THIS COURT ORDERS** that this Order and all of its provisions are effective as of 12:01 a.m. Eastern Standard/Daylight Time on the date of this Order.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'J. Black', is written over a horizontal line.

Black J.

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF TED BAKER CANADA INC., R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF TED BAKER CANADA INC., TED BAKER LIMITED,
OSL FASHION SERVICES CANADA INC., and OSL FASHION SERVICES, INC.

Applicants

Ontario
**SUPERIOR COURT OF JUSTICE
COMMERCIAL LIST**

Proceeding commenced at Toronto

INITIAL ORDER

OSLER, HOSKIN & HARCOURT LLP

1 First Canadian Place, P.O. Box 50
Toronto, ON M5X 1B8
Fax: 416.862.6666

Tracy C. Sandler (LSO# 32443N)

Tel: 416.862.5890

Email: tsandler@osler.com

Shawn Irving (LSO# 50035U)

Tel: 416.862.4733

Email: sirving@osler.com

Blair McRadu (LSO# 85586M)

Tel: 416.862.6665

Email: bmcradu@osler.com

Marleigh Dick (LSO# 79390S)

Tel: 416.862.4725

Email: mdick@osler.com

Lawyers for the Applicants

TAB 15

CITATION: *Pride Group Holdings Inc. et al.*, 2024 ONSC 2026
COURT FILE NO.: CV-24-00717340-00CL
DATE: 20240409

ONTARIO - SUPERIOR COURT OF JUSTICE – COMMERCIAL LIST

IN THE MATTER OF THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT, R.S.C. 1985, c. C-3, AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF PRIDE GROUP HOLDINGS INC. and those entities listed in Schedule "A" hereto

RE: Pride Group Holdings Inc., et al., Applicants

BEFORE: Peter J. Osborne J.

COUNSEL: *Leanne Williams, Rachel Nicholson and Puya Fesharaki*, for the Applicants
Raj Sahni, for the Directors and Officers
Olivia Mann-Foster, for Paccar Entities
Jeffrey Levine, for Roynat Inc. and The Bank of Nova Scotia
Stuart Brotman, for The Lending Syndicate
Shaun Parsons, for TD Equipment Finance Canada
John Salmas, for Bank of Montreal
Marc Wasserman, Harvey Chaiton and Blair McRadu, for Mitsubishi HC Capital
Brendan Bissell, for Versafinance US Corp.
Edmond Lamek, for Triumph Business Capital
Rania Hammad and Lee Nicholson, for MOVETRUST and Boat Capital LP
Elaine Gray and Kim Gage, for Daimler Truck Financial Services Canada Corporation and Daimler Truck Financial Services USA LLC
John MacDonald and Tracy Sandler, for RBC as Financial Service Agent
Caroline Descours, for Regions Bank, Regions Equipment Finance Corporation and Regions Commercial Equipment Finance LLC
Jamey Gage and Trevor Courtis, for Bennington Financial Corp.
Heather Meredith, for National Bank of Canada
Pamela Huff, Chris Bur, Daniel Loberto and Kevin Wu, for the Monitor, Ernst & Young Inc.

HEARD: April 5, 2024

ENDORSEMENT

- [1] This is the comeback hearing directed by Chief Justice Morawetz in the Endorsement and Initial Order of March 27, 2024.
- [2] The Applicants seek an amended and restated initial order (the “ARIO”) that, among other things:

- a. extends the Stay Period to and including June 30, 2024;
 - b. approves a debtor-in-possession (“DIP”) facility;
 - c. elevates the priority of the Charges as described below;
 - d. confirms that no person shall be entitled to set off amounts that are or may become due to any Pride Entity prior to the date of the Initial Order of March 27, 2024 with any amounts that are or may become due from any of the Pride Entities on or after the date of the Initial Order; and
 - e. approves each of the Governance Protocol, the Real Estate Monetization Plan, and the Intercompany and Unsecured Claims Preservation Protocol.
- [3] At the conclusion of the comeback hearing, I advised the parties that, notwithstanding the objections of certain parties discussed below who submitted that a shorter stay extension was appropriate, the requested stay extension to and including June 30, 2024 was granted, effective immediately, and that the DIP facility was approved, subject to one outstanding issue discussed below.
- [4] Given the number of parties involved, and the pace at which this matter was proceeding, there were discussions ongoing between the Applicants on the one hand and certain of the Respondents on the other hand (with the assistance of the Court-appointed Monitor) as to other relief sought and/or with respect to the exact wording that the parties were requesting be captured in the ARIO.
- [5] Accordingly, I directed the parties to continue those discussions, albeit for a very short period of time, with a view to narrowing or resolving the issues. I directed the Monitor to provide to me, by end of day yesterday, a revised form of draft order that included the additional language that had been agreed by the parties. I further directed that, to the extent that any issues remained outstanding, the Monitor was to identify those issues for me without further submissions from any party and I would determine those issues on the basis of submissions made at the hearing and the materials filed.
- [6] Late yesterday, counsel to the Monitor provided to me a revised version of the ARIO reflecting my rulings made at the conclusion of the hearing last Friday (such as the approval of the requested stay extension) as well as additional language reflecting the input of the stakeholders provided over the weekend to which the Applicants agreed, and which the Monitor approved and recommended as being reasonable and appropriate in the circumstances.
- [7] Finally, counsel to the Monitor provided to me proposed additional language to be included in the ARIO to which the Applicants and, importantly, the DIP Lender, did not agree, as follows:
- a. counsel for Bennington and MOVE Trust proposed, with the support of a number of other securitization funders, an exception to the paramouncy provision in

paragraph 53 of the draft ARIO to be captured with the addition of the following language after the words “notwithstanding any other provision of this Order”: except paragraphs 5, 12, 13, 13A and 14 in relation to Securitization Party Assets; and

- b. counsel to Triumph Business Capital requested that the DIP Charge be expressly subject to a carveout to be captured in paragraph 61 of the draft ARIO in respect of the assets of the Applicant, Arnold Transportation Services, in the amount of USD \$3 million in favour of Triumph. Counsel to the Applicants (with the consent of the DIP Lenders and the recommendation of the Monitor) are agreeable to a carveout, but maintain the position advanced at the conclusion of the hearing last Friday following a brief adjournment in order for counsel to the DIP Lender to obtain instructions in this regard (at my request), that such carveout have a maximum of CDN \$3 million.

- [8] I will address in this Endorsement all of the relief sought by the Applicants.
- [9] Defined terms in this Endorsement have the meaning given to them in the Endorsement of Chief Justice Morawetz dated March 27, 2024 or the motion materials, unless otherwise stated.
- [10] The Applicants rely on the Affidavit of Randall Benson sworn April 2, 2024 together with Exhibits thereto, the Affidavit of Sulakhan Johal sworn March 26, 2024 together with Exhibits thereto, the Pre-Filing Report of the Monitor dated March 27, 2024, and the First Report of the Monitor dated April 4, 2024.
- [11] The background to, and context of, this Application are fully set out in the Endorsement of the Chief Justice. However, additional events have transpired since that first hearing. As noted above, events continue to transpire, given the rapid pace of this proceeding.
- [12] Pursuant to the Initial Order, the Applicants obtained creditor protection which included, among other things:
 - a. a stay of proceedings to and including April 6, 2024 in favour of the Applicants and the limited partnerships set out in Schedule “A” to the Initial Order (collectively, the “Pride Entities”), together with certain related companies and personal guarantors as described in the Initial Order;
 - b. the appointment of Ernst & Young Inc. as the Court-appointed Monitor;
 - c. the appointment of R.C. Benson Consulting Inc. as Chief Restructuring Officer and authorization for the CRO to act as foreign representative of the Pride Entities, including in respect of the proceedings commenced by the Applicants under Chapter 15 of the United States Bankruptcy Code;

- d. an order that the Pride Entities comply with the Governance Protocol which permitted them to continue selling trucks in the ordinary course of business, subject to the terms of that Governance Protocol;
- e. an order that service of the Notice of Application on any claimant who has filed a lien under the *Repair and Storage Lien Act* under the Personal Property Registry in any Canadian jurisdiction against any of the Pride Entities, together with the cover letter with directions to access the website of the Monitor, constituted sufficient service of this Application, and all future motions; and
- f. approval of the Administration Charge and the Directors' Charge.

- [13] On April 1, 2024, the CRO, in its capacity as foreign representative, filed a voluntary Chapter 15 petition for certain of the Pride Entities in the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware seeking recognition of the Initial Order.
- [14] For the reasons below, I am satisfied that the relief sought by the Applicants on this comeback hearing should be granted as set out in this Endorsement.
- [15] The proposed stay extension to and including June 30, 2024 is necessary and appropriate in the circumstances to provide time for the continued operation of the business of the Pride Entities while the Applicants determine the appropriate next steps to be taken to further the necessary restructuring.
- [16] No party opposed a stay extension. However, a number of Respondents submitted that a shorter stay extension, such as 30 days, should be granted. In my view, the requested stay extension is appropriate in the circumstances. I observe that June 30 is approximately six weeks away, with the result that the additional period of time in dispute is relatively modest: two – three weeks.
- [17] Moreover, while there has clearly been a period during which there was a lack of transparency and visibility resulting in a corresponding lack of trust or confidence of various stakeholders in the Applicants (which is what underlies the request for a short extension), that period predated the commencement of this proceeding. This Court is now engaged in a supervisory role, and the Monitor will have a very active role as a Court officer, alongside the CRO.
- [18] Among the overarching objectives of this proceeding, and those that are specifically sought to be advanced through the Governance Protocol discussed below, are to increase visibility, transparency and fairness. In my view, no party will be materially prejudiced by the extra two – three weeks requested, and the requested time will be necessary for the Applicants, with the assistance of the Monitor and CRO, to determine the sequence and timing of next steps in an efficient manner.
- [19] As I observed to all present at the hearing of this motion, and while I intend to ensure the procedural and substantive fairness to all parties, it is imperative to minimize the number of Court attendances requiring the vast number of counsel, as were present at this hearing,

in order that costs can be minimized and recoveries can be maximized. Moreover, given the recognition proceedings ongoing in the United States, any order approving a stay extension made by this Court would necessitate a recognition motion in the US proceeding, with associated time and expense required.

- [20] I am satisfied that the Applicants and the Pride Entities have acted in good faith and with due diligence and continue to do so. I am also satisfied that, provided that the DIP Facility is approved, the Applicants will have sufficient liquidity to fund operations during the proposed extension period, all as reflected in the projected cash flows appended to the First Report. The Monitor supports the proposed stay extension.
- [21] Accordingly, the stay extension is approved pursuant to subsections 11.02(2) and (3) of the CCAA.
- [22] The DIP Facility is also approved. It is clear that the Pride Entities require interim financing to provide stability, continue going-concern operations and restructure their business. The DIP Facility has been negotiated by the Applicants, in consultation with the Monitor and the CRO, in the maximum principal amount of \$30 million, with the Royal Bank of Canada, on behalf of itself and as Agent to the Syndicate Lenders (the “DIP Agent”), all pursuant to the DIP Term Sheet dated April 1, 2024.
- [23] The DIP Term Sheet includes the following material terms, among others:
- a. financing will be provided pursuant to a \$30 million, non-revolving multiple advance facility, which includes a \$6.5 million initial advance;
 - b. the term is until June 30, 2024 as may be extended to September 30, 2024;
 - c. interest is payable at the Canadian prime rate from time to time in effect, plus 250 bps;
 - d. certain amounts are required to be applied to repay the DIP Facility, including all payments received by any of the Pride Entities outside the ordinary course of business, whether disclosed or not in the DIP Budget and which exceed \$1 million individually or in the aggregate; and, subject to the Governance Protocol and the ARIIO, all proceeds from the sale of Secured Assets which proceeds are not contemplated in the DIP Budget and are not subject to a security interest in favour of a third-party financier ranking in priority to the security interest of the Administrative Agent as of the Filing Date.

The DIP Term Sheet also requires that certain amounts be applied as against the Pre-Filing Secured Obligations of the Syndicate Lenders, including amounts paid in respect of Pre-Filing intercompany advances by the Pride Entities and all amounts paid to the Administrative Agent in respect of Pre-Filing Secured Obligations in accordance with the Real Property Monetization Plan and Governance Protocol, in each case, subject to an opinion from counsel to the Monitor confirming entitlement to such amounts; and

e. there is a commitment fee of \$200,000.

- [24] The DIP Facility is to be secured by a Court-ordered charge (the “DIP Lenders’ Charge”), and it requires that an Intercompany Advances Charge also be granted to secure all payments made after the date of the ARIO by one Pride Entity to another in favour of the entity advancing such amount.
- [25] I am satisfied that the DIP Facility is necessary to maintain for the time being the business of the Applicants as a going concern, and that the terms are appropriate and competitive in the circumstances. I am also satisfied that the proposed DIP Lenders’ Charge should be approved. It is, not surprisingly, a condition of the DIP Facility.
- [26] This Court has jurisdiction pursuant to section 11.2 of the CCAA to approve interim financing and grant a corresponding charge in an amount that the Court considered appropriate.
- [27] DIP financing will be ordered where the benefits of financing to all stakeholders outweigh potential prejudice to some creditors. Even where it can be established that a creditor may be prejudiced, this factor is only one factor to be considered in equal measure with the other factors set out in section 11.2(4): *Re AbitibiBowater Inc.*, 2009 QCCS 6453 at paras. 16 and 37; *League Assets Corp. (Re)*, 2013 BCSC 2043 at para. 51; and *Pacific Shores Resort & Spa Ltd. (Re)*, 2011 BCSC 1775 at para. 49(f).
- [28] For all of the above reasons, I am satisfied that the factors set out in section 11.2(4), and the section 11.2(1) factors enumerated by the court in *CanWest Publishing Inc.*, 2010 ONSC 222, have been satisfied here. Clearly, the DIP Facility will enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made. Notice has been given to secured creditors and service has been effected on all known affected parties. The Monitor supports both the DIP Facility and the corresponding DIP Lenders’ Charge.
- [29] Finally, the DIP Lenders’ Charge will not prime any valid and enforceable security interest of third-party financiers in specific vehicle and lease collateral or any valid and enforceable mortgage in favour of a third-party mortgagee, which rank in priority to the Syndicate Lenders’ Security.
- [30] No viable restructuring is possible without the DIP Facility, and the business of the Pride Entities is already in serious jeopardy. Additional and immediate funding is critical. The quantum of that funding has been calculated in good faith by the Applicants with the active involvement of the Monitor. Given the number of lenders with security interests in assets of the Pride Group, the state of its operations and its books and records (which impair any due diligence by any third party lender), as well as the significant involvement of the Syndicate Lenders in the discussions leading up to the CCAA filing and their willingness to provide interim financing, it is far from clear that there would be any other viable alternatives, let alone any alternatives on commercially competitive terms.

- [31] I am satisfied that with the assistance of both the Monitor and the Chief Restructuring Officer (“CRO”) to continue to monitor operations, approval of the DIP Facility and the corresponding DIP Lenders’ Charge is appropriate.
- [32] I decline to add the additional language creating an exception to the paramountcy provision proposed by Bennington and MOVE Trust (supported by other securitization funders) referred to above. First, the DIP Agent has confirmed that these proposed changes are not acceptable and, as observed above, there is at least today, no alternative to the proposed DIP Facility which I am satisfied is critical and needs to be approved now. Moreover, the ARIO contains the usual comeback clause permitting any party to seek to vary or amend the terms of the ARIO on seven days’ notice if and as necessary.
- [33] With respect to the proposed carve-out sought by Triumph, as noted above, the Applicants and the DIP Lenders have agreed to such a carveout, in principle. I am satisfied that this is appropriate given that, at least on the evidence to date (including but not limited to the very late-breaking affidavit of Mr. Daniel Mourning of Triumph sworn April 5, 2024 and delivered just prior to the comeback hearing), it is not clear that Arnold is a borrower or included in any of the consolidated financial statements of the Pride Entities, and nor is it clear that Arnold requires any intercompany advances or advances under the DIP to continue operations. I am satisfied that the carveout is appropriate.
- [34] However, I am also satisfied that the compromise (a significant one) agreed to on very short notice by the DIP Lenders and the Applicants that the carveout have a maximum of CDN \$3 million is appropriate. I observe that even the Mourning Affidavit describes the customer receivables purchased by Triumph as having a value of “approximately” USD \$3.3 million. The exact amount is not certain in the record, and I am satisfied that the potential prejudice to Triumph, if indeed there is any, that could result from my declining to increase the carveout by the incremental amount representing the difference between CDN \$3 million and USD \$3 million, is more than outweighed by the potential prejudice of the DIP Facility not being approved today.
- [35] I am also satisfied that all four priority charges and their relative priority are appropriate and should be approved and/or continued. At the initial hearing presided over by the Chief Justice, the priority of the Administration Charge and the Directors’ Charge was deferred since that hearing proceeded effectively on an *ex parte* basis and notice of the charges had not been provided to stakeholders as is required by the CCAA.
- [36] The Initial Order of the Chief Justice granted an Administration Charge in the maximum amount of \$2 million and a Directors’ Charge in the maximum amount of \$4.1 million. The quantum of each was determined in consultation with the Monitor, but related only to the initial 10-day stay period.
- [37] I am satisfied that the proposed increase in the maximum amount of the Administration Charge to \$3 million and the proposed increase in the maximum amount of the Directors’ Charge to \$7.4 million are both appropriate. The increased quantum for each charge was again determined by the Monitor with a view to the proposed extension of the stay of

proceedings to June 30, 2024. The Monitor submits that, in its opinion, the increases are reasonable and supports approval thereof. No party today challenges the quantum of the proposed increase of those charges.

- [38] In my view, the proposed quantum of each is appropriate. The proposed increase in the quantum of the Administration Charge was foreshadowed in the affidavit of Mr. Johal sworn in support of the Initial Order, so stakeholders have been on notice of this for some time. The increased quantum reflects the estimated financial exposure during the proposed stay extension period as well as the estimated payment cycles of the Pride Entities, and in my view is appropriate, having considered the relevant factors: see *CanWest*, at para. 54. Pursuant to section 11.52 of the *CCAA*, it is approved.
- [39] I am also satisfied that the Intercompany Advances Charge is appropriate. Pursuant to the proposed Preservation Protocol discussed below, the Pride Entities would be entitled to continue to utilize their centralized cash management system currently in place, and that includes the ability to make intercompany transfers. This in turn includes the authority for one Pride Entity to advance amounts to a recipient Pride Entity, and for such recipient to borrow from the lending Pride Entity the amounts advanced in order to fund its ongoing operations (referred to in the materials as the “Intercompany Advances”).
- [40] Moreover, the DIP Facility permits the advance of funds from one DIP Borrower to another, and the requested relief would help to ensure that stakeholders, including but not limited to the DIP Lenders, are not prejudiced by the movement of such funds.
- [41] It follows that a corresponding charge in favour of the lending Pride Entity is appropriate. This is consistent with the overarching objective of maintaining the status quo and avoiding, particularly at this early stage, inadvertently altering relative priorities or rights of creditors of different Pride Entities within the group.
- [42] Where the operations and expenses of debtor companies are funded in the ordinary course through intercompany advances, *CCAA* courts have found it to be appropriate to approve the continuation of those arrangements and to grant a corresponding charge: *Re Performance Sports Group Ltd.*, 2016 ONSC 6800 at paras. 33-35 [Performance Sports Group]; and *Walter Energy Canada Holdings, Inc., (Re)*, 2016 BCSC 107 at paras. 62-67 [Walter Energy].
- [43] I am further satisfied that the proposed increase in the Directors’ Charge is appropriate as was also previewed in the Initial Affidavit. Established by the Applicants in consultation with the Monitor, it reflects approximately two weeks of payroll, one month of Canadian sales tax obligations, and one month of US state sales and use taxes, income taxes and payroll taxes that attract director and officer liability in the jurisdictions in which those entities operate during the proposed stay extension period, all in addition to the current accrued vacation pay and current unremitted source deductions.
- [44] For all of these reasons, I am satisfied that the Directors’ Charge should be approved pursuant to section 11.51 of the *CCAA*.

- [45] The general jurisdiction of the court found in section 11 of the CCAA includes the ability to make orders that it thinks appropriate. The express power to grant a critical supplier's charge found in section 11.4 does not remove the inherent jurisdiction of the court to grant other critical supplier protections, including provision for the payment of pre-filing amounts to suppliers whose services are critical to the post-filing operations of the debtor: *CanWest*, at para. 50.
- [46] A supplier is "critical", or can be, where the particular goods or services are sufficiently integrated into the operations of the debtor company that it would be materially disruptive to the operations and restructuring of the debtor for the particular supplier to cease providing such services and/or it would be difficult or impossible to secure an alternate supplier: *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303 at paras. 62-65; and *Re Clover Leaf Holdings Company*, 2019 ONSC 6966 at paras. 24-27.
- [47] In my view, the particular circumstances of this case justify the proposed authorization for the Pride Entities to pay certain pre-filing amounts, including (with the consent of both the Monitor and the CRO), any amounts owing for goods, services or tolls if the payment is necessary to preserve value, together with insurance premiums that were accrued but unpaid as of the date of filing.
- [48] The ARIO sought today contemplates the following priorities among charges:
- a. first, the Administration Charge;
 - b. second, the Intercompany Advances Charge;
 - c. third, the DIP Lenders' Charge; and
 - d. fourth, the Directors' Charge.
- [49] The ARIO would further provide that the Directors' Charge shall, subject to the priorities listed above, rank in priority to all other Encumbrances except for any validly perfected and enforceable security interest of third-party financiers in specific vehicle and lease collateral; and any valid and enforceable mortgage in favour of a third-party mortgagee, in each case, including for greater certainty, such interests in favour of the Administrative Agent and Syndicate Lenders under the Security.
- [50] For the reasons set out above, I am satisfied that the proposed priority of the charges is appropriate. It, too, is supported by the Monitor and no party at the hearing seriously contested the proposed relative priorities.
- [51] In addition, the proposed ARIO provides that no person shall be entitled to set off amounts that are or may become due to any Pride Entity prior to the date of the Initial Order with any amounts that are or may become due from any of the Pride Entities on or after the date of the Initial Order, or are or may become due from any of the Pride Entities in respect of obligations arising prior to the date of the ARIO with any amounts that are or may become due to any of the Pride Entities in respect of obligations arising on or after the date of the

Initial Order without the prior written consent of the applicable Pride Entity, the CRO and the Monitor, or further Order of this Court.

- [52] I observe that such accords with the law as it now stands in any event: see ss. 11 and 11.02 of the CCAA and *Montréal (City) v. Deloitte Restructuring Inc.*, 2021 SCC 53 at para. 62. Moreover, any stakeholder ought not to be prejudiced by this language in that they can seek an order lifting the stay of proceedings if and as necessary. I am satisfied, however, that the proposed language should be included in the ARIO given that certain creditors of Pride Entities have suggested, or taken steps in furtherance of, setting off pre-filing obligations against post-filing obligations. It is important that there be clarity in this regard.
- [53] I am also satisfied that the Protocols Order is appropriate and should be approved. The Protocols Order provides for Court approval of the Governance Protocol, the Real Estate Monetization Plan, and the Intercompany and unsecured Claims Preservation Protocol. None of these proposed protocols is opposed. The Protocols are fully supported by the Monitor as well as the Syndicate Lenders and the Directors & Officers. In my view, each of them is appropriate. The protocols, and particularly the Governance Protocol, achieve that objective.
- [54] The Governance Protocol provides for reasonable controls and oversight over cash proceeds and provides sufficient scrutiny that distributions and remittances are made in accordance with the rights of all stakeholders considered. The overarching objective, as observed above, is to create an environment of visibility, transparency and fairness, and to maintain the status quo particularly in this early phase of this restructuring, where there remain many unknowns.
- [55] It is important to observe that the Governance Protocol is not intended to be a final and determinative document describing how revenues of the Pride Group will be dealt with. Rather, it is intended to provide short-term stability, predictability and equality of treatment for lenders.
- [56] To this end, I further observe that a number of stakeholders have made submissions to the effect that their consent or lack of opposition to the approval of the Governance Protocol is not to be taken as any agreement as to the appropriateness of its terms, for all time. Approval today of the Governance Protocol is without prejudice to the rights of any stakeholder to make submissions as to proposed amendments or variations at a later date.
- [57] The Real Estate Monetization Plan (also referred to in the materials as the Real Estate Protocol) provides for the requirement that the Pride Entities list for sale all of the real property by no later than May 1, 2024 or such later date as the DIP Agent may agree under the direction of the CRO. At my direction, approval of the Monitor is also required.
- [58] It appears that one very significant source of potential recoveries will be the realization of net proceeds from the sale of real property. I am satisfied that the Real Estate Monetization Plan provides for the maximization of such recoveries on an accelerated basis, but does so in an orderly way, and subject to appropriate oversight to ensure that it is in the best

interests of the stakeholders to sell a particular parcel of real property as opposed to keeping it for going concern operations. Proceeds will be dealt with in accordance with the terms of the DIP Term Sheet, the Preservation Protocol and any relevant orders of this Court.

- [59] The Intercompany and Unsecured Claims Preservation Protocol provides that, after repayment of specific property mortgages registered on title to the real properties once sold, any net proceeds of sale are pooled in accordance with the mechanisms described in that Protocol, with the objective of preserving claims in the priority and manner as they would have attached to the real properties, until distributions of such proceeds are made.
- [60] I am further satisfied that this is appropriate. Certain mortgage lenders of the Pride Entities have provided financing for several real properties which has been cross collateralized as against other real properties. This Protocol ensures that any inequity that could result from the timing of the sale of such properties are minimized. Such inequities could arise from the timing of the sale of a property since certain properties are subject to intercompany claims and others are not.
- [61] This Protocol was designed to implement a mechanism to permit mortgagees to be repaid from proceeds of monetization of properties in their respective Mortgage Pools (as defined in the Preservation Protocol) as and when they are sold, but the distribution of proceeds to claimants of sold properties mimics, to the greatest extent possible in the circumstances, the realization to which they would have been entitled had the properties in each Mortgage Pool not been cross collateralized.
- [62] The Pride Entities will seek an order from this Court authorizing any distribution from the net proceeds of sale of any properties to the relevant mortgagee at the same time as they seek an order approving the sale of that property. Remaining net proceeds after such distributions will be held by the Monitor.
- [63] Following the sale of all property in a Mortgage Pool, the Pride Entities, in consultation with the Monitor, the CRO and the DIP Agent, will seek approval of any distribution to claimants with the same nature and priority as they had immediately prior to the sale, with respect to those properties that have been sold.
- [64] For all of these reasons, the requested relief is approved. ARIO and Protocols Order to go in the form signed by me today. Both orders have immediate effect without the necessity of issuing and entering.
- [65] The Monitor will schedule the next hearing, to address any requested revisions to the Governance Protocol, expected in approximately two weeks' time, through the Commercial List Office.

Osborne J.

TAB 16

Ville de Montréal *Appellant*

v.

Deloitte Restructuring Inc. *Respondent*

and

**Alaris Royalty Corp.,
Integrated Private Debt Fund V LP,
Thornhill Investments Inc.,
Ville de Laval and
Union des municipalités du Québec**
Intervenors

**INDEXED AS: MONTRÉAL (CITY) v. DELOITTE
RESTRUCTURING INC.**

2021 SCC 53

File No.: 39186.

2021: May 20; 2021: December 10.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté,
Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Bankruptcy and insolvency — Stay of creditors' rights and remedies — Claims that may be dealt with by compromise or arrangement — Compensation between debt arising before and debt arising after initial order — Quebec Voluntary Reimbursement Program — Whether claim arising from agreement entered into under Quebec Voluntary Reimbursement Program is necessarily claim that relates to debt or liability resulting from obtaining property or services by false pretences or fraudulent misrepresentation pursuant to s. 19(2)(d) of Companies' Creditors Arrangement Act — Whether supervising judge's discretion in restructuring context allows judge to stay right invoked by creditor to effect compensation between debt arising before and debt arising after initial order — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11, 11.02, 19(2)(d), 21 — Act to ensure mainly the recovery of amounts improperly paid as a result of fraud or fraudulent tactics in connection with public contracts, CQLR,

Ville de Montréal *Appelante*

c.

Restructuration Deloitte Inc. *Intimée*

et

**Alaris Royalty Corp.,
Integrated Private Debt Fund V LP,
Thornhill Investments Inc.,
Ville de Laval et
Union des municipalités du Québec**
Intervenantes

**RÉPERTORIÉ : MONTRÉAL (VILLE) c.
RESTRUCTURATION DELOITTE INC.**

2021 CSC 53

N° du greffe : 39186.

2021 : 20 mai; 2021 : 10 décembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Faillite et insolvabilité — Suspension des droits et recours des créanciers — Réclamations considérées dans le cadre des transactions ou arrangements — Compensation entre une dette née avant et une dette née après l'ordonnance initiale — Programme québécois de remboursement volontaire — Une créance découlant d'une entente conclue dans le cadre du Programme québécois de remboursement volontaire constitue-t-elle nécessairement une réclamation se rapportant à une dette ou obligation résultant de l'obtention de biens ou de services par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits aux termes de l'al. 19(2)d) de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies? — Le pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge surveillant dans le contexte d'une restructuration lui permet-il de suspendre le droit d'opérer compensation entre une dette née avant et une dette née après l'émission d'une ordonnance initiale qu'invoque un créancier? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 11, 11.02,

c. R-2.2.0.0.3 — Voluntary Reimbursement Program, CQLR, c. R-2.2.0.0.3, r. 1.

In August 2018, the Superior Court made an initial order by which SM Group, a consulting engineering firm, became subject to proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA"). The order stayed the rights and remedies of creditors, among other things, and appointed a monitor. Following that order, SM Group continued to perform work for Ville de Montréal ("City"). However, the City refused to pay for that work and invoked its right to effect compensation between what it owed SM Group and two claims it allegedly had against SM Group that arose before the initial order. Those claims are related to the application of the *Act to ensure mainly the recovery of amounts improperly paid as a result of fraud or fraudulent tactics in connection with public contracts* ("Bill 26") and, according to the City, result from fraud on SM Group's part. The first claim arises from a settlement agreement entered into under the Voluntary Reimbursement Program ("VRP") that resulted from Bill 26 ("VRP claim"). The second claim is based on a proceeding brought by the City against SM Group, in which it claimed money from SM Group for allegedly having participated in collusion in relation to a call for tenders for a water meter contract.

In response to the City's refusal to pay for the work done by SM Group after the initial order, the monitor applied for a declaratory judgment stating that compensation could not be effected with respect to the amounts owed by the City to SM Group. The supervising judge granted the application. The Court of Appeal reached the same conclusion as the supervising judge: that the compensation invoked by the City could not be effected. It found that a claim relating to fraud falling within s. 19(2)(d) of the CCAA is not an exception to the rule stated in *Quebec (Agence du revenu) v. Kitco Metals Inc.*, 2017 QCCA 268, whereby compensation between debts arising before and after an initial order ("pre-post compensation") is prohibited. It was also of the view that the City had not proved that s. 19(2)(d) applied to its claims. Finally, with regard to the water meter contract claim, the Court of Appeal agreed with the supervising judge that the conditions for judicial compensation were not met, since the certainty, liquidity and exigibility of that claim had to be determined later in a proceeding other than that of the restructuring case.

19(2)d), 21 — *Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3 — *Programme de remboursement volontaire*, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3, r. 1.

En août 2018, la Cour supérieure rend une ordonnance initiale assujettissant Groupe SM, une firme de génie-conseil, à des procédures déposées en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC »). L'ordonnance suspend notamment les droits et recours des créanciers et nomme un contrôleur. Postérieurement à cette ordonnance, Groupe SM continue à effectuer des travaux dont bénéficie la Ville de Montréal. La Ville refuse toutefois de payer ces travaux et invoque son droit d'opérer compensation entre ce qu'elle doit à Groupe SM et deux créances, nées avant l'ordonnance initiale, qu'elle prétend détenir contre celui-ci. Ces créances sont liées à l'application de la *Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics* (« Loi 26 ») et, selon la Ville, résulteraient de fraude de Groupe SM. La première créance découle d'une entente de règlement intervenue dans le cadre du Programme de remboursement volontaire (« PRV ») issu de la Loi 26 (« créance PRV »). La seconde créance est fondée sur un recours intenté par la Ville contre Groupe SM dans lequel elle lui réclame de l'argent au motif qu'il aurait participé à une collusion relativement à l'appel d'offres du contrat des compteurs d'eau.

En réponse au refus de la Ville de payer les travaux effectués par Groupe SM après l'émission de l'ordonnance initiale, le contrôleur demande un jugement déclaratoire portant que les sommes dues à Groupe SM par la Ville ne peuvent faire l'objet de compensation. La juge surveillante accueille la demande. À l'instar de cette dernière, la Cour d'appel conclut que la compensation invoquée par la Ville ne peut s'opérer. Elle estime qu'une créance relative à la fraude visée par l'al. 19(2)d) de la LACC ne constitue pas une exception à la règle énoncée dans l'arrêt *Québec (Agence du revenu) c. Métaux Kitco inc.*, 2017 QCCA 268, 46 C.B.R. (6th) 173, selon laquelle la compensation entre des dettes nées avant et après l'émission d'une ordonnance initiale (« compensation pré-post ») est interdite. Elle est également d'avis que la Ville n'a pas prouvé que ses créances sont visées par l'al. 19(2)d). Enfin, en ce qui concerne la créance relative au contrat des compteurs d'eau, la Cour d'appel, tout comme la juge surveillante, estime que les conditions de la compensation judiciaire ne sont pas réunies, le caractère certain, liquide et exigible de cette créance devant être déterminé postérieurement dans une autre instance que celle du dossier de restructuration.

Held (Brown J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe and Martin JJ.: First, a claim arising from an agreement entered into under the VRP is not necessarily a claim that relates to a debt resulting from fraud pursuant to s. 19(2)(d) of the *CCAA*. In this case, the City has not shown that the VRP claim relates to a debt resulting from fraud within the meaning of that provision. Second, with regard to pre-post compensation, a supervising judge has the discretion to stay the exercise of a right to pre-post compensation, or set-off, invoked by a creditor under the civil law or the common law. However, the supervising judge may refuse to stay this right, or may lift such a stay, only in exceptional circumstances, given the high disruptive potential of this form of compensation. In the case at bar, the initial order stayed the City's right to pre-post compensation, and it would not be appropriate to lift the stay in relation to the claims in issue.

To answer the question with respect to compensation in the context of this appeal, the Court must first determine whether a claim arising from an agreement entered into under the VRP is necessarily a "claim that relates to" a "debt or liability resulting from obtaining property or services by false pretences or fraudulent misrepresentation" pursuant to s. 19(2)(d) of the *CCAA*.

The first step in characterizing the VRP claim is to distinguish, for the purposes of the *CCAA*, claims that are subject to a compromise or arrangement from those that are not. Section 19(2) provides, by way of exception, that certain claims may not be dealt with by a compromise or arrangement, including those that result from fraud. To prove that its claim relates to a debt resulting from obtaining property or services by false pretences or fraudulent misrepresentation pursuant to s. 19(2)(d), a creditor has the burden of establishing, on a balance of probabilities, the following four elements: (i) the debtor made a representation to the creditor; (ii) the representation was false; (iii) the debtor knew that the representation was false; (iv) the false representation was made to obtain property or a service.

In this case, the City did not try to prove or even allege any of these elements. The content of the VRP agreement, Bill 26 and the regulation made under it ("VRP

Arrêt (le juge Brown est dissident) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe et Martin : Premièrement, une créance découlant d'une entente conclue dans le cadre du PRV n'est pas nécessairement une réclamation se rapportant à une dette qui résulte de fraude aux termes de l'al. 19(2)d) de la *LACC*. En l'occurrence, la Ville n'a pas démontré que la créance PRV se rapporte à une dette qui résulte de fraude au sens de cette disposition. Deuxièmement, en ce qui concerne la compensation pré-post, le juge surveillant possède le pouvoir discrétionnaire de suspendre l'exercice du droit à la compensation pré-post invoqué par un créancier en vertu du droit civil ou de la common law. Toutefois, le juge surveillant peut refuser de suspendre ou lever la suspension du droit à la compensation pré-post dans des circonstances exceptionnelles seulement, considérant le fort potentiel perturbateur de cette forme de compensation. En l'espèce, l'ordonnance initiale a suspendu le droit de la Ville à la compensation pré-post, et il n'est pas indiqué de lever cette suspension pour ce qui est des créances en litige.

Pour trancher la question relative à la compensation dans le contexte du présent pourvoi, la Cour doit d'abord déterminer si une créance découlant d'une entente conclue dans le cadre du PRV constitue nécessairement une « réclamation se rapportant à » une « dette ou obligation résultant de l'obtention de biens ou de services par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits » aux termes de l'al. 19(2)d) de la *LACC*.

Pour qualifier la créance PRV, il faut d'abord distinguer, au sens de la *LACC*, les réclamations compromises par la transaction ou l'arrangement de celles qui ne le sont pas. Le paragraphe 19(2) prévoit exceptionnellement que certaines réclamations ne peuvent être compromises dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement, notamment celles découlant de fraude. Afin de démontrer que sa créance est une réclamation qui se rapporte à une dette résultant de l'obtention de biens ou de services par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits aux termes de l'al. 19(2)d), le créancier intéressé a le fardeau d'établir, par prépondérance des probabilités, les quatre éléments suivants : (i) le débiteur lui a fait une représentation; (ii) cette représentation était fautive; (iii) le débiteur savait que la représentation était fautive; (iv) cette fautive représentation a été faite dans le but d'obtenir un bien ou un service.

En l'espèce, la Ville n'a pas cherché à prouver ni même à alléguer l'un ou l'autre de ces éléments. Il est donc nécessaire d'interpréter le contenu de l'entente PRV, la

Regulation”) must therefore be interpreted to determine whether the VRP claim may be dealt with by a compromise or arrangement. This interpretation exercise confirms that s. 19(2)(d) of the *CCAA* does not apply to the VRP claim.

First, it is clearly stipulated in the VRP agreement entered into by the parties that the amount fixed in the agreement can in no way be considered to constitute an admission of liability. As a result, it cannot be presumed that the VRP claim is a claim that falls within s. 19(2)(d) of the *CCAA*.

Second, Bill 26 and the VRP Regulation do not create a statutory presumption or a presumption of fact that a debtor made fraudulent representations to a public body. The use of the words “may have been” in s. 3 of Bill 26 and in s. 1 of the VRP Regulation to describe the purpose of the VRP indicates that fraud is a possibility rather than a certainty. Section 7 of the VRP Regulation supports this point, since it states that the fact that a natural person or an enterprise participates in the VRP does not constitute an admission of liability or of a fault committed by the natural person or enterprise. The fault in question in s. 7 is a matter of civil liability and is limited to the public contract to which a VRP agreement pertains. Where the legislature intends to refer to penal or criminal proceedings, or to civil proceedings outside the scope of a VRP agreement, it does so expressly. This interpretation is confirmed when s. 7 of the VRP Regulation is read in conjunction with s. 8.

The City is wrong to say that reading ss. 1, 3 and 10 of Bill 26 together leads to the conclusion that a natural person or enterprise that participated in the VRP necessarily defrauded a public body. Although s. 1 of Bill 26 does not refer to fraud as being hypothetical, s. 3 of Bill 26 and s. 1 of the VRP Regulation are clear: the substantive provisions of Bill 26 and the VRP Regulation contemplate fraud only hypothetically. Finally, the two schemes created by Bill 26 must not be confused. Section 10 states that fraud was committed, but this section is part of the scheme introduced by Chapter III (ss. 10 to 17), which applies to judicial proceedings brought against a natural person or enterprise that allegedly participated in fraud in relation to a public contract, and not part of the VRP scheme introduced by Chapter II (ss. 3 to 9). It is up to the courts to conclude that fraud has been committed, and the existence of fraud will be recognized by a court only under the Chapter III scheme, which did not take effect until the VRP scheme introduced by Chapter II ended. The reference to s. 10 in s. 3 merely serves to specify the natural persons

Loi 26 ainsi que son règlement d’application (« règlement PRV ») pour déterminer si la créance PRV peut être considérée dans le cadre d’une transaction ou d’un arrangement. Cet exercice d’interprétation confirme que la créance PRV n’est pas visée par l’al. 19(2)d) de la *LACC*.

En premier lieu, il est clairement stipulé dans l’entente PRV intervenue entre les parties que la somme convenue dans celle-ci ne peut en aucun cas être assimilée à une admission de responsabilité. On ne saurait donc présumer que la créance PRV constitue une réclamation visée à l’al. 19(2)d) de la *LACC*.

En deuxième lieu, la Loi 26, tout comme le règlement PRV, ne créent pas une présomption légale ou factuelle de l’existence de représentations frauduleuses de la part d’un débiteur à l’endroit d’un organisme public. L’emploi du conditionnel à l’art. 3 de la Loi 26 et à l’art. 1 du règlement PRV pour décrire l’objet du PRV signale que la fraude est une éventualité, par opposition à quelque chose de certain. L’article 7 du règlement PRV appuie ce constat puisqu’il précise que le fait pour une personne physique ou une entreprise de se prévaloir du PRV ne constitue pas une reconnaissance de responsabilité ni une admission qu’elle a commis une faute. La faute dont il est question à l’art. 7 relève de la responsabilité civile et se limite au contrat public visé par l’entente PRV. Lorsque le législateur entend faire référence à des procédures de nature pénale ou criminelle, ou encore à des recours civils se situant hors du champ de l’entente PRV, il le fait expressément. L’article 7 du règlement PRV, lu conjointement avec l’art. 8, confirme cette interprétation.

La Ville a tort de dire qu’une lecture conjointe des art. 1, 3 et 10 de la Loi 26 mène à une conclusion que la personne physique ou l’entreprise qui participe au PRV a nécessairement fraudé un organisme public. Bien que l’art. 1 de la Loi 26 ne traite pas de la fraude à titre hypothétique, l’art. 3 de la Loi 26 et l’art. 1 du règlement PRV sont clairs : les dispositions substantielles de la Loi 26 et du règlement PRV ne considèrent la fraude que de façon hypothétique. Enfin, il ne faut pas confondre les deux régimes créés par la Loi 26. L’article 10 énonce qu’une fraude a été commise, mais celui-ci fait partie du régime introduit par le chapitre III (art. 10 à 17) qui est applicable aux recours judiciaires intentés contre une personne physique ou une entreprise qui aurait participé à une fraude visant un contrat public, et non du régime du PRV, introduit par le chapitre II (art. 3 à 9). Il appartient aux tribunaux de conclure qu’une fraude a été commise, et la reconnaissance judiciaire de l’existence d’une fraude n’intervient que dans le régime propre au chapitre III, lequel entre en vigueur seulement lorsque le régime du

to whom the VRP applies. Accordingly, the City has not shown that the VRP claim falls within s. 19(2)(d) of the CCAA. Neither the content of the VRP agreement nor its legal framework supports a presumption that SM Group admitted to having committed a fraudulent act.

Furthermore, a right to pre-post compensation, or set-off, invoked by a creditor under the civil law or the common law can be stayed by a court under ss. 11 and 11.02 of the CCAA. Under s. 11.02 of the CCAA, a court may stay any action, suit or other proceeding that might be brought against the debtor company. While at first glance the language of this provision limits the power to order a stay to judicial proceedings, the courts have taken a large and liberal approach in interpreting the scope of the rights and remedies that can be included in a stay order. A court has the power to stay rights held by creditors if the exercise of those rights could jeopardize the restructuring process. This includes a creditor's right to effect pre-post compensation. Such an interpretation advances the CCAA's remedial objectives and is consistent with its scheme.

In the vast majority of cases, an initial order will, and should, stay a creditor's right to set up pre-post compensation against the debtor. However, a court may in its discretion refuse to impose such a prohibition or, if pre-post compensation was stayed by the order, lift the stay at a later date to allow an interested creditor to assert its rights. The absolute prohibition against pre-post compensation imposed by the Quebec Court of Appeal in *Kitco* must therefore be tempered. However, a court must be cautious before allowing such a form of compensation, given its high disruptive potential.

Moreover, s. 21 of the CCAA does not grant creditors a right to pre-post compensation that would be shielded from a supervising judge's power to order a stay under ss. 11 and 11.02 of the CCAA. Read in light of its context, its purpose and the scheme of the CCAA, s. 21 is limited to authorizing compensation between debts that arise before an initial order is made ("pre-pre compensation") for the purpose of quantifying creditors' claims on the date of commencement of proceedings. This provision does not have the effect of authorizing pre-post compensation. That being said, s. 21 of the CCAA does not prohibit this form of compensation either. It follows that a supervising judge

PRV, introduit par le chapitre II, prend fin. Le renvoi à l'art. 10 dans l'art. 3 ne sert qu'à préciser quelles sont les personnes physiques visées par le PRV. En conséquence, la Ville n'a pas démontré que la créance PRV relevait de l'al. 19(2)d) de la LACC. Ni le contenu de l'entente PRV ni le cadre juridique qui lui est propre ne permettent de présumer que Groupe SM a admis avoir commis un acte frauduleux.

Par ailleurs, le droit à la compensation pré-post invoqué par un créancier en vertu du droit civil ou de la common law peut être suspendu par un tribunal en application des art. 11 et 11.02 de la LACC. L'article 11.02 de la LACC permet de suspendre toute action, poursuite ou autre procédure pouvant être intentée contre la compagnie débitrice. Bien que le texte de cette disposition limite à première vue aux procédures judiciaires l'application du pouvoir de suspension, la jurisprudence interprète de manière large et libérale l'étendue des droits et recours susceptibles d'être inclus dans une ordonnance de suspension. Le tribunal est habilité à suspendre des droits reconnus aux créanciers mais dont l'exercice serait susceptible de mettre en péril la restructuration, y compris le droit d'opérer compensation pré-post. Une telle interprétation favorise les objectifs réparateurs de la LACC, en plus d'être cohérente avec l'économie de cette loi.

Dans la très vaste majorité des cas, l'ordonnance initiale suspendra, et devrait suspendre, le droit d'un créancier d'opposer à la débitrice la compensation pré-post. En revanche, le tribunal peut à sa discrétion refuser d'imposer une telle interdiction ou, si la compensation pré-post a été suspendue par l'ordonnance, lever cette suspension par la suite pour permettre à un créancier intéressé de faire valoir ses droits. L'interdiction absolue énoncée par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Kitco* à l'égard de la compensation pré-post doit donc être tempérée. Cependant, le tribunal doit faire preuve de prudence avant de permettre une telle forme de compensation, considérant son fort potentiel perturbateur.

En outre, l'art. 21 de la LACC ne confère pas aux créanciers un droit à la compensation pré-post qui serait à l'abri du pouvoir de suspension dont dispose le juge surveillant en vertu des art. 11 et 11.02 de la LACC. Lu à la lumière de son contexte, de son objet et de l'esprit de la LACC, l'art. 21 se limite à autoriser la compensation entre des dettes nées avant le prononcé de l'ordonnance initiale (« compensation pré-pré ») aux fins de quantification des réclamations des créanciers au jour de l'ouverture. Cette disposition n'a pas pour effet d'autoriser la compensation pré-post. Cela dit, l'art. 21 de la LACC n'a pas non plus pour effet d'interdire cette forme de compensation. Il

retains the discretion to stay or to authorize the exercise of a right to pre-post compensation, or set-off, invoked by a creditor under the civil law or the common law.

In exercising its discretion under the *CCAA*, a court must keep three baseline considerations in mind: (1) the appropriateness of the order being sought, (2) due diligence and (3) good faith on the applicant's part. The first consideration relates both to the order itself and to the means that are employed. It is assessed in light of the *CCAA*'s remedial objectives, which include protecting the public interest. In very specific circumstances, a court could conclude that protection of the public interest and the *CCAA*'s other remedial objectives justify authorizing pre-post compensation in favour of a creditor that has proved that it was a victim of fraud within the meaning of s. 19(2)(d) of the *CCAA*. However, the court should take care not to reduce the public interest to the interests of a particular creditor or group of creditors. The second consideration is also important because it discourages parties from sitting on their rights and ensures that creditors do not strategically manoeuvre or position themselves to gain an advantage.

In the case at bar, the words of the stay order made by the Superior Court are broad enough to stay pre-post compensation, and it would not be appropriate to lift the stay in relation to the VRP claim. Because the City has not proved the alleged fraud and has not relied, in support of its position, on any of the *CCAA*'s remedial objectives other than protecting the public interest, it has not discharged its burden of proving that the order being sought is appropriate. In addition, the City did not act with the diligence expected in *CCAA* proceedings.

With regard to the water meter contract claim, the Superior Court agreed to lift the stay of proceedings to allow the City to establish the existence and amount of its claim in that case. That order did not authorize the City to withhold the amounts owed to SM Group for the work subsequent to the initial order with a view to effecting compensation if the City was successful in the case relating to the water meter contract. In the circumstances, an order allowing the City to withhold the amounts owed to SM Group pending the outcome of that case would not be appropriate for the same reasons as those relating to the VRP claim.

s'ensuit que le juge surveillant conserve le pouvoir discrétionnaire de suspendre ou d'autoriser l'exercice du droit à la compensation pré-post invoqué par un créancier en vertu du droit civil ou de la common law.

Dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère la *LACC*, le tribunal doit garder à l'esprit trois considérations de base : (1) l'opportunité de l'ordonnance sollicitée, (2) la diligence et (3) la bonne foi du demandeur. La première considération vise tout autant l'ordonnance elle-même que les moyens utilisés et s'évalue au regard des objectifs réparateurs de la *LACC*, dont la protection de l'intérêt public. Dans des circonstances bien particulières, le tribunal pourrait conclure que la protection de l'intérêt public, de même que les autres objectifs réparateurs de la *LACC*, justifient d'autoriser la compensation pré-post en faveur d'un créancier qui a démontré avoir été victime de fraude au sens de l'al. 19(2)d) de la *LACC*. Par contre, le tribunal doit se garder de réduire l'intérêt public à l'intérêt d'un créancier ou d'un groupe de créanciers en particulier. La deuxième considération est également importante étant donné qu'elle 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.

Dans la présente affaire, les termes de l'ordonnance de suspension rendue par la Cour supérieure sont suffisamment larges pour suspendre la compensation pré-post et il n'est pas indiqué de lever cette suspension en ce qui concerne la créance PRV. Puisque la Ville n'a pas apporté la preuve de la fraude alléguée et n'a pas invoqué un objectif réparateur de la *LACC* autre que la protection de l'intérêt public au soutien de sa position, elle ne s'est pas déchargée du fardeau qui lui incombait d'établir le caractère indiqué de l'ordonnance sollicitée. Au surplus, la Ville n'a pas fait montre de la diligence attendue dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*.

Pour ce qui est de la créance relative au contrat des compteurs d'eau, la Cour supérieure a accepté de lever la suspension des procédures pour permettre à la Ville d'établir l'existence et le montant de sa créance dans ce dossier. Cette ordonnance n'a pas autorisé la Ville à retenir les sommes dues à Groupe SM pour les travaux postérieurs à l'ordonnance initiale en vue d'opérer compensation dans l'éventualité où elle aurait gain de cause dans le dossier relatif au contrat des compteurs d'eau. Dans les circonstances, une ordonnance permettant à la Ville de retenir les sommes dues à Groupe SM jusqu'au dénouement du litige relatif au contrat des compteurs d'eau ne serait pas indiquée pour les mêmes motifs que ceux relatifs à la créance PRV.

Per Brown J. (dissenting): The appeal should be allowed solely for the purpose of remanding the case to the Superior Court so it can decide whether the City may effect pre-post compensation for the VRP claim and whether compensation is available in respect of the water meter claim. There is agreement with the majority that a supervising judge has a discretion under s. 11 of the CCAA as to whether to allow a creditor to effect pre-post compensation, or set-off. However, this discretion is not limited solely to the exceptional circumstances the majority describes. The scope of s. 21 of the CCAA is not limited to pre-pre compensation; pre-post compensation is permitted, but must be subject to the exercise of a supervising judge's discretion. Moreover, nothing in s. 21 of the CCAA prohibits judicial compensation.

The approach taken by the Quebec Court of Appeal in *Kitco*, according to which pre-post compensation will never be authorized under the CCAA, involves several errors and must be rejected. To begin with, the Court of Appeal erred in relying on a judgment rendered by the Court in the context of a bankruptcy under the *Bankruptcy and Insolvency Act* (“BIA”). Although the scheme established by the CCAA and the one established by the BIA must be viewed as an integrated body of insolvency law, there remain many differences between them, including two that are fundamental. First, when an insolvent company has recourse to the CCAA, it continues its business activities and is not divested of its property in favour of a third party, unlike with the measures put in place under the BIA that vest the bankrupt's property in a trustee. There is thus no loss of mutuality under the CCAA. This mutuality, which survives the initial order, is what makes compensation possible under the CCAA, unlike under the BIA. Secondly, the scheme established by the CCAA is flexible and allows creative solutions to be put forward to achieve the objective of restructuring a financially distressed company, in contrast to the BIA, which provides a set of pre-established rules. The CCAA's provisions must be interpreted expansively to enable its remedial objectives to be achieved. Because of these objectives, a broad discretion is also conferred on supervising judges by s. 11 of the CCAA. This discretion has no equivalent in the BIA.

Next, the state of the law elsewhere in Canada is clear: pre-post set-off is possible under the CCAA, subject to a supervising judge's discretion to stay such set-off having

Le juge Brown (dissident) : L'appel devrait être accueilli à seule fin de retourner le dossier devant la Cour supérieure pour qu'il soit décidé, d'une part, si la Ville peut opérer compensation pré-post à l'égard de la créance PRV et, d'autre part, si la réclamation à l'égard des compteurs d'eau donne ouverture à compensation. Il y a accord avec l'avis de la majorité portant que le juge surveillant possède, en vertu de l'art. 11 de la LACC, le pouvoir discrétionnaire d'autoriser ou non un créancier à opérer compensation pré-post. Cependant, ce pouvoir n'est pas limité aux seules circonstances exceptionnelles décrites par la majorité. Le champ d'application de l'art. 21 de la LACC n'est pas restreint à la compensation pré-pré; la compensation pré-post est permise, mais doit être assujettie à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant. De plus, rien dans l'art. 21 de la LACC n'interdit la compensation judiciaire.

L'approche établie par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Kitco*, selon laquelle la compensation pré-post ne sera jamais autorisée en vertu de la LACC, contient plusieurs erreurs et doit être rejetée. Tout d'abord, la Cour d'appel s'appuie erronément sur un arrêt de la Cour rendu dans un contexte de faillite sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI »). Or, bien que le régime établi par la LACC et celui établi par la LFI doivent être perçus comme un ensemble intégré de règles du droit de l'insolvabilité, de nombreuses différences persistent entre ceux-ci, dont deux distinctions fondamentales. Premièrement, lorsque l'entreprise insolvable a recours à la LACC, elle continue ses opérations commerciales et n'est pas dessaisie de ses biens au profit d'un tiers, contrairement aux mesures mises en place en vertu de la LFI, suivant lesquelles le syndic obtient la saisine des biens du failli. Il n'y a donc pas de perte de réciprocité sous le régime de la LACC. Cette réciprocité, qui subsiste au-delà de l'ordonnance initiale, est ce qui rend possible la compensation en vertu de la LACC, par opposition à la LFI. Deuxièmement, le régime établi par la LACC est flexible et permet de mettre de l'avant des solutions créatives afin d'atteindre l'objectif de restructuration d'une entreprise en difficultés financières, par contraste avec la LFI, qui prévoit un ensemble de règles préétablies. Les dispositions de la LACC doivent être interprétées largement afin de permettre la réalisation de ses objectifs réparateurs, en raison desquels un vaste pouvoir discrétionnaire est également conféré au juge surveillant par l'art. 11 de la LACC. Ce pouvoir n'a pas d'équivalent dans la LFI.

Ensuite, l'état du droit ailleurs au Canada est clair : la compensation pré-post est possible sous le régime de la LACC, sous réserve du pouvoir discrétionnaire du juge

regard to its effects on the status quo period, the underlying objectives of this period, the advancement of efforts to reach an arrangement, and the remedial objectives of the CCAA. The approach proposed in *Kitco* has created an asymmetry between the interpretation given to s. 21 of the CCAA by the Quebec courts and the interpretation given to it by the courts of other Canadian provinces, which is contrary to the principle of homogenous interpretation of federal statutes.

Lastly, staying the remedies of an insolvent company's creditors under the CCAA to allow the company to develop a plan of arrangement is of critical importance. However, where a plan of arrangement cannot be contemplated and the insolvent company will be liquidated or sold in any event, to conclude that pre-post compensation is never allowed could be unfair to the company's creditors with claims that are certain, liquid and exigible. In such cases, the creditors' remedies will be stayed indefinitely and they will never be able to effect pre-post compensation, since the insolvent company will become an "empty shell" after the sale. Moreover, allowing pre-post compensation will not have the effect of derailing the company's restructuring process, as there is no such process in this situation.

In the instant case, there is no need to decide whether the VRP claim must be characterized as a claim based on "false pretences or fraudulent misrepresentation" within the meaning of s. 19(2)(d) of the CCAA. Section 21 of the CCAA must be interpreted as allowing pre-post compensation regardless of whether a claim results from fraud for the purposes of s. 19(2)(d). It is true that proof that the debt underlying a claim is fraudulent is a relevant factor in the exercise of a supervising judge's discretion to permit pre-post compensation; however, whether the City's VRP claim results from fraud is a question to be decided by the supervising judge, not by the Court.

Given that the supervising judge did not exercise her discretion under s. 11 of the CCAA, believing herself to be bound by the conclusions of the Quebec Court of Appeal in *Kitco*, it is not for the Court to exercise that discretion in order to determine whether to permit pre-post compensation. Supervising judges are in the best position to decide whether to exercise their discretion in a particular case. In cases involving an exercise of discretion by a court of first

surveillant d'en suspendre l'application pour tenir compte des incidences de la compensation pré-post sur la période de statu quo et de ses objectifs sous-jacents, du bon déroulement des efforts déployés pour réaliser un arrangement et des objectifs réparateurs de la LACC. L'approche avancée dans l'arrêt *Kitco* crée une asymétrie entre l'interprétation de l'art. 21 de la LACC par les tribunaux du Québec et par les tribunaux d'autres provinces canadiennes, qui va à l'encontre du principe de l'interprétation uniforme des lois fédérales.

Enfin, la suspension, en vertu de la LACC, des recours des créanciers d'une entreprise insolvable afin de permettre à celle-ci d'élaborer un plan d'arrangement revêt une importance cruciale. Par contre, lorsqu'un plan d'arrangement n'est pas envisageable et que l'entreprise insolvable sera de toute manière liquidée ou vendue, conclure que la compensation pré-post n'est jamais permise pourrait être injuste pour les créanciers de cette entreprise ayant une créance certaine, liquide et exigible. En effet, dans ces cas, les recours des créanciers seront suspendus indéfiniment et ils ne pourront jamais exercer compensation pré-post, l'entreprise insolvable étant devenue après la vente une « coquille vide ». Par ailleurs, permettre la compensation pré-post n'aura pas comme effet de faire dérailler le processus de restructuration de l'entreprise, ce processus étant alors inexistant.

En l'espèce, il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si la créance PRV doit être qualifiée de réclamation fondée sur des « faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits » au sens de l'al. 19(2)d) de la LACC. L'article 21 de la LACC doit être interprété comme permettant d'opérer compensation pré-post, peu importe qu'il s'agisse ou non d'une réclamation qui découle d'une fraude au sens de l'al. 19(2)d). Certes, la démonstration du caractère frauduleux de la dette à l'origine d'une créance constitue un facteur pertinent dans l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire de permettre la compensation pré-post; cependant, la question de savoir si la créance PRV de la Ville résulte d'une fraude est une question à laquelle il appartient à la juge surveillante de répondre, et non à la Cour.

Étant donné que, s'estimant liée par les conclusions de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Kitco*, la juge surveillante n'a pas exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 11 de la LACC, il ne revient pas à la Cour de l'exercer afin de décider s'il y a lieu d'autoriser ou non la compensation pré-post. Les juges surveillants sont les mieux placés pour décider s'ils doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée.

instance, it is not in the interests of justice for the Court to step into that court's shoes and decide these matters.

Cases Cited

By Wagner C.J. and Côté J.

Overruled: *Quebec (Agence du revenu) v. Kitco Metals Inc.*, 2017 QCCA 268; **considered:** *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, aff'd 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCSC 1382, 28 C.B.R. (6th) 147; *Air Canada, Re* (2003), 45 C.B.R. (4th) 13; **referred to:** *R. v. Fedele*, 2018 QCCA 1901; *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. 522; *Léger v. Ouellet*, 2011 QCCA 1858; *Dupuis v. Cernato Holdings Inc.*, 2019 QCCA 376; *Berger, Re*, 2010 ONSC 4376, 70 C.B.R. (5th) 225; *Lambert v. Macara*, [2004] R.J.Q. 2637; *Canada Mortgage and Housing Corp. v. Gray*, 2014 ONCA 236, 119 O.R. (3d) 710; *Terrain DEV Immobilier inc. v. Charron*, 2021 QCCA 417; *Pelletier v. CAE Rive-Nord*, 2019 QCCA 2164; *Tavan v. Rostami*, 2014 QCCA 304; *Guilbert v. Economical Mutual Insurance Co.*, 2020 MBQB 179, [2021] I.L.R. ¶I-6280; *Sharma v. Sandhu*, 2019 MBQB 160; *Royal Bank of Canada v. Hejna*, 2013 ONSC 1719; *Re Horwitz* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 102, aff'd (1985), 53 C.B.R. (N.S.) 275; *Agriculture Financial Services Corp. v. Zaborski*, 2009 ABQB 183, 58 C.B.R. (5th) 301; *Szeto, Re*, 2014 BCSC 1563, 15 C.B.R. (6th) 255; *The Toronto-Dominion Bank v. Merenick*, 2007 BCSC 1261; *Johnson v. Erdman*, 2007 SKQB 223, 34 C.B.R. (5th) 108; *Coyle (Bankrupt), Re*, 2011 NSSC 238, 304 N.S.R. (2d) 369; *Meridian Developments Inc. v. Toronto Dominion Bank* (1984), 32 Alta. L.R. (2d) 150; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Quinsam Coal Corp., Re*, 2000 BCCA 386, 20 C.B.R. (4th) 145; *Muscletech Research & Development Inc., Re* (2006), 19 C.B.R. (5th) 54; *Parc industriel Laprade inc. v. Conporec inc.*, 2008 QCCA 2222, [2008] R.J.Q. 2590; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105; *Smoky River Coal Ltd., Re*, 1999 ABCA 179, 71 Alta. L.R. (3d) 1; *Associated Investors of Canada Ltd. (Manager of) v. Principal Savings & Trust Co. (Liquidator of)* (1993), 13 Alta. L.R. (3d) 115; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Stein v. Blake*, [1996] 1 A.C. 243; *Woodward's*

Dans les affaires qui reposent sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un tribunal de première instance, il n'est pas dans l'intérêt de la justice que la Cour se mette à la place de ce tribunal et tranche ces questions.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner et la juge Côté

Arrêt rejeté : *Québec (Agence du revenu) c. Métaux Kitco inc.*, 2017 QCCA 268, 46 C.B.R. (6th) 173; **arrêts examinés :** *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, conf. par 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCSC 1382, 28 C.B.R. (6th) 147; *Air Canada, Re* (2003), 45 C.B.R. (4th) 13; **arrêts mentionnés :** *R. c. Fedele*, 2018 QCCA 1901; *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. 522; *Léger c. Ouellet*, 2011 QCCA 1858; *Dupuis c. Cernato Holdings Inc.*, 2019 QCCA 376; *Berger, Re*, 2010 ONSC 4376, 70 C.B.R. (5th) 225; *Lambert c. Macara*, [2004] R.J.Q. 2637; *Canada Mortgage and Housing Corp. c. Gray*, 2014 ONCA 236, 119 O.R. (3d) 710; *Terrain DEV Immobilier inc. c. Charron*, 2021 QCCA 417; *Pelletier c. CAE Rive-Nord*, 2019 QCCA 2164; *Tavan c. Rostami*, 2014 QCCA 304; *Guilbert c. Economical Mutual Insurance Co.*, 2020 MBQB 179, [2021] I.L.R. ¶I-6280; *Sharma c. Sandhu*, 2019 MBQB 160; *Royal Bank of Canada c. Hejna*, 2013 ONSC 1719; *Re Horwitz* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 102, conf. par (1985), 53 C.B.R. (N.S.) 275; *Agriculture Financial Services Corp. c. Zaborski*, 2009 ABQB 183, 58 C.B.R. (5th) 301; *Szeto, Re*, 2014 BCSC 1563, 15 C.B.R. (6th) 255; *The Toronto-Dominion Bank c. Merenick*, 2007 BCSC 1261; *Johnson c. Erdman*, 2007 SKQB 223, 34 C.B.R. (5th) 108; *Coyle (Bankrupt), Re*, 2011 NSSC 238, 304 N.S.R. (2d) 369; *Meridian Developments Inc. c. Toronto Dominion Bank* (1984), 32 Alta. L.R. (2d) 150; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Quinsam Coal Corp., Re*, 2000 BCCA 386, 20 C.B.R. (4th) 145; *Muscletech Research & Development Inc., Re* (2006), 19 C.B.R. (5th) 54; *Parc industriel Laprade inc. c. Conporec inc.*, 2008 QCCA 2222, [2008] R.J.Q. 2590; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105; *Smoky River Coal Ltd., Re*, 1999 ABCA 179, 71 Alta. L.R. (3d) 1; *Associated Investors of Canada Ltd. (Manager of) c. Principal Savings & Trust Co. (Liquidator of)* (1993), 13 Alta. L.R. (3d) 115; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre*

Ltd., Re (1993), 79 B.C.L.R. (2d) 257; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24; *Hawkair Aviation Services Ltd., Re*, 2006 BCSC 669, 22 C.B.R. (5th) 11; *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Canadian Red Cross Society/Société canadienne de la Croix-Rouge, Re* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299.

By Brown J. (dissenting)

Quebec (Agence du revenu) v. Kitco Metals Inc., 2017 QCCA 268; *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 52, [2005] 2 S.C.R. 564; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *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. 522; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105; *Cam-Net Communications v. Vancouver Telephone Co.*, 1999 BCCA 751, 71 B.C.L.R. (3d) 226; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, aff'd 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116; *Re Just Energy Corp.*, 2021 ONSC 1793; *Crystallex International Corp., Re*, 2012 ONSC 6812, 100 C.B.R. (5th) 132; *Air Canada, Re* (2003), 45 C.B.R. (4th) 13; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCSC 1382, 28 C.B.R. (6th) 147; *Canadian Broadcasting Corp. v. Manitoba*, 2021 SCC 33, [2021] 2 S.C.R. 704.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act and the Income Tax Act, S.C. 1997, c. 12.

Act to ensure mainly the recovery of amounts improperly paid as a result of fraud or fraudulent tactics in connection with public contracts, CQLR, c. R-2.2.0.0.3, ss. 1, Chapter II, 3 to 9, Chapter III, 10 to 17.

Act to give effect to the Charbonneau Commission recommendations on political financing, S.Q. 2016, c. 18.

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 71, 97(3), 121(1), 178(1)(e).

Civil Code of Québec, art. 2849.

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 6(1), Part II, 11, 11.01, 11.02, 11.08, 11.1, Part III, 19, 20, 21, 32.

Integrity in Public Contracts Act, S.Q. 2012, c. 25.

Voluntary Reimbursement Program, CQLR, c. R-2.2.0.0.3, r. 1, ss. 1, 4, 7, 8.

du Revenu national, [1995] 3 R.C.S. 453; *Stein c. Blake*, [1996] 1 A.C. 243; *Woodward's Ltd., Re* (1993), 79 B.C.L.R. (2d) 257; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24; *Hawkair Aviation Services Ltd., Re*, 2006 BCSC 669, 22 C.B.R. (5th) 11; *Ernst & Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Canadian Red Cross Society/Société canadienne de la Croix-Rouge, Re* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299.

Citée par le juge Brown (dissident)

Québec (Agence du revenu) c. Métaux Kitco inc., 2017 QCCA 268, 46 C.B.R. (6th) 173; *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 52, [2005] 2 R.C.S. 564; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *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. 522; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105; *Cam-Net Communications c. Vancouver Telephone Co.*, 1999 BCCA 751, 71 B.C.L.R. (3d) 226; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, conf. par 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116; *Re Just Energy Corp.*, 2021 ONSC 1793; *Crystallex International Corp., Re*, 2012 ONSC 6812, 100 C.B.R. (5th) 132; *Air Canada, Re* (2003), 45 C.B.R. (4th) 13; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCSC 1382, 28 C.B.R. (6th) 147; *Société Radio-Canada c. Manitoba*, 2021 CSC 33, [2021] 2 R.C.S. 704.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 2849.

Loi donnant suite aux recommandations de la Commission Charbonneau en matière de financement politique, L.Q. 2016, c. 18.

Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et la Loi de l'impôt sur le revenu, L.C. 1997, c. 12.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 71, 97(3), 121(1), 178(1)e).

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 6(1), partie II, 11, 11.01, 11.02, 11.08, 11.1, partie III, 19, 20, 21, 32.

Loi sur les liquidations et les restructurations, L.R.C. 1985, c. W-11, art. 73(1).

Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics, L.Q. 2012, c. 25.

Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de

Winding-up and Restructuring Act, R.S.C. 1985, c. W-11, s. 73(1).

Authors Cited

- Alberta. Court of Queen's Bench. *Alberta Template CCAA Initial Order*, January 2019 (online: [https://www.albertacourts.ca/docs/default-source/qb/cal01---2470918-v2-ccaa-order-\(alberta\)---jagr-markup65b9d3391b316d6b9fc9ff00001037d2.pdf?sfvrsn=e986ad80_4](https://www.albertacourts.ca/docs/default-source/qb/cal01---2470918-v2-ccaa-order-(alberta)---jagr-markup65b9d3391b316d6b9fc9ff00001037d2.pdf?sfvrsn=e986ad80_4); archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_1_eng.pdf).
- Anderson, A. Robert, Thomas Gelbman and Benjamin Pullen. "Recent Developments in the Law of Set-off", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2009*. Toronto: Carswell, 2010, 1.
- Boucher, Bernard. "Procédures en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*", dans *JurisClasseur Québec — Collection Droit des affaires — Faillite, insolvabilité et restructuration*, par Stéphane Rousseau, dir. Montréal: LexisNexis, 2010, fascicule 14 (feuilles mobiles mises à jour avril 2021, envoi n° 20).
- British Columbia. Supreme Court. *Model CCAA Initial Order*, August 1, 2015 (online: https://www.bccourts.ca/supreme_court/practice_and_procedure/practice_directions/civil/CCAA_Model_Initial_Order.docx; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_2_eng.pdf).
- Brochu, Denis. *Précis de la faillite et de l'insolvabilité*, 5^e éd. Montréal: LexisNexis, 2016.
- Code civil du Québec: Annotations — Commentaires 2020-2021*, 5^e éd. par Benoît Moore, dir., et autres. Montréal: Yvon Blais, 2020.
- Edwards, Stanley E. "Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act" (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587.
- Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 3, 4th ed. rev. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2021, release 3).
- Keay, Andrew. "Insolvency Law: A Matter of Public Interest?" (2000), 51 *N. Ir. Legal Q.* 509.
- McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2019.
- Morin, Luc, and Guillaume-Pierre Michaud. "Set-Off and Compensation in Insolvency Restructuring under the BIA/CCAA: After the *Kitco* and *Beyond the Rack Decisions*", in Janis P. Sarra and Barbara Romaine,

manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3, art. 1, chapitre II, 3 à 9, chapitre III, 10 à 17.

Programme de remboursement volontaire, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3, r. 1, art. 1, 4, 7, 8.

Doctrine et autres documents cités

- Alberta. Cour du Banc de la Reine. *Alberta Template CCAA Initial Order*, January 2019 (en ligne : [https://www.albertacourts.ca/docs/default-source/qb/cal01---2470918-v2-ccaa-order-\(alberta\)---jagr-markup65b9d3391b316d6b9fc9ff00001037d2.pdf?sfvrsn=e986ad80_4](https://www.albertacourts.ca/docs/default-source/qb/cal01---2470918-v2-ccaa-order-(alberta)---jagr-markup65b9d3391b316d6b9fc9ff00001037d2.pdf?sfvrsn=e986ad80_4); version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_1_eng.pdf).
- Anderson, A. Robert, Thomas Gelbman and Benjamin Pullen. « Recent Developments in the Law of Set-off », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2009*, Toronto, Carswell, 2010, 1.
- Boucher, Bernard. « Procédures en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* », dans *JurisClasseur Québec — Collection Droit des affaires — Faillite, insolvabilité et restructuration*, par Stéphane Rousseau, dir., Montréal, LexisNexis, 2010, fascicule 14 (feuilles mobiles mises à jour avril 2021, envoi n° 20).
- Brochu, Denis. *Précis de la faillite et de l'insolvabilité*, 5^e éd., Montréal, LexisNexis, 2016.
- Code civil du Québec : Annotations — Commentaires 2020-2021*, 5^e éd. par Benoît Moore, dir., et autres, Montréal, Yvon Blais, 2020.
- Colombie-Britannique. Cour suprême. *Model CCAA Initial Order*, August 1, 2015 (en ligne : https://www.bccourts.ca/supreme_court/practice_and_procedure/practice_directions/civil/CCAA_Model_Initial_Order.docx; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_2_eng.pdf).
- Edwards, Stanley E. « Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587.
- Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 3, 4th ed. rev., Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2021, release 3).
- Keay, Andrew. « Insolvency Law : A Matter of Public Interest? » (2000), 51 *N. Ir. Legal Q.* 509.
- McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2019.
- Morin, Luc, and Guillaume-Pierre Michaud. « Set-Off and Compensation in Insolvency Restructuring under the BIA/CCAA : After the *Kitco* and *Beyond the Rack Decisions* », in Janis P. Sarra and Barbara Romaine,

- eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*. Toronto: Thomson Reuters, 2017, 311.
- Ontario. Superior Court of Justice. Commercial List. *Initial Order*, January 21, 2014 (online: <https://www.ontariocourts.ca/scj/files/forms/com/intitial-order-CCAA-EN.doc>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_3_eng.pdf).
- Quebec. Superior Court. Commercial Division. *Initial Order*, May 2014 (online: https://www.barreaudemontreal.qc.ca/sites/default/files/frm-ordonnanceinitiale_mai2014.doc; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_4_eng.pdf).
- 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.
- Sarra, Janis P., Geoffrey B. Morawetz and L. W. Houlden. *The 2020-2021 Annotated Bankruptcy And Insolvency Act*. Toronto: Thomson Reuters, 2020.
- Saskatchewan. Court of Queen's Bench. *Saskatchewan Template CCAA Initial Order*, December 6, 2017 (online: <https://sasklawcourts.ca/wp-content/uploads/2021/07/QB1.CCAAINitialOrder.docx>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_5_eng.pdf).
- Thornton, Robert. "Air Canada and Stelco: Legal Developments and Practical Lessons", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2006*. Toronto: Thomson/Carswell, 2007, 73.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.
- eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*, Toronto, Thomson Reuters, 2017, 311.
- Ontario. Cour supérieure de justice. Rôle des affaires commerciales. *Ordonnance initiale*, 21 janvier 2014 (en ligne : <https://www.ontariocourts.ca/scj/files/forms/com/intitial-order-CCAA-FR.doc>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_3_fra.pdf).
- Québec. Cour supérieure. Chambre commerciale. *Ordonnance initiale*, mai 2014 (en ligne : https://www.barreaudemontreal.qc.ca/sites/default/files/frm-ordonnanceinitiale_mai2014.doc; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_4_fra.pdf).
- 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.
- Sarra, Janis P., Geoffrey B. Morawetz and L. W. Houlden. *The 2020-2021 Annotated Bankruptcy And Insolvency Act*, Toronto, Thomson Reuters, 2020.
- Saskatchewan. Cour du Banc de la Reine. *Saskatchewan Template CCAA Initial Order*, December 6, 2017 (en ligne : <https://sasklawcourts.ca/wp-content/uploads/2021/07/QB1.CCAAINitialOrder.docx>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_5_eng.pdf).
- Thornton, Robert. « Air Canada and Stelco : Legal Developments and Practical Lessons », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2006*, Toronto, Thomson/Carswell, 2007, 73.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochette, Healy and Ruel JJ.A.), 2020 QCCA 438, [2020] J.Q. n° 1852 (QL), 2020 CarswellQue 1987 (WL Can.), affirming a decision of Coriveau J., 2019 QCCS 2316, [2019] J.Q. n° 4840 (QL), 2019 CarswellQue 5032 (WL Can.). Appeal dismissed, Brown J. dissenting.

Raphaël Lescop and Eleni Yiannakis, for the appellant.

Guy P. Martel and Danny Duy Vu, for the respondent.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rochette, Healy et Ruel), 2020 QCCA 438, [2020] J.Q. n° 1852 (QL), 2020 CarswellQue 1987 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Coriveau, 2019 QCCS 2316, [2019] J.Q. n° 4840 (QL), 2019 CarswellQue 5032 (WL Can.). Pourvoi rejeté, le juge Brown est dissident.

Raphaël Lescop et Eleni Yiannakis, pour l'appelante.

Guy P. Martel et Danny Duy Vu, pour l'intimée.

Alain Tardif, for the interveners the Alaris Royalty Corp. and the Integrated Private Debt Fund V LP.

Luc Béliveau, for the intervenor Thornhill Investments Inc.

Elizabeth Ferland, for the intervenor Ville de Laval.

Marc Duchesne, for the intervenor Union des municipalités du Québec.

English version of the judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe and Martin JJ. delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND CÔTÉ J. —

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Facts</u>	6
III. <u>Judicial History</u>	14
A. <i>Quebec Superior Court, 2019 QCCS 2316 (Corriveau J.)</i>	14
B. <i>Quebec Court of Appeal, 2020 QCCA 438 (Rochette and Healy J.J.A., Ruel J.A. Dissenting in Part)</i>	15
IV. <u>Issues</u>	17
V. <u>Analysis</u>	19
A. <i>Voluntary Reimbursement Program Claim</i>	21
(1) <u>Characterization of the Voluntary Reimbursement Program Claim</u>	21
(2) <u>Compensation Between Debts Arising Before and After an Initial Order (Pre-post Compensation)</u>	44

Alain Tardif, pour les intervenantes Alaris Royalty Corp. et Integrated Private Debt Fund V LP.

Luc Béliveau, pour l'intervenante Thornhill Investments Inc.

Elizabeth Ferland, pour l'intervenante la Ville de Laval.

Marc Duchesne, pour l'intervenante l'Union des municipalités du Québec.

Le jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe et Martin a été rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LA JUGE CÔTÉ —

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Faits</u>	6
III. <u>Historique judiciaire</u>	14
A. <i>Cour supérieure du Québec, 2019 QCCS 2316 (la juge Corriveau)</i>	14
B. <i>Cour d'appel du Québec, 2020 QCCA 438 (les juges Rochette et Healy, le juge Ruel, dissident en partie)</i>	15
IV. <u>Questions en litige</u>	17
V. <u>Analyse</u>	19
A. <i>Créance du Programme de remboursement volontaire</i>	21
(1) <u>Qualification de la créance du Programme de remboursement volontaire</u>	21
(2) <u>Compensation entre des dettes nées avant et après le prononcé de l'ordonnance initiale (compensation pré-post)</u>	44

(a) *Power to Grant and Lift a Stay of the Right to Pre-post Compensation* 54

(b) *Scope of Section 21 of the CCAA*.....63

(c) *Application*.....83

B. *Water Meter Contract Claim* 96

VI. Conclusion 100

I. Introduction

[1] This appeal raises an issue relating to compensation, or set-off in a common law setting, between two debts in the context of proceedings under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). The question is whether compensation is permitted for debts between the same parties: on the one hand, a debt resulting from the *Act to ensure mainly the recovery of amounts improperly paid as a result of fraud or fraudulent tactics in connection with public contracts*, CQLR, c. R-2.2.0.0.3 (“Bill 26”), that predates an initial order made under the CCAA and, on the other hand, a debt between the same parties that postdates that order. In these reasons, we will use the expression “pre-post compensation” to refer generally to compensation between debts arising before and after an initial order.

[2] This question thus affords the Court an occasion to interpret, for the first time, certain provisions of Bill 26 as well as the regulation made under it, the *Voluntary Reimbursement Program*, CQLR, c. R-2.2.0.0.3, r. 1 (“VRP Regulation”). In doing so, we will clarify for public bodies the burden of proof that rests on them in seeking to establish that a claim arising from an agreement entered into under the Voluntary Reimbursement Program (“VRP”) is fraudulent.

[3] Bill 26 was passed by the Quebec National Assembly in March 2015 in response to a commission

a) *Pouvoir d’accorder et de lever une suspension du droit à la compensation pré-post* 54

b) *La portée de l’art. 21 de la LACC* 63

c) *Application*.....83

B. *Créance relative au contrat des compteurs d’eau* 96

VI. Conclusion 100

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève un problème de compensation entre deux dettes dans le contexte de procédures engagées sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« LACC »). Il s’agit de savoir si la compensation est permise entre des dettes entre les mêmes parties, d’une part, une dette résultant de la *Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3 (« Loi 26 »), antérieure à une ordonnance initiale émise en vertu de la LACC, et, d’autre part, une dette postérieure à cette ordonnance encourue entre les mêmes parties. Dans les présents motifs, nous utiliserons l’expression « compensation pré-post » pour désigner de manière générale la compensation entre des dettes nées avant et après l’émission d’une ordonnance initiale.

[2] Cette question fournit ainsi à notre Cour l’occasion d’interpréter pour la première fois certaines dispositions de la Loi 26, ainsi que son règlement d’application, le *Programme de remboursement volontaire*, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3, r. 1 (« règlement PRV »). Ce faisant, nous clarifions, à l’intention des organismes publics, le fardeau de preuve qui leur incombe lorsqu’ils tentent d’établir le caractère frauduleux d’une créance résultant d’une entente conclue en vertu du Programme de remboursement volontaire (« PRV »).

[3] La Loi 26 a été adoptée par l’Assemblée nationale du Québec en mars 2015 à la suite d’une

of inquiry that had brought to light the existence of schemes involving collusion and corruption in the awarding and management of public contracts in the construction industry (“Charbonneau Commission”), and the VRP Regulation was made a few months later. The program resulting from this legislation, which was in effect for two years, allowed enterprises to “reimburse certain amounts improperly paid in the course of the tendering, awarding or management of a public contract in relation to which there may have been fraud or fraudulent tactics” (s. 3 of Bill 26).

[4] To answer the question with respect to compensation in the context of this appeal, the Court must first determine whether a claim arising from an agreement entered into under the VRP is necessarily a “claim that relates to” a “debt or liability resulting from obtaining property or services by false pretences or fraudulent misrepresentation” pursuant to s. 19(2)(d) of the CCAA. We would answer this question in the negative. It cannot be presumed that a claim arising from the VRP falls within that provision where no evidence to this effect has been tendered. We also conclude that a court should generally exercise its discretion to stay pre-post compensation, although it may, in rare cases, refuse such a stay. As well, the court may later lift the stay of the right to pre-post compensation in appropriate cases. In the case at bar, however, we conclude that the initial order stayed the right of the appellant, Ville de Montréal (“City”), to pre-post compensation and that it would not be appropriate to lift the stay in relation to the claims in issue.

[5] The appeal should therefore be dismissed.

II. Facts

[6] SM Group, which at the relevant time was a consulting engineering firm, performed a variety of contracts for the City over a period of several years. The Charbonneau Commission’s work uncovered a

commission d’enquête qui a mis en lumière l’existence de stratagèmes de collusion et de corruption dans l’octroi et la gestion de contrats publics dans l’industrie de la construction (« Commission Charbonneau »), et le règlement PRV a été pris quelques mois plus tard. Mis en vigueur pour une période de deux ans, le programme issu de cette loi a permis à des entreprises de « rembourser certaines sommes payées injustement dans le cadre de l’adjudication, de l’attribution ou de la gestion d’un contrat public et pour lequel il aurait pu y avoir fraude ou manœuvre dolosive » (art. 3 de la Loi 26).

[4] Pour trancher la question relative à la compensation dans le contexte du présent pourvoi, notre Cour doit d’abord déterminer si une créance découlant d’une entente conclue dans le cadre du PRV constitue nécessairement une « réclamation se rapportant à » une « dette ou obligation résultant de l’obtention de biens ou de services par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits » aux termes de l’al. 19(2)d) de la LACC. Nous sommes d’avis de répondre à cette question par la négative. On ne peut présumer qu’une créance issue du PRV est visée par cette disposition lorsqu’aucune preuve n’a été administrée à cet effet. Nous concluons par ailleurs que le tribunal devrait généralement exercer son pouvoir discrétionnaire afin de suspendre la compensation pré-post, bien qu’il puisse, dans de rares cas, refuser de la suspendre. De même, le tribunal peut, par la suite, lever la suspension du droit à la compensation pré-post dans les cas qui s’y prêtent. En l’espèce, toutefois, nous concluons que l’ordonnance initiale a suspendu le droit de l’appelante Ville de Montréal (« Ville ») à la compensation pré-post et qu’il n’est pas indiqué de lever cette suspension pour ce qui est des créances en litige.

[5] En conséquence, l’appel doit être rejeté.

II. Faits

[6] Groupe SM, qui était au moment des faits une firme de génie-conseil, a exécuté divers contrats pour la Ville sur une période de plusieurs années. Les travaux de la Commission Charbonneau ont

link between SM Group and certain central players in the collusion schemes. Two of its former officers were in fact charged with criminal offences. SM Group subsequently became insolvent.

révélé l'existence d'un lien entre Groupe SM et des acteurs au cœur des stratagèmes de collusion. Deux de ses anciens dirigeants ont d'ailleurs fait l'objet d'accusations criminelles. Par la suite, Groupe SM est devenu insolvable.

[7] On August 24, 2018, the Quebec Superior Court made an initial order by which SM Group became subject to proceedings under the CCAA and the rights and remedies of creditors were stayed. The respondent, Deloitte Restructuring Inc. (“Deloitte”), was appointed as monitor. Following that order, SM Group continued to perform work for the City, including the construction of the Samuel De Champlain Bridge and the rebuilding of the Turcot Interchange.

[7] Le 24 août 2018, la Cour supérieure du Québec (« Tribunal ») rend une ordonnance initiale assujettissant Groupe SM à des procédures déposées en vertu de la LACC et suspendant les droits et recours des créanciers. L'intimée Restructuration Deloitte Inc. (« Deloitte ») est nommée à titre de contrôleur. Postérieurement à cette ordonnance, Groupe SM continue à effectuer des travaux dont bénéficie la Ville, notamment la construction du pont Samuel-De Champlain et la réfection de l'échangeur Turcot.

[8] The City refused to pay for that work. On November 7, 2018, it invoked its right to effect compensation between its debt to SM Group for the work done after the initial order and two claims against SM Group that, according to the City, arose before the order and resulted from fraud on SM Group's part.

[8] La Ville refuse de payer ces travaux. Le 7 novembre 2018, elle invoque son droit d'opérer compensation entre sa dette envers Groupe SM résultant des travaux effectués postérieurement à l'ordonnance initiale, et deux créances de Groupe SM qui, soutient-elle, sont nées avant l'ordonnance et résulteraient de fraude de ce dernier.

[9] On November 12, 2018, the Superior Court approved the sale of some of SM Group's assets to Thornhill Investments Inc. (“Thornhill”). One week later, SM Group's contracts were assigned to Thornhill.

[9] Le 12 novembre 2018, le Tribunal approuve la vente partielle des actifs de Groupe SM à Thornhill Investments Inc. (« Thornhill »). Une semaine plus tard, les contrats de Groupe SM sont cédés à Thornhill.

[10] The two claims raised by the City are related to the application of Bill 26. The purpose of that statute, read in conjunction with the *Integrity in Public Contracts Act*, S.Q. 2012, c. 25, enacted in 2012, and the *Act to give effect to the Charbonneau Commission recommendations on political financing*, S.Q. 2016, c. 18, enacted in 2016, is to strengthen public confidence in government institutions by addressing the revelations made by the Charbonneau Commission. Bill 26 has been described as [TRANSLATION] “a statutory benchmark for establishing a lack of ethics and lax (if not criminal) morals in a number of enterprises in relation to the awarding of public contracts in Quebec” (*R. v. Fedele*, 2018 QCCA 1901, at para. 44 (CanLII)).

[10] Les deux créances invoquées par la Ville sont liées à l'application de la Loi 26. Lue avec la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*, L.Q. 2012, c. 25, adoptée en 2012, et la *Loi donnant suite aux recommandations de la Commission Charbonneau en matière de financement politique*, L.Q. 2016, c. 18, adoptée en 2016, la Loi 26 a pour objectif de renforcer la confiance du public dans les institutions publiques en donnant suite aux révélations émanant de la Commission Charbonneau. Elle a été décrite comme « un repère législatif permettant de conclure au manque d'éthique et à la morale laxiste (sinon criminelle) dans plusieurs entreprises en lien avec l'octroi de contrats publics au Québec » (*R. c. Fedele*, 2018 QCCA 1901, par. 44 (CanLII)).

[11] The first claim the City alleges it has against SM Group arises from a settlement agreement entered into in November 2017 by SM Group and the Minister of Justice, acting on the City's behalf, under the VRP ("VRP claim"). The second is based on a proceeding brought by the City against SM Group in September 2018, in which it claimed more than \$14 million from SM Group for allegedly having participated in collusion in relation to a call for tenders for a water meter contract ("water meter contract claim").

[12] Because SM Group had failed to repay the VRP claim and because the sale of certain assets to Thornhill was imminent, the City advised SM Group that it intended to effect compensation between what it owed SM Group and the above-mentioned claims, noting that those claims could not be discharged or dealt with by a compromise or arrangement in the planned restructuring process given that they resulted from fraud and from a misappropriation of public funds.

[13] In response, Deloitte applied for a declaratory judgment stating that compensation could not be effected with respect to the amounts owed by the City to SM Group for work performed for the City.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court, 2019 QCCS 2316 (Corriveau J.)*

[14] The supervising judge granted Deloitte's application for a declaratory judgment and held that pre-post compensation could not be effected in favour of the City. Even though, in her view, the VRP claim was linked to an allegation of fraud that had not been refuted by SM Group, she concluded that, according to the principles laid down in *Quebec (Agence du revenu) v. Kitco Metals Inc.*, 2017 QCCA 268, pre-post compensation was not possible. She also concluded that the water meter contract claim was neither liquid nor exigible, which precluded compensation.

[11] La première créance que la Ville prétend détenir contre Groupe SM résulte d'une entente de règlement intervenue en novembre 2017 entre Groupe SM et la ministre de la Justice, agissant pour le compte de la Ville, dans le cadre du PRV (« créance PRV »). La seconde créance est fondée sur un recours intenté par la Ville contre Groupe SM, en septembre 2018, dans lequel elle lui réclame plus de 14 millions de dollars au motif qu'il aurait participé à une collusion relativement à l'appel d'offres du contrat des compteurs d'eau (« créance relative au contrat des compteurs d'eau »).

[12] Vu le défaut de Groupe SM de rembourser la créance PRV et l'imminence de la vente de certains actifs à Thornhill, la Ville informe Groupe SM de son intention d'opérer compensation entre ce qu'elle lui doit et les créances ci-haut mentionnées, tout en précisant que ces créances ne peuvent être purgées ou compromises par la restructuration envisagée puisqu'elles découlent de la fraude et d'un détournement de fonds du Trésor public.

[13] En réponse, Deloitte demande un jugement déclaratoire portant que les sommes dues à Groupe SM par la Ville pour des travaux exécutés pour son bénéfice ne peuvent faire l'objet de compensation.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec, 2019 QCCS 2316 (la juge Corriveau)*

[14] La juge surveillante accueille la demande en jugement déclaratoire de Deloitte et décide que la compensation pré-post ne peut s'opérer en faveur de la Ville. Même si, selon elle, la créance PRV est liée à une allégation de fraude non réfutée par Groupe SM, la juge surveillante conclut que, selon les enseignements de l'arrêt *Québec (Agence du revenu) c. Métaux Kitco inc.*, 2017 QCCA 268, 46 C.B.R. (6th) 173, la compensation pré-post n'est pas possible. Elle statue par ailleurs que la créance relative au contrat des compteurs d'eau n'est ni liquide ni exigible, de sorte que la compensation ne peut être opérée.

B. *Quebec Court of Appeal, 2020 QCCA 438 (Rochette and Healy J.J.A., Ruel J.A. Dissenting in Part)*

[15] Rochette J.A., writing for the majority, rejected the City’s argument regarding the VRP claim. Relying on *Kitco*, he reached the same conclusion as the supervising judge: that pre-post compensation could not be effected in this case. He also rejected the City’s argument that a claim relating to fraud falling within s. 19(2)(d) of the CCAA is an exception to the rule stated in that case. In any event, he expressed the view that the City had not proved that s. 19(2)(d) applied to its claims. Finally, with regard to the water meter contract claim, Rochette J.A. added that the conditions for judicial compensation were not met, since the certainty, liquidity and exigibility of that claim had to be determined later in a proceeding other than that of the restructuring case.

[16] Ruel J.A., dissenting in part, agreed with his colleagues on the nature of the water meter contract claim. However, he was of the view that the VRP claim had to be presumed to fall within s. 19(2)(d) of the CCAA and that *Kitco* had to be distinguished on the basis that it had been rendered in a different context. In the final analysis, Ruel J.A. found that s. 19(2)(d) of the CCAA represents an exception to the principle established in that case and that it therefore allowed pre-post compensation between the two parties’ respective debts.

IV. Issues

[17] This appeal raises the following three questions:

1. Is the VRP claim a claim that relates to a debt resulting from fraud pursuant to s. 19(2)(d) of the CCAA?
2. Does the CCAA permit compensation between a debt that arises before an initial order and one that arises after that order?
3. If compensation is permitted, should the City be authorized to withhold the payments owed

B. *Cour d’appel du Québec, 2020 QCCA 438 (les juges Rochette et Healy, le juge Ruel, dissident en partie)*

[15] Rédigeant pour la majorité, le juge Rochette rejette la prétention de la Ville relativement à la créance PRV. S’appuyant sur l’arrêt *Kitco*, il conclut, à l’instar de la juge surveillante, que la compensation pré-post ne peut s’opérer en l’espèce. En outre, il rejette l’argument de la Ville selon lequel une créance relative à la fraude visée par l’al. 19(2)d) de la LACC constitue une exception à la règle énoncée dans cet arrêt. Quoiqu’il en soit, il se dit d’avis que la Ville n’a pas prouvé que ses créances sont visées par cette disposition. Enfin, en ce qui concerne la créance relative au contrat des compteurs d’eau, le juge Rochette ajoute que les conditions de la compensation judiciaire ne sont pas réunies, le caractère certain, liquide et exigible de cette créance devant être déterminé postérieurement dans une autre instance que celle du dossier de restructuration.

[16] Dissident en partie, le juge Ruel partage l’avis de ses collègues sur la nature de la créance relative au contrat des compteurs d’eau. Cependant, il est plutôt d’avis qu’il faut présumer que la créance PRV est visée par l’al. 19(2)d) de la LACC et que l’arrêt *Kitco* doit être distingué étant donné qu’il a été rendu dans un contexte différent. En dernière analyse, le juge Ruel estime que l’al. 19(2)d) de la LACC fait exception au principe établi dans cet arrêt et permet donc la compensation pré-post entre les dettes respectives des deux parties.

IV. Questions en litige

[17] Le présent pourvoi soulève les trois questions suivantes :

1. La créance PRV est-elle une réclamation se rapportant à une dette qui résulte de fraude aux termes de l’al. 19(2)d) de la LACC?
2. La LACC autorise-t-elle la compensation entre une dette née avant une ordonnance initiale et une dette née après cette ordonnance?
3. Si la compensation est permise, la Ville devrait-elle être autorisée à retenir les paiements dus

to SM Group until judgment is rendered in the case relating to the water meter contract?

[18] We will deal with these questions by considering each of the City's claims separately.

V. Analysis

[19] In essence, the City argues that the VRP claim cannot be dealt with by a compromise or arrangement because it relates to a debt resulting from fraud pursuant to s. 19(2)(d) of the *CCAA*. According to the City, such a claim falls outside the absolute prohibition against pre-post compensation imposed by *Kitco*. The City also argues that the absolute nature of the *Kitco* rule is inconsistent with the broad discretion conferred on supervising judges by the *CCAA*. It submits that supervising judges can, in exercising their discretion, authorize pre-post compensation in appropriate circumstances. The exercise of this discretion is particularly appropriate where fraud is involved.

[20] For the reasons that follow, we are of the view that the VRP claim in this case is not a claim that relates to a debt resulting from fraud pursuant to s. 19(2)(d) of the *CCAA*. We also conclude that a right to pre-post compensation, or set-off, invoked under the civil law or the common law can be stayed under ss. 11 and 11.02 of the *CCAA*. In our opinion, however, a supervising judge has the discretion to authorize pre-post compensation only in exceptional circumstances, given the high disruptive potential of this form of compensation. In this regard, the fact that the debt underlying a VRP claim is fraudulent, where this is shown, is a relevant factor in the exercise of the supervising judge's discretion. In this case, we find that it would not be appropriate to allow the City to effect compensation with respect to the VRP claim. Nor would it be appropriate to authorize the City to withhold the payments owed to SM Group pending the outcome of the case relating to the water meter contract.

à Groupe SM en attendant que jugement soit rendu dans le dossier relatif au contrat des compteurs d'eau?

[18] Nous traiterons de ces questions en abordant séparément chacune des créances invoquées par la Ville.

V. Analyse

[19] Essentiellement, la Ville soutient que la créance PRV est une réclamation qui ne peut être considérée dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement, puisqu'elle se rapporte à une dette qui résulte de fraude aux termes de l'al. 19(2)d) de la *LACC*. Selon la Ville, une telle réclamation échappe à l'interdiction absolue énoncée dans l'arrêt *Kitco* à l'égard de la compensation pré-post. La Ville plaide également que le caractère absolu de la règle de l'arrêt *Kitco* est incompatible avec le large pouvoir discrétionnaire conféré au juge surveillant par la *LACC*. La Ville estime que le juge surveillant peut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, autoriser la compensation pré-post dans des circonstances appropriées. L'exercice de ce pouvoir est d'autant plus indiqué en présence de fraude.

[20] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis que la créance PRV visée en l'espèce n'est pas une réclamation se rapportant à une dette qui résulte de fraude aux termes de l'al. 19(2)d) de la *LACC*. Nous concluons par ailleurs que le droit à la compensation pré-post invoqué en vertu du droit civil ou de la common law peut être suspendu en application des art. 11 et 11.02 de la *LACC*. Toutefois, nous sommes d'avis que le juge surveillant possède le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la compensation pré-post dans des circonstances exceptionnelles seulement, considérant le fort potentiel perturbateur de cette forme de compensation. À cet égard, le caractère frauduleux de la dette à l'origine d'une créance PRV, lorsque démontré, constitue un facteur pertinent dans l'exercice de la discrétion du juge surveillant. En l'espèce, nous estimons qu'il ne serait pas indiqué de permettre à la Ville d'opérer compensation en ce qui concerne la créance PRV. Il ne serait pas non plus approprié d'autoriser la Ville à retenir les paiements dus à Groupe SM jusqu'au dénouement du litige relatif au contrat des compteurs d'eau.

A. *Voluntary Reimbursement Program Claim*

(1) Characterization of the Voluntary Reimbursement Program Claim

[21] We must begin by determining whether the VRP claim is a claim that relates to a fraudulent debt, because this is the premise behind the City's reasoning. For the reasons that follow, we conclude that this basic premise is not correct: the VRP claim is not a claim that relates to a debt resulting from fraud pursuant to s. 19(2)(d) of the *CCAA*. The mere fact that a debtor company participated in the VRP is not sufficient to infer that the company defrauded a public body. In light of this conclusion, it is not necessary for us to deal with Deloitte's alternative argument that s. 19 of the *CCAA* is inapplicable in this case because there is no plan providing for a compromise or arrangement.

[22] The first step in characterizing the VRP claim is to distinguish, for the purposes of the *CCAA*, claims that are subject to a compromise or arrangement from those that are not. Section 19(1) of the *CCAA* sets out the general scheme governing claims that may be dealt with by a compromise or arrangement:

19 (1) Subject to subsection (2), the only claims that may be dealt with by a compromise or arrangement in respect of a debtor company are

(a) claims that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company is subject on the earlier of

(i) the day on which proceedings commenced under this Act, and

(ii) if the company filed a notice of intention under section 50.4 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* or commenced proceedings under this Act with the consent of inspectors referred to in section 116 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, the date of

A. *Créance du Programme de remboursement volontaire*

(1) Qualification de la créance du Programme de remboursement volontaire

[21] Il nous incombe de déterminer, d'entrée de jeu, si la créance PRV est une réclamation se rapportant à une dette frauduleuse, puisque cette prémisse explique le raisonnement de la Ville. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que cette prémisse fondamentale n'est pas fondée : la créance PRV n'est pas une réclamation se rapportant à une dette qui résulte de fraude aux termes de l'al. 19(2)d) de la *LACC*. En effet, la seule participation au PRV par une société débitrice n'est pas suffisante pour inférer la commission d'une fraude par cette dernière à l'endroit d'un organisme public. Considérant cette conclusion, il n'est pas nécessaire de nous prononcer sur l'argument subsidiaire de Deloitte selon lequel l'art. 19 de la *LACC* serait inapplicable en l'espèce, en raison de l'absence de plan prévoyant une transaction ou un arrangement.

[22] Pour qualifier la créance PRV, il faut d'abord distinguer, au sens de la *LACC*, les réclamations compromises par la transaction ou l'arrangement de celles qui ne le sont pas. Le paragraphe 19(1) de cette loi énonce le régime général encadrant les réclamations qui peuvent être considérées dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement :

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

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

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

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

the initial bankruptcy event within the meaning of section 2 of that Act; and

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

[23] As an exception to this scheme, s. 19(2) of the CCAA provides that certain claims may not be dealt with by a compromise or arrangement, including those that result from fraud:

(2) A compromise or arrangement in respect of a debtor company may not deal with any claim that relates to any of the following debts or liabilities unless the compromise or arrangement explicitly provides for the claim's compromise and the creditor in relation to that debt has voted for the acceptance of the compromise or arrangement:

...

(d) any debt or liability resulting from obtaining property or services by false pretences or fraudulent misrepresentation, other than a debt or liability of the company that arises from an equity claim; . . .

[24] The burden of proof applicable to this scheme can be determined by referring to the case law and academic commentary on s. 178(1)(e) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”), which is analogous in every respect to s. 19(2)(d) of the CCAA. As this Court noted in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, these two statutes “for[m] part of an integrated body of insolvency law” (para. 78; see also 9354-9186 *Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 522, at para. 74).

[25] To discharge its burden of proving that its claim relates to a debt “resulting from obtaining property or services by false pretences or fraudulent misrepresentation”, a creditor must establish, on a balance of probabilities, the following four elements: (i) the debtor made a representation to the

consentement des inspecteurs visés à l’article 116 de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*;

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

[23] À titre d’exception à ce régime, le par. 19(2) de la LACC prévoit que certaines réclamations ne peuvent être compromises, notamment celles découlant de fraude :

(2) La réclamation se rapportant à l’une ou l’autre des dettes ou obligations ci-après ne peut toutefois être ainsi considérée, à moins que la transaction ou l’arrangement ne prévoie expressément la possibilité de transiger sur cette réclamation et que le créancier intéressé n’ait voté en faveur de la transaction ou de l’arrangement proposé :

...

d) toute dette ou obligation résultant de l’obtention de biens ou de services par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits, autre qu’une dette ou obligation de la compagnie qui découle d’une réclamation relative à des capitaux propres;

[24] Pour déterminer le fardeau de preuve applicable à ce régime, il convient de se référer à la jurisprudence et à la doctrine portant sur l’al. 178(1)(e) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« LFI »), lequel s’apparente en tous points à l’al. 19(2)(d) de la LACC. Comme notre Cour l’a souligné dans l’arrêt *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, ces deux lois « [font] partie d’un ensemble intégré de règles du droit de l’insolvabilité » (par. 78; voir aussi 9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 522, par. 74).

[25] Afin de satisfaire au fardeau qui lui incombe, c’est-à-dire démontrer que sa créance est une réclamation qui se rapporte à une dette « résultant de l’obtention de biens ou de services par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits », le créancier intéressé devra établir, par

creditor; (ii) the representation was false; (iii) the debtor knew that the representation was false; (iv) the false representation was made to obtain property or a service (*Léger v. Ouellet*, 2011 QCCA 1858, at para. 30 (CanLII); *Dupuis v. Cernato Holdings Inc.*, 2019 QCCA 376, at para. 37 (CanLII); see also L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4th ed. rev. (loose-leaf)), vol. 3, at H§63; *Berger, Re*, 2010 ONSC 4376, 70 C.B.R. (5th) 225, at para. 28; J. P. Sarra, G. B. Morawetz and L. W. Houlden, *The 2020-2021 Annotated Bankruptcy And Insolvency Act* (2020), at pp. 1001 and 1006; D. Brochu, *Précis de la faillite et de l'insolvabilité* (5th ed. 2016), at pp. 502-3). Once these elements have been proved, the creditor of a claim to which s. 19(2)(d) of the CCAA applies is in a better position than other ordinary creditors, insofar as such a claim, while not conferring secured creditor status, cannot be dealt with by a compromise or arrangement (see Houlden, Morawetz and Sarra, at H§63). This exception to the general scheme established by s. 19(1) of the CCAA must be interpreted narrowly (see, e.g., by analogy, *Lambert v. Macara*, [2004] R.J.Q. 2637 (C.A.), at para. 96; *Canada Mortgage and Housing Corp. v. Gray*, 2014 ONCA 236, 119 O.R. (3d) 710, at para. 24).

[26] The City's burden was certainly not negligible: it had to prove that SM Group had knowingly made a false representation that led to the VRP claim. However, the City considered it sufficient for that purpose to mention that the claim existed, and did not try to prove or even allege any of these elements, presuming or assuming that the VRP claim resulted from fraudulent representations.

[27] As a result, the content of the VRP agreement, Bill 26 and the VRP Regulation must be interpreted to determine whether the VRP claim may be dealt with by a compromise or arrangement. In this regard, and for the reasons that follow, we agree with the

prépondérance des probabilités, les quatre éléments suivants : (i) le débiteur lui a fait une représentation; (ii) cette représentation était fausse; (iii) le débiteur savait que la représentation était fausse; (iv) cette fausse représentation a été faite dans le but d'obtenir un bien ou un service (*Léger c. Ouellet*, 2011 QCCA 1858, par. 30 (CanLII); *Dupuis c. Cernato Holdings Inc.*, 2019 QCCA 376, par. 37 (CanLII); voir aussi L. W. Houlden, G. B. Morawetz et J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4^e éd. rév. (feuilles mobiles)), vol. 3, H§63; *Berger, Re*, 2010 ONSC 4376, 70 C.B.R. (5th) 225, par. 28; J. P. Sarra, G. B. Morawetz et L. W. Houlden, *The 2020-2021 Annotated Bankruptcy And Insolvency Act* (2020), p. 1001 et 1006; D. Brochu, *Précis de la faillite et de l'insolvabilité* (5^e éd. 2016), p. 502-503). Une fois ces éléments prouvés, le créancier d'une réclamation visée par l'al. 19(2)d) de la LACC bénéficie d'une position plus avantageuse que les autres créanciers ordinaires, dans la mesure où cette réclamation ne peut être compromise dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement, quoiqu'elle ne confère pas le statut de créancier garanti (voir Houlden, Morawetz et Sarra, H§63). Cette exception au régime général institué par le par. 19(1) de la LACC doit être interprétée restrictivement (voir notamment, par analogie, *Lambert c. Macara*, [2004] R.J.Q. 2637 (C.A.), par. 96; *Canada Mortgage and Housing Corp. c. Gray*, 2014 ONCA 236, 119 O.R. (3d) 710, par. 24).

[26] Le fardeau qui incombait à la Ville n'était certes pas négligeable. En effet, elle devait prouver que Groupe SM avait sciemment fait une fausse représentation ayant mené à la créance PRV. Toutefois, la Ville a estimé, aux fins de cette démonstration, qu'il suffisait de mentionner l'existence de cette créance, et n'a pas cherché à prouver ni même à alléguer l'un ou l'autre de ces éléments, présumant ou tenant pour acquis que la créance PRV découlait de représentations frauduleuses.

[27] En conséquence, pour déterminer si la créance PRV peut être considérée dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement, il est nécessaire d'interpréter le contenu de l'entente PRV, la Loi 26 ainsi que le règlement PRV. À cet égard, et pour les raisons

majority of the Court of Appeal that s. 19(2)(d) of the CCAA does not apply to the VRP claim.

[28] First, the content of the VRP agreement itself is a complete bar to the City's argument that participation in the program in itself justifies a finding that the City's claim results from SM Group's fraudulent activities. Because this confidential agreement entered into by the parties clearly stipulates that the amount fixed in the agreement can in no way be considered to constitute an admission of liability, it cannot be presumed that the VRP claim is a claim that falls within s. 19(2)(d) of the CCAA. The onus was therefore on the City to prove, in accordance with the provisions of that statute, that SM Group had knowingly made a false representation to it in order to obtain property or a service.

[29] In this regard, there is, moreover, a well-established principle in the case law that a court must generally make its own findings of fact in applying s. 19(2)(d) (see Houlden, Morawetz and Sarra, at H§63). This is true, for example, even where findings possibly linked to fraud have been made in a previous trial or where a default judgment or a consent to judgment might have contained such findings. It can be inferred by analogy from the case law on s. 178(1)(e) of the BIA that the courts have been particularly consistent and rigorous in assessing the evidence presented to them in this regard (see, e.g., *Terrain DEV Immobilier inc. v. Charron*, 2021 QCCA 417, at para. 2 (CanLII); *Dupuis*, at paras. 36-40; *Pelletier v. CAE Rive-Nord*, 2019 QCCA 2164, at paras. 13-19 (CanLII); *Tavan v. Rostami*, 2014 QCCA 304, at paras. 3-6 (CanLII); *Léger*, at paras. 30-40; *Guilbert v. Economical Mutual Insurance Co.*, 2020 MBQB 179, [2021] I.L.R. ¶I-6280, at paras. 20-25; *Sharma v. Sandhu*, 2019 MBQB 160, at paras. 38-45 (CanLII); *Royal Bank of Canada v. Hejna*, 2013 ONSC 1719, at paras. 90-92 (CanLII); *Berger*, at paras. 28-35; *Re Horwitz* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 102 (Ont. H.C.J.), at pp. 106-7, aff'd (1985), 53 C.B.R. (N.S.) 275 (C.A.); *Agriculture Financial Services Corp. v. Zaborski*, 2009 ABQB

que nous expliquons ci-dessous, nous partageons les conclusions des juges majoritaires de la Cour d'appel : la créance PRV n'est pas visée par l'al. 19(2)d) de la LACC.

[28] En premier lieu, le contenu même de l'entente PRV constitue un obstacle dirimant à la prétention de la Ville selon laquelle le seul fait de la participation à ce programme suffit pour conclure que sa créance résulte des activités frauduleuses de Groupe SM. En effet, comme il est clairement stipulé dans cette entente confidentielle intervenue entre les parties que la somme convenue dans celle-ci ne peut en aucun cas être assimilée à une admission de responsabilité, on ne saurait présumer que la créance PRV constitue une réclamation visée à l'al. 19(2)d) de la LACC. En conséquence, il incombait à la Ville de prouver, conformément aux dispositions de cette loi, que Groupe SM lui avait faussement et sciemment fait une représentation afin d'obtenir un bien ou un service.

[29] D'ailleurs, en cette matière, une règle jurisprudentielle bien établie veut qu'un tribunal tire généralement ses propres conclusions factuelles aux fins d'application de l'al. 19(2)d) (voir Houlden, Morawetz et Sarra, H§63). Il en est ainsi, notamment, malgré la présence de conclusions liées possiblement à la fraude prononcées dans le cadre d'un procès antérieur, ou encore lorsqu'un jugement par défaut ou un acquiescement à jugement contiendrait de telles conclusions. La jurisprudence portant sur l'al. 178(1)e) de la LFI permet d'inférer, par analogie, que les tribunaux se montrent particulièrement constants et rigoureux dans l'appréciation de la preuve qui leur est présentée à cet égard (voir notamment *Terrain DEV Immobilier inc. c. Charron*, 2021 QCCA 417, par. 2 (CanLII); *Dupuis*, par. 36-40; *Pelletier c. CAE Rive-Nord*, 2019 QCCA 2164, par. 13-19 (CanLII); *Tavan c. Rostami*, 2014 QCCA 304, par. 3-6 (CanLII); *Léger*, par. 30-40; *Guilbert c. Economical Mutual Insurance Co.*, 2020 MBQB 179, [2021] I.L.R. ¶I-6280, par. 20-25; *Sharma c. Sandhu*, 2019 MBQB 160, par. 38-45 (CanLII); *Royal Bank of Canada c. Hejna*, 2013 ONSC 1719, par. 90-92 (CanLII); *Berger*, par. 28-35; *Re Horwitz* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 102 (H.C.J. Ont.), p. 106-107, conf. par (1985), 53 C.B.R. (N.S.) 275 (C.A.);

183, 58 C.B.R. (5th) 301, at paras. 12-18; *Szeto, Re*, 2014 BCSC 1563, 15 C.B.R. (6th) 255, at paras. 37-63; *The Toronto-Dominion Bank v. Merenick*, 2007 BCSC 1261, at paras. 30-48 (CanLII); *Johnson v. Erdman*, 2007 SKQB 223, 34 C.B.R. (5th) 108, at paras. 10-12; *Coyle (Bankrupt), Re*, 2011 NSSC 238, 304 N.S.R. (2d) 369, at paras. 53-58).

[30] Second, Bill 26 and the VRP Regulation published in the *Gazette officielle du Québec* pursuant to ss. 3 and 4 of that statute do not provide any greater support for the City’s position. We agree with the majority of the Court of Appeal, who rejected the idea of a statutory presumption or a presumption of fact that a debtor made fraudulent representations based solely on the fact that it participated in the VRP. That scheme, which was in effect from November 2015 to December 2017, created no such presumption.

[31] The purpose of the VRP as defined in s. 3 of Bill 26 — in Chapter II, entitled “Reimbursement Program” — supports this conclusion:

3. The Minister publishes in the *Gazette officielle du Québec* a voluntary, fixed-term reimbursement program to make it possible for an enterprise or a natural person mentioned in section 10 to reimburse certain amounts improperly paid in the course of the tendering, awarding or management of a public contract in relation to which there may have been fraud or fraudulent tactics.

[32] The use of the words “may have been” in the phrase “there may have been fraud or fraudulent tactics” clearly contradicts the City’s argument. Moreover, the same words are also used in s. 1 of the VRP Regulation in describing the purpose of that program:

1. The Voluntary Reimbursement Program makes it possible for every natural person and every enterprise to reimburse certain amounts improperly paid by a public body in the course of the tendering, awarding or management of a public contract entered into after 1 October 1996 in relation to which there may have been fraud or fraudulent tactics.

Agriculture Financial Services Corp. c. Zaborski, 2009 ABQB 183, 58 C.B.R. (5th) 301, par. 12-18; *Szeto, Re*, 2014 BCSC 1563, 15 C.B.R. (6th) 255, par. 37-63; *The Toronto-Dominion Bank c. Merenick*, 2007 BCSC 1261, par. 30-48 (CanLII); *Johnson c. Erdman*, 2007 SKQB 223, 34 C.B.R. (5th) 108, par. 10-12; *Coyle (Bankrupt), Re*, 2011 NSSC 238, 304 N.S.R. (2d) 369, par. 53-58).

[30] En deuxième lieu, la Loi 26, tout comme le règlement PRV publié dans la *Gazette officielle du Québec* en vertu des art. 3 et 4 de cette loi, n’appuient pas davantage la thèse de la Ville. Nous partageons l’avis des juges majoritaires de la Cour d’appel, qui rejettent l’idée d’une présomption légale ou factuelle de l’existence de représentations frauduleuses de la part d’un débiteur du seul fait de sa participation au PRV. Ce régime, qui a été en vigueur de novembre 2015 à décembre 2017, n’a pas créé une telle présomption.

[31] En effet, l’objet du PRV tel qu’il est défini à l’art. 3 de la Loi 26, au chapitre II intitulé « Programme de remboursement », étaye cette conclusion :

3. Le ministre publie à la *Gazette officielle du Québec* un programme de remboursement volontaire à durée déterminée afin qu’une entreprise ou une personne physique mentionnée à l’article 10 puisse rembourser certaines sommes payées injustement dans le cadre de l’adjudication, de l’attribution ou de la gestion d’un contrat public et pour lequel il aurait pu y avoir fraude ou manœuvre dolosive.

[32] L’emploi du conditionnel dans l’expression « il aurait pu y avoir fraude ou manœuvre dolosive » contredit clairement la thèse avancée par la Ville. De plus, le conditionnel est également utilisé à l’art. 1 du règlement PRV pour décrire l’objet de ce programme :

1. Le Programme de remboursement volontaire permet à toute personne physique et à toute entreprise de rembourser certaines sommes payées injustement par un organisme public dans le cadre de l’adjudication, de l’attribution ou de la gestion d’un contrat public, conclu après le 1^{er} octobre 1996, et pour lequel il aurait pu y avoir fraude ou ma[n]œuvre dolosive.

[33] The fact that fraud is characterized as a possibility rather than a certainty is by no means surprising. Given the VRP's purpose of recovering amounts paid improperly by public bodies, it stands to reason that Bill 26 does not provide for any mechanism to determine whether amounts agreed to under the VRP are in fact related, in whole or in part, to fraud. Section 7 of the VRP Regulation supports this point, since it states the following:

7. The fact that a natural person or an enterprise participates in the Program does not constitute an admission of liability or of a fault committed by the natural person or enterprise.

[34] The fault in question in s. 7 is a matter of civil liability and is limited to the public contract to which a VRP agreement pertains. Where the legislature intends to refer to penal or criminal proceedings, or to civil proceedings outside the scope of a VRP agreement, it does so expressly. This interpretation is confirmed when s. 7 of the VRP Regulation is read in conjunction with s. 8:

8. Every natural person or enterprise participating in the Program acknowledges that revealing information or sending documents within the Program framework does not restrict in any manner whatever a public body's capacity to bring civil proceedings against the natural person or enterprise in relation to public contracts for which a settlement has not been reached under the Program or to which the Act does not apply.

Every natural person or enterprise acknowledges that participation in the Program and the conclusion of an agreement under it in no manner protects the natural person or enterprise, or its officers, against any penal or criminal proceedings that have been or may be brought in connection with public contracts entered into by the natural person or enterprise.

[35] Evidence that a natural person or enterprise participated in the VRP therefore cannot on its own justify characterizing a claim as being related to a debt resulting from fraud pursuant to s. 19(2)(d) of the CCAA.

[33] Que la fraude soit caractérisée comme une éventualité, par opposition à quelque chose de certain, n'a rien de surprenant. En effet, comme l'objectif du PRV consiste à récupérer des sommes payées injustement par des organismes publics, il va de soi que la Loi 26 ne prévoit aucun mécanisme pour déterminer si, dans les faits, les sommes convenues dans le cadre du PRV sont reliées, en partie ou en totalité, à une fraude. L'article 7 du règlement PRV appuie ce constat, puisqu'il précise ce qui suit :

7. Le fait pour une personne physique ou une entreprise de se prévaloir du Programme ne constitue pas une reconnaissance de responsabilité ni une admission qu'elle a commis une faute.

[34] La faute dont il est question à l'art. 7 relève de la responsabilité civile et se limite au contrat public visé par l'entente PRV. Lorsque le législateur entend faire référence à des procédures de nature pénale ou criminelle, ou encore à des recours civils se situant hors du champ de l'entente PRV, il le fait expressément. L'article 7 du règlement PRV, lu conjointement avec l'art. 8, confirme cette interprétation :

8. Toute personne physique ou entreprise qui se prévaut du Programme reconnaît que le fait qu'elle révèle des informations ou transmette des documents dans ce cadre n'a pas pour effet de limiter, de quelque façon que ce soit, la capacité d'un organisme public d'entreprendre contre elle tout recours civil concernant des contrats publics qui n'auront pas fait l'objet d'un règlement dans le cadre du Programme ou qui ne sont pas visés par la Loi.

De plus, toute personne physique ou entreprise reconnaît que sa participation au Programme, et la conclusion d'une entente en vertu de celui-ci, ne la protège, ni ses dirigeants, d'aucune façon de poursuites pénales et/ou criminelles qui ont été ou pourraient être intentées contre elle à l'égard de contrats publics qu'elle a conclus.

[35] En conséquence, la seule preuve qu'une personne physique ou une entreprise a participé au PRV ne saurait à elle seule permettre de qualifier une créance de réclamation se rapportant à une dette qui résulte de fraude aux termes de l'al. 19(2)d) de la LACC.

[36] However, the City submits that reading ss. 1, 3 and 10 of Bill 26 together leads to an entirely different conclusion, namely that a natural person or enterprise that participated in the VRP necessarily defrauded a public body. In our view, the City is wrong.

[37] It is true that s. 1 of Bill 26 does not refer to fraud as being hypothetical:

1. This Act provides for exceptional measures for the reimbursement and recovery of amounts improperly paid as a result of fraud or fraudulent tactics in the course of the tendering, awarding or management of public contracts.

As we saw above, however, s. 3 of Bill 26 and s. 1 of the VRP Regulation are clear: there is no question that, unlike s. 1 of Bill 26, which sets out the purpose of that statute generally, the substantive provisions of Bill 26 and the VRP Regulation contemplate fraud only hypothetically. In addition, the City's interpretation cannot be reconciled with ss. 7 and 8 of the VRP Regulation, which are reproduced above.

[38] That being said, the City points out that s. 3 of Bill 26 refers to s. 10, which specifically states that fraud was committed:

10. Any enterprise or natural person who has, in any capacity, participated in fraud or fraudulent tactics in the course of the tendering, awarding or management of a public contract is presumed to have caused injury to the public body concerned.

In such a case, the officers of the enterprise in office at the time the fraud or fraudulent tactics occurred are held liable unless they prove that they acted with the care, diligence and skill that a prudent person would have exercised in similar circumstances.

The directors of the enterprise in office at the time the fraud or fraudulent tactics occurred are also held liable if it is established that they knew or ought to have known that fraud or fraudulent tactics were committed in relation to the contract concerned, unless they prove that they acted with the care, diligence and skill that a prudent person would have exercised in similar circumstances.

[36] Cependant, la Ville soutient qu'une lecture conjointe des art. 1, 3 et 10 de la Loi 26 mène à une toute autre conclusion, à savoir que la personne physique ou l'entreprise qui participe au PRV a nécessairement fraudé un organisme public. Nous sommes d'avis qu'elle a tort.

[37] Il est vrai que l'art. 1 de la Loi 26 ne traite pas de la fraude à titre hypothétique :

1. La présente loi prévoit des mesures exceptionnelles adaptées au remboursement et au recouvrement de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion de contrats publics.

Toutefois, comme nous l'avons vu précédemment, l'art. 3 de la Loi 26 et l'art. 1 du règlement PRV sont clairs : il est acquis que, contrairement à l'art. 1 de la Loi 26, qui énonce l'objet de cette loi de manière générale, les dispositions substantielles de la Loi 26 et du règlement PRV ne considèrent la fraude que de façon hypothétique. L'interprétation de la Ville est également inconciliable avec les art. 7 et 8 du règlement PRV, qui sont reproduits plus haut.

[38] Cela dit, la Ville fait remarquer que l'art. 3 de la Loi 26 renvoie à l'art. 10 lequel énonce explicitement qu'une fraude a été commise :

10. Toute entreprise ou toute personne physique qui, à quelque titre que ce soit, a participé à une fraude ou à une manœuvre dolosive dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion d'un contrat public est présumée avoir causé un préjudice à l'organisme public concerné.

Le cas échéant, la responsabilité de ses dirigeants en fonction au moment de la fraude ou de la manœuvre dolosive est engagée, à moins qu'ils ne démontrent avoir agi avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

La responsabilité des administrateurs de l'entreprise en fonction au moment de la fraude ou de la manœuvre dolosive est également engagée s'il est établi qu'ils savaient ou qu'ils auraient dû savoir qu'une fraude ou une manœuvre dolosive a été commise relativement au contrat visé, à moins qu'ils ne démontrent avoir agi avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

The enterprises and natural persons referred to in this section are solidarily liable for the injury caused, unless such liability is waived by the public body.

[39] We do not agree with the City’s interpretation on this point. It is up to the courts to conclude that fraud of this kind has been committed. More precisely, we are of the view that the City is confusing two schemes created by Bill 26: one — the VRP (ss. 3 to 9) — introduced by Chapter II and the other by Chapter III, which is entitled “Special Rules Applicable to Judicial Proceedings” (ss. 10 to 17). The first scheme was designed to encourage — for a two-year period — natural persons or enterprises fearing that a public body would bring civil proceedings against them to participate in the VRP with a view to entering into an agreement through a completely confidential process (s. 7 of Bill 26; s. 4 of the VRP Regulation). It was only once the first scheme ended that the second, one of an entirely different nature, took effect.

[40] The scheme provided for in ss. 10 to 17 of Bill 26 is one that deviates from the general law. It applies to judicial proceedings brought by a public body, or by the Minister of Justice on behalf of a public body, against a natural person or enterprise that allegedly participated in fraud in relation to a public contract. When a court allows such an action, not only can it assume that the defendant caused injury to the public body through its fraudulent act (s. 10 para. 1), but in addition, “[t]he injury is presumed to correspond to the amount claimed by the public body concerned for the contract concerned if the amount does not exceed 20% of the total amount paid for that contract” (s. 11 para. 1). The enterprises and natural persons contemplated by the statute are solidarily liable for such injury (s. 10 para. 4). An amount granted “bears interest from the date the work is accepted by the public body concerned for the contract concerned” (s. 11 para. 3). As well, the court “must add a lump sum equal to 20% of any amount granted for injury, to cover expenses incurred for the purposes of th[e] Act” (s. 14).

Les entreprises et les personnes physiques visées au présent article sont solidairement responsables du préjudice causé, à moins que l’organisme public n’y renonce.

[39] Nous ne partageons pas cette interprétation de la Ville. Il appartient aux tribunaux de conclure qu’une fraude de cette nature a été commise. Plus précisément, nous estimons que la Ville confond deux régimes créés par la Loi 26 : l’un introduit par le chapitre II — le PRV — (art. 3 à 9), l’autre par le chapitre III intitulé « Règles particulières applicables aux recours judiciaires » (art. 10 à 17). Le premier régime a été conçu afin d’inciter, pendant une période de deux ans, les personnes physiques ou les entreprises craignant qu’un organisme public introduise contre elles une poursuite civile à participer au PRV dans le but de conclure une entente en toute confidentialité (art. 7 de la Loi 26; art. 4 du règlement PRV). Or, ce n’est qu’une fois que le premier régime prend fin que le second entre en vigueur, lequel est d’une toute autre nature.

[40] Le régime prévu aux art. 10 à 17 de la Loi 26 est un régime exorbitant du droit commun, applicable aux recours judiciaires intentés par un organisme public ou le ministre de la Justice, pour le compte d’un organisme public, contre une personne physique ou une entreprise qui aurait participé à une fraude visant un contrat public. Lorsqu’un tel recours est accueilli, non seulement le tribunal peut-il tenir pour acquis que le défendeur a causé par son acte frauduleux un préjudice à l’organisme public (art. 10 al. 1), mais aussi que « [c]e préjudice est présumé correspondre à la somme réclamée par l’organisme public concerné pour le contrat visé lorsque cette somme ne représente pas plus de 20 % du montant total payé pour le contrat visé » (art. 11 al. 1), préjudice pour lequel les entreprises et les personnes physiques visées par la loi sont solidairement responsables (art. 10 al. 4). La somme accordée « porte intérêt à compter de la réception de l’ouvrage par l’organisme public concerné pour le contrat visé » (art. 11 al. 3). De même, le tribunal « doit ajouter à la somme qu’il accorde en réparation du préjudice un montant forfaitaire égal à 20 % de cette somme à titre de frais engagés pour l’application de la [. . .] loi » (art. 14).

[41] In other words, these provisions are designed to make it easier to prove causation and injury when such a proceeding is brought, but it should be noted that they are of no effect if a court finds that the evidence of fraud is insufficient; as well, and most importantly, they in no way make it easier to prove such a fault. Section 10 of Bill 26 is therefore of no assistance to the City, which in any event has not sought to show, on any basis other than the mere existence of the VRP agreement, that SM Group took part in fraud in connection with a contract the City awarded to it. The schemes created by Bill 26 suggest that a court will recognize the existence of fraud only under the Chapter III scheme. Moreover, it appears that the reference to s. 10 in s. 3 merely serves to specify the natural persons to whom the VRP applies, namely directors and officers of enterprises.

[42] Lastly, it should be mentioned that it can easily be imagined that an enterprise that entered into a potentially contentious public contract with a public body would make the strategic choice to participate in the VRP out of fear of bad publicity or to avoid exposing itself to the exceptional scheme of Chapter III of Bill 26, the result of which, if the proceeding were decided in the public body's favour, would likely be significant additional financial liability for the enterprise on top of the legal fees it would have to pay.

[43] In sum, neither the content of the VRP agreement nor its legal framework supports a presumption that SM Group admitted to having committed a fraudulent act; nor does the VRP agreement constitute a serious, precise and concordant presumption of fact (art. 2849 of the *Civil Code of Québec*). It follows that the City has not shown that the VRP claim falls within s. 19(2)(d) of the CCAA.

(2) Compensation Between Debts Arising Before and After an Initial Order (Pre-post Compensation)

[44] The bankruptcy of large companies often resulted in “the entire disruption of the corporation,

[41] Autrement dit, ces dispositions visent à faciliter la preuve du lien de causalité et du préjudice lorsqu'un tel recours est intenté, mais, faut-il le souligner, elles demeurent sans effet dans l'éventualité où un tribunal judiciaire conclut que la preuve relative à la fraude s'avère insuffisante; aussi, et surtout, elles ne facilitent en aucun cas la preuve d'une telle faute. Partant, l'art. 10 de la Loi 26 n'est d'aucun secours pour la Ville, qui, de toute manière, n'a pas cherché à démontrer, autrement qu'en invoquant la seule existence de l'entente PRV, que Groupe SM a participé à une fraude dans le cadre d'un contrat qu'elle lui a octroyé. À en juger par les régimes mis en œuvre par cette loi, la reconnaissance judiciaire de l'existence d'une fraude n'intervient que dans le régime propre au chapitre III de celle-ci. De plus, il appert que le renvoi à l'art. 10 dans l'art. 3 ne sert qu'à préciser quelles sont les personnes physiques visées par le PRV, en l'occurrence les administrateurs et dirigeants des entreprises.

[42] En dernier lieu, il convient de souligner qu'il est facile d'imaginer qu'une entreprise ayant conclu un contrat public possiblement litigieux avec un organisme public fasse le choix stratégique de participer au PRV par crainte de mauvaise publicité ou encore pour éviter de s'exposer au régime exorbitant prévu au chapitre III de la Loi 26, lequel serait susceptible d'emporter pour elle, si le recours était accueilli en faveur de l'organisme, une responsabilité financière additionnelle non négligeable, en sus des frais juridiques qu'elle aurait à déboursier.

[43] En somme, ni le contenu de l'entente PRV ni le cadre juridique qui lui est propre ne permettent de présumer que Groupe SM a admis avoir commis un acte frauduleux, pas plus que l'entente PRV ne constitue une présomption de fait grave, précise et concordante (art. 2849 du *Code civil du Québec*). Il s'ensuit que la Ville n'a pas démontré que la créance PRV relevait de l'al. 19(2)d) de la LACC.

(2) Compensation entre des dettes nées avant et après le prononcé de l'ordonnance initiale (compensation pré-post)

[44] La mise en faillite des grandes compagnies a fréquemment mené à [TRADUCTION] « la

loss of goodwill, and sale of assets on a discounted basis” (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2nd ed. 2013), at pp. 22-23; see also *Century Services*, at para. 16). Parliament, wishing to protect the survivability of such companies, which are essential to economic prosperity and to a high rate of employment, therefore set up a restructuring process in the CCAA that was designed to prevent them from being dismantled and having their assets liquidated at a discount (*Century Services*, at paras. 17-18 and 70; *Callidus*, at paras. 41-42).

[45] Initially, restructuring under the CCAA was done through a plan of arrangement or compromise negotiated between the debtor company and its creditors that averted the company’s bankruptcy by allowing it to adjust its debts and reorganize its business (S. E. Edwards, “Reorganizations Under the Companies’ Creditors Arrangement Act” (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587, at pp. 588-90 and 592). Later, liquidation under the CCAA emerged as a practice. Liquidation can also serve as a tool for restructuring a struggling business “by allowing the business to survive, albeit under a different corporate form or ownership” (*Callidus*, at para. 45; see also Sarra, at p. 169; K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4th ed. 2019), at p. 311).

[46] The primary tool that allows the CCAA to achieve its restructuring objective is a stay of proceedings and of creditors’ rights (Sarra, at pp. 17 and 52; McElcheran, at p. 5). The direct effect of a stay is that it creates a status quo period that stabilizes the debtor company’s situation by shielding it from its creditors while the restructuring process is under way (*Century Services*, at para. 60; see also *Kitco*, at para. 43 (CanLII)). Without such a period, there would be a free-for-all in which individual creditors would fight it out to enforce their rights without regard for the company’s survival or the maximization of its liquidation value (*Century Services*, at para. 22).

[47] During the status quo period, the debtor company can therefore continue operating without fear of being driven into bankruptcy by its creditors. This

perturbation complète des activités de l’entreprise, à la perte de sa clientèle et à la vente à rabais de son actif » (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2^e éd. 2013), p. 22-23; voir aussi *Century Services*, par. 16). Le législateur, soucieux de protéger la capacité de survie de ces compagnies essentielles à la prospérité économique et à un taux d’emploi élevé, a donc mis en place dans la LACC un processus de restructuration destiné à éviter leur démantèlement et la liquidation à rabais de leurs actifs (*Century Services*, par. 17-18 et 70; *Callidus*, par. 41-42).

[45] Initialement, la restructuration sous le régime de la LACC se faisait au moyen d’un plan d’arrangement ou de transaction négocié entre la compagnie débitrice et ses créanciers qui évitait sa mise en faillite en lui permettant de rajuster ses dettes et de réorganiser ses affaires (S. E. Edwards, « Reorganizations Under the Companies’ Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587, p. 588-590 et 592). Puis a émergé, en application de la LACC, une pratique de liquidation qui peut elle aussi constituer un outil de restructuration de l’entreprise en difficulté « en lui permettant de survivre, quoique sous une forme corporative différente ou sous la gouverne de propriétaires différents » (*Callidus*, par. 45; voir aussi Sarra, p. 169; K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4^e éd. 2019), p. 311).

[46] L’instrument principal qui permet à la LACC de réaliser son objectif de restructuration est la suspension des procédures et des droits des créanciers (Sarra, p. 17 et 52; McElcheran, p. 5). L’effet direct de la suspension est qu’elle instaure une période de statu quo qui stabilise la situation de la compagnie débitrice en la mettant à l’abri de ses créanciers pendant que la restructuration suit son cours (*Century Services*, par. 60; voir aussi *Kitco*, par. 43). L’absence d’une telle période entraînerait une situation anarchique où chaque créancier se battraient pour faire valoir ses droits, sans égard à la survie de l’entreprise ou à la maximisation de sa valeur de liquidation (*Century Services*, par. 22).

[47] Durant cette période, la compagnie débitrice peut donc poursuivre ses activités sans craindre d’être poussée à la faillite par ses créanciers. Ce

temporary respite creates an environment conducive to fair negotiations between the various stakeholders and gives the debtor the necessary time to prepare a plan of compromise or arrangement ensuring its survival, or to take steps to maximize the value of the business it operates with a view to its liquidation under the CCAA (*Meridian Developments Inc. v. Toronto Dominion Bank* (1984), 32 Alta. L.R. (2d) 150 (Q.B.), at para. 15; *Kitco*, at para. 43; *Callidus*, at paras. 40 and 46).

[48] The fundamental feature of the CCAA is a grant to the courts that apply it of a broad discretion to make any orders needed to ensure that restructuring is successful and that the CCAA's objectives are achieved (*Century Services*, at para. 19). The true “engine” driving the statutory scheme (*Callidus*, at para. 48, citing *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (Ont. C.A.), at para. 36), this judicial discretion also plays a prominent part in stays of proceedings.

[49] In principle, a court may deny a stay application. Such applications are rarely denied, however, to the point where the terms “initial order” and “stay order” have, in practice, become interchangeable (*Sarra*, at p. 51). Stays are in fact requested and granted systematically, other than in certain exceptional cases (p. 51).

[50] A stay is a temporary measure, however; once it has been lifted, creditors regain their ability to fully exercise their rights and remedies (*Quinsam Coal Corp., Re*, 2000 BCCA 386, 20 C.B.R. (4th) 145, at paras. 9 and 14). On an initial application in respect of a debtor company, a court may include in its initial order a first stay period of no more than 10 days (s. 11.02(1) of the CCAA). After that, the court may renew the stay for any period it considers necessary (s. 11.02(2) of the CCAA). When a stay is renewed, or at any other time in the course of the proceedings, an interested creditor may, in accordance with the procedure set out in the initial order, apply to the court to lift a stay affecting any of its rights or remedies (*Sarra*, at pp. 58-60 and 88; see also *Muscletech Research & Development Inc., Re*

moment de répit crée un environnement propice à une négociation équitable entre les différentes parties prenantes, en plus d’offrir à la débitrice le temps nécessaire pour préparer un plan de transaction ou d’arrangement assurant sa survie ou pour prendre des mesures maximisant la valeur de l’entreprise qu’elle exploite en vue de sa liquidation en vertu de la LACC (*Meridian Developments Inc. c. Toronto Dominion Bank* (1984), 32 Alta. L.R. (2d) 150 (B.R.), par. 15; *Kitco*, par. 43; *Callidus*, par. 40 et 46).

[48] La caractéristique fondamentale de la LACC est l’attribution au tribunal chargé de son application d’un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de rendre les ordonnances nécessaires pour mener à bon port la restructuration et atteindre les objectifs de la LACC (*Century Services*, par. 19). Véritable « moteur » du régime législatif (*Callidus*, par. 48, citant *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (C.A. Ont.), par. 36), ce pouvoir discrétionnaire du tribunal joue également un rôle de premier plan dans le cadre de la suspension des procédures.

[49] En principe, le tribunal peut refuser une demande de suspension. Ces demandes sont toutefois rarement refusées, à tel point que les termes « ordonnance initiale » et « ordonnance de suspension » sont devenus, en pratique, interchangeables (*Sarra*, p. 51). La suspension est en effet demandée et accordée systématiquement, si ce n’est dans certains cas exceptionnels (p. 51).

[50] La suspension est cependant une mesure temporaire; une fois levée, les créanciers retrouvent la capacité d’exercer pleinement leurs droits et recours (*Quinsam Coal Corp., Re*, 2000 BCCA 386, 20 C.B.R. (4th) 145, par. 9 et 14). Dans le cas d’une demande initiale visant une compagnie débitrice, le tribunal peut assortir son ordonnance initiale d’une première période de suspension d’une durée maximale de 10 jours (par. 11.02(1) de la LACC). Par la suite, la suspension peut être renouvelée par le tribunal pour la période qu’il estime nécessaire (par. 11.02(2) de la LACC). Au moment du renouvellement de la suspension, ou à tout autre moment au cours des procédures, un créancier intéressé peut, conformément à la procédure prévue à cet effet dans l’ordonnance initiale, demander au tribunal de lever

(2006), 19 C.B.R. (5th) 54 (Ont. S.C.J.), at para. 5; *Parc industriel Laprade inc. v. Conporec inc.*, 2008 QCCA 2222, [2008] R.J.Q. 2590, at paras. 7-8 and 14-15).

[51] While it is true that the *BIA* and the *CCAA* form part of an integrated body of insolvency law, there are nonetheless some fundamental differences between the two schemes (*Century Services*, at para. 78). Unlike the *BIA*, the *CCAA* gives courts a broad discretion to decide whether a stay is appropriate, to determine how long it should last and to adjust its scope depending on what is needed to restructure the debtor company and to achieve the objectives of the *CCAA*. In this regard, the *CCAA* has been described as a “skeletal” statute that does not contain “a comprehensive code that lays out all that is permitted or barred” (*Century Services*, at para. 57, quoting *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, at para. 44).

[52] To fully understand the rights and restrictions applicable in a given case, it is therefore not enough to read the legislation; it is also important to consider the court’s exercise of its discretion, which is reflected in all of the many orders made throughout the proceedings.

[53] The question raised by this appeal is therefore whether a court’s discretion allows it to stay a right to pre-post compensation, or set-off, invoked by a creditor under the civil law or the common law and, by extension, to authorize pre-post compensation in appropriate cases.

(a) *Power to Grant and Lift a Stay of the Right to Pre-post Compensation*

[54] In our view, the broad discretion conferred on a court by ss. 11 and 11.02 of the *CCAA* allows it to stay rights held by creditors if the exercise of those rights could jeopardize the restructuring process.

la suspension affectant l’un de ses droits ou recours (Sarrazin, p. 58-60 et 88; voir aussi *Muscletech Research & Development Inc., Re* (2006), 19 C.B.R. (5th) 54 (C.S.J. Ont.), par. 5; *Parc industriel Laprade inc. c. Conporec inc.*, 2008 QCCA 2222, [2008] R.J.Q. 2590, par. 7-8 et 14-15).

[51] Bien que la *LFI* et la *LACC* fassent partie d’un ensemble intégré de règles du droit de l’insolvabilité, il existe tout de même des différences fondamentales entre les deux régimes (*Century Services*, par. 78). En effet, contrairement à ce qui prévaut sous la *LFI*, la *LACC* confère au tribunal un large pouvoir discrétionnaire lui permettant de décider de l’opportunité d’une suspension, de déterminer la durée de celle-ci et d’en ajuster la portée selon les besoins de la restructuration et selon ce qui est nécessaire pour réaliser les objectifs de la *LACC*. En ce sens, la *LACC* a été décrite comme une loi [TRADUCTION] « schématique » ne contenant « pas un code complet énonçant tout ce qui est permis et tout ce qui est interdit » (*Century Services*, par. 57, citant *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, par. 44).

[52] Pour bien saisir les droits et restrictions applicables dans un cas donné, il ne suffit donc pas de lire la loi; il faut également se pencher sur l’exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire, lequel se manifeste dans toute la multitude d’ordonnances rendues tout au long des procédures.

[53] La question que soulève le présent pourvoi consiste donc à déterminer si le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal lui permet de suspendre le droit d’opérer compensation pré-post qu’invoque un créancier en vertu du droit civil ou de la common law et, corollairement, d’autoriser la compensation pré-post dans les cas qui s’y prêtent.

a) *Pouvoir d’accorder et de lever une suspension du droit à la compensation pré-post*

[54] Nous sommes d’avis que le vaste pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par les art. 11 et 11.02 de la *LACC* permet à celui-ci de suspendre des droits reconnus aux créanciers mais dont l’exercice

This includes a creditor's right to effect pre-post compensation.

[55] Under s. 11.02 of the CCAA, a court may stay any action, suit or other proceeding that might be brought against the debtor company. Despite the language of s. 11.02, which at first glance limits the power to order a stay to judicial proceedings, the courts have taken a large and liberal approach in interpreting the scope of the rights and remedies that can be included in a stay order (see *Meridian*, at para. 26; *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105 (C.A.), at pp. 113-14; *Smoky River Coal Ltd., Re*, 1999 ABCA 179, 71 Alta. L.R. (3d) 1, at paras. 31-33; McElcheran, at pp. 135 and 245-46; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2nd ed. 2015), at p. 363). For example, in *Quintette Coal*, the British Columbia Court of Appeal concluded that a creditor's right to pre-post set-off can be stayed just like any other enforcement measure with a high disruptive potential (see also *Associated Investors of Canada Ltd. (Manager of) v. Principal Savings & Trust Co. (Liquidator of)* (1993), 13 Alta. L.R. (3d) 115 (C.A.), at paras. 23-24; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, at paras. 13-16, aff'd 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116, at paras. 28-30). In our view, this interpretation is the correct one, as it advances the CCAA's remedial objectives and is consistent with its scheme.

[56] It can also be seen from the various model initial orders adopted by the country's superior courts that prohibitions against setting off debts are standard practice, and in the vast majority of cases take effect as soon as an initial order is made (see Court of Queen's Bench of Alberta, *Alberta Template CCAA Initial Order*, January 2019 (online), at paras. 14 and 16; Supreme Court of British Columbia, *Model CCAA Initial Order*, August 1, 2015 (online), at paras. 16 and 18; Ontario Superior Court of Justice, Commercial List, *Initial Order*, January 21, 2014 (online), at paras. 15-16; Superior Court of Quebec, Commercial Division, *Initial Order*, May 2014 (online), at paras. 10 and 12; Court of Queen's Bench for

serait susceptible de mettre en péril la restructuration, y compris le droit d'opérer compensation pré-post.

[55] L'article 11.02 de la LACC permet de suspendre toute action, poursuite ou autre procédure pouvant être intentée contre la compagnie débitrice. Malgré le texte de l'art. 11.02, qui limite à première vue aux procédures judiciaires l'application du pouvoir de suspension, la jurisprudence interprète de manière large et libérale l'étendue des droits et recours susceptibles d'être inclus dans une ordonnance de suspension (voir *Meridian*, par. 26; *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105 (C.A.), p. 113-114; *Smoky River Coal Ltd., Re*, 1999 ABCA 179, 71 Alta. L.R. (3d) 1, par. 31-33; McElcheran, p. 135 et 245-246; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2^e éd. 2015), p. 363). À titre d'exemple, dans l'arrêt *Quintette Coal*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que le droit d'un créancier d'opérer compensation pré-post pouvait être suspendu au même titre que toute autre mesure d'exécution possédant un fort potentiel perturbateur (voir aussi *Associated Investors of Canada Ltd. (Manager of) c. Principal Savings & Trust Co. (Liquidator of)* (1993), 13 Alta. L.R. (3d) 115 (C.A.), par. 23-24; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, par. 13-16, conf. par 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116, par. 28-30). Selon nous, cette interprétation est la bonne, puisqu'elle favorise les objectifs réparateurs de la LACC, en plus d'être cohérente avec l'économie de cette loi.

[56] À la lumière des divers modèles d'ordonnances initiales adoptés par les cours supérieures du pays, on constate d'ailleurs que l'interdiction d'opérer compensation entre des dettes est pratique courante et que, dans la très vaste majorité des cas, une telle interdiction entre en vigueur dès le prononcé de l'ordonnance initiale (voir Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, *Alberta Template CCAA Initial Order*, janvier 2019 (en ligne), par. 14 et 16; Cour suprême de la Colombie-Britannique, *Model CCAA Initial Order*, 1^{er} août 2015 (en ligne), par. 16 et 18; Cour supérieure de justice de l'Ontario, rôle des affaires commerciales, *Ordonnance initiale*, 21 janvier 2014 (en ligne), par. 15-16; Cour supérieure du Québec,

Saskatchewan, *Saskatchewan Template CCAA Initial Order*, December 6, 2017 (online), at paras. 15-16).

[57] A court's discretion is therefore broad enough to allow it to stay the right of creditors to effect pre-post compensation. In such a case, the prohibition against pre-post compensation flows directly from the stay order. Conversely, a court may in its discretion refuse to impose such a prohibition or, if pre-post compensation was stayed by the order, lift the stay at a later date to allow an interested creditor to assert its rights. On this point, we reject the absolute prohibition proposed by the Quebec Court of Appeal in *Kitco*, because we conclude that a court has the discretion to allow pre-post compensation in appropriate cases.

[58] The instances in which a court should not stay the right to effect pre-post compensation in an initial order will be rare, however. It must be borne in mind that a supervising judge's discretion, although broad, is not boundless. It must be exercised in furtherance of the CCAA's remedial objectives (*Callidus*, at para. 49).

[59] The status quo period could be rendered pointless if creditors were allowed to effect pre-post compensation without restraint (see *Kitco*, at paras. 20 and 43). *Tungsten*, in which the court stayed pre-post set-off, provides a good example of the disruptive potential of this form of set-off (*North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCSC 1382, 28 C.B.R. (6th) 147 ("*Tungsten* (S.C.)"), at para. 32, aff'd 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, at paras. 16, 20 and 25, and 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116, at para. 29). If a creditor could rely on compensation to refuse to pay for goods or services supplied by the debtor during the status quo period, the restructuring could be torpedoed. The debtor would have a disincentive to provide its creditors with goods and services because it would fear not being paid for them; it would then be deprived of the funds needed to continue

Chambre commerciale, *Ordonnance initiale*, mai 2014 (en ligne), par. 10 et 12; Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, *Saskatchewan Template CCAA Initial Order*, 6 décembre 2017 (en ligne), par. 15-16).

[57] Le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal est donc suffisamment large pour lui permettre de suspendre le droit des créanciers d'opérer compensation pré-post. Dans un tel cas, l'interdiction d'opérer compensation pré-post découle directement de l'ordonnance de suspension. En revanche, le tribunal peut à sa discrétion refuser d'imposer une telle interdiction ou, si la compensation pré-post a été suspendue par l'ordonnance, lever cette suspension par la suite pour permettre à un créancier intéressé de faire valoir ses droits. Sur ce point, nous écartons l'interdiction absolue proposée par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Kitco*, puisque nous concluons que le tribunal possède le pouvoir discrétionnaire de permettre la compensation pré-post dans les cas qui s'y prêtent.

[58] Rares seront toutefois les occasions où un tribunal ne devrait pas suspendre le droit d'opérer compensation pré-post dans l'ordonnance initiale. Faut-il le rappeler, le pouvoir discrétionnaire du juge surveillant, quoique vaste, n'est pas sans limites. Il doit tendre à la réalisation des objectifs réparateurs de la LACC (*Callidus*, par. 49).

[59] En effet, la période de statu quo pourrait devenir lettre morte si l'on permettait aux créanciers d'opérer sans retenue la compensation pré-post (voir *Kitco*, par. 20 et 43). L'affaire *Tungsten*, dans laquelle le tribunal avait suspendu l'exercice de la compensation pré-post constitue un bon exemple du potentiel perturbateur de cette forme de compensation (*North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCSC 1382, 28 C.B.R. (6th) 147 (« *Tungsten* (C.S.) »), par. 32, conf. par 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, par. 16, 20 et 25, et par 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116, par. 29). Si le créancier pouvait, en invoquant la compensation, refuser de payer le prix pour les biens ou services fournis par la débitrice pendant la période de statu quo, la restructuration risquerait d'être torpillée. La débitrice serait incitée à ne fournir ni biens ni services à ses créanciers par

operating (see *Kitco*, at paras. 46-48). Section 32 of the *CCAA* in fact gives the debtor a right — subject to the limits and formal requirements provided for in that provision — to disclaim or resiliate any agreement to which it is a party on the day on which the restructuring proceedings commence. In addition, an interim lender would most likely refuse to continue to finance the debtor’s operations during this period if the loaned funds were destined to enrich another creditor at its expense. Lastly, the rampart set up by a stay to protect against attacks from all sides by creditors would also crumble, thereby increasing the risk of the debtor’s collapse and bankruptcy (see also A. R. Anderson, T. Gelbman and B. Pullen, “Recent Developments in the Law of Set-off”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2009* (2010), 1, at pp. 22 and 29).

[60] The inevitable interruption of the business relationship between the debtor and those who are at once creditors and customers could not come at a worse time. Without these contracts and without the payment of accounts receivable and interim financing to replenish the debtor’s working capital, the resale value of its business would melt away, thus setting up roadblocks for restructuring it by way of liquidation. And such a situation could also be unfavourable to creditors that wish to effect compensation. If the debtor terminates a contract and refuses to perform it, the creditor concerned will be deprived of the benefit of the contract and will have to find a new contracting party in place of the debtor, with no guarantee that the price will remain the same.

[61] Furthermore, where pre-post compensation has been stayed, the court retains the discretion to lift the stay based on the specific facts of each case. However, it must be cautious in doing so, given the high disruptive potential of such compensation.

[62] In conclusion, we are of the view that ss. 11 and 11.02 of the *CCAA* authorize a court to stay pre-post compensation. Although we would temper the rule from *Kitco*, which involves an absolute prohibition against pre-post compensation, it is our view

crainte de ne pas être payée en retour; elle serait alors privée des fonds nécessaires pour poursuivre ses opérations (voir *Kitco*, par. 46-48). L’article 32 de la *LACC* lui donne justement le droit de résilier tout contrat auquel elle est partie à la date à laquelle les procédures de restructuration ont été intentées, sous réserve des limites et formalités qui sont prévues par cette disposition. De plus, le prêteur intérimaire refuserait fort probablement de continuer à financer les opérations de la débitrice durant cette période, si les sommes prêtées sont destinées à enrichir un autre créancier à son détriment. Enfin, le rempart érigé par la suspension contre les attaques tous azimuts des créanciers s’effriterait lui aussi, augmentant ainsi les risques de déconfiture et de faillite de la débitrice (voir aussi A. R. Anderson, T. Gelbman et B. Pullen, « Recent Developments in the Law of Set-off », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2009* (2010), 1, p. 22 et 29).

[60] L’inévitable interruption de la relation d’affaires entre la débitrice et ceux qui sont à la fois créanciers et clients ne pourrait intervenir à un pire moment. Sans ces contrats et sans un fonds de roulement regarni par le paiement des comptes à recevoir et le financement intérimaire, la valeur de revente de l’entreprise exploitée par la débitrice s’atrophierait, dressant alors des écueils à sa restructuration par voie de liquidation. Par ailleurs, une telle situation peut également être défavorable pour le créancier qui désire opérer compensation. Si la débitrice met fin au contrat et refuse de s’exécuter, le créancier concerné sera privé du bénéfice du contrat et devra trouver un nouveau cocontractant à la place de la débitrice, sans garantie que le prix restera le même.

[61] En outre, lorsque la compensation pré-post a été suspendue, le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de lever la suspension selon les faits particuliers de chaque affaire. Cependant, il doit faire preuve de prudence, considérant le fort potentiel perturbateur d’une telle compensation.

[62] Pour conclure, nous sommes d’avis que les art. 11 et 11.02 de la *LACC* autorisent le tribunal à suspendre l’exercice de la compensation pré-post. Tout en tempérant la règle énoncée dans l’arrêt *Kitco*, qui interdisait de manière absolue la compensation

that in the vast majority of cases an initial order will, and should, stay a creditor's right to set up pre-post compensation against the debtor. Finally, where an initial order has stayed the right of creditors to pre-post compensation, the court retains the discretion to lift the stay having regard to the circumstances.

(b) *Scope of Section 21 of the CCAA*

[63] In addition, we note that s. 21 of the CCAA does not grant creditors a right to pre-post compensation that would be shielded from a supervising judge's power to order a stay under ss. 11 and 11.02 of the CCAA. Although s. 21 of the CCAA indicates that there is a right to effect compensation in proceedings under that statute, we are of the opinion that it applies only to compensation between debts that arise *before an initial order is made* (in other words, "pre-pre compensation"). The modern approach to statutory interpretation dictates this conclusion (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, citing E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). Our interpretation of s. 21 of the CCAA is not based on an inappropriate analogy with the provisions of the BIA.

[64] Section 21 does state that it is possible to effect compensation in insolvency proceedings under the CCAA, but it does not specifically deal with pre-post compensation. It reads as follows:

Law of set-off or compensation to apply

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

Read in light of its context, its purpose and the scheme of the CCAA, s. 21 is, in our view, limited to authorizing pre-pre compensation for the purpose

pre-post, nous estimons que, dans la très vaste majorité des cas, l'ordonnance initiale suspendra, et devrait suspendre, le droit d'un créancier d'opposer à la débitrice une telle forme de compensation. Finalement, lorsque l'ordonnance initiale a suspendu le droit des créanciers à la compensation pré-post, le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de lever la suspension en fonction des circonstances.

(b) *La portée de l'art. 21 de la LACC*

[63] Nous soulignons par ailleurs que l'art. 21 de la LACC ne confère pas aux créanciers un droit à la compensation pré-post qui serait à l'abri du pouvoir de suspension dont dispose le juge surveillant en vertu des art. 11 et 11.02 de la LACC. Bien que l'art. 21 de la LACC atteste d'un droit d'opérer compensation dans le cadre des procédures prises sous cette loi, nous sommes d'avis qu'il ne vise que la compensation entre des dettes nées *avant le prononcé de l'ordonnance initiale* (autrement dit, la « compensation pré-pré »). Cette conclusion s'impose suivant la méthode moderne d'interprétation des lois (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87). Notre interprétation de l'art. 21 de la LACC ne repose pas sur une analogie inappropriée avec les dispositions de la LFI.

[64] En effet, cet article précise qu'il est possible d'opérer compensation dans le cadre de procédures en insolvabilité introduites sous le régime de la LACC, mais il ne traite pas expressément de la compensation pré-post. Cette disposition est rédigée ainsi :

Compensation

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

Lu à la lumière de son contexte, de son objet et de l'esprit de la LACC, nous sommes d'avis que l'art. 21 se limite à autoriser la compensation pré-pré aux fins

of quantifying creditors' claims on the date of commencement of proceedings.

[65] With regard to the context, s. 21 is in a different part of the statute than the one that provides for a court's discretion to order a stay. The power to order a stay (ss. 11 and 11.02) and most of the exceptions to it (see, e.g., ss. 11.01, 11.08 and 11.1) appear in Part II, which is entitled "Jurisdiction of Courts". Section 21, meanwhile, is in the division of Part III entitled "Claims", which also includes ss. 19 and 20. This indicates that Parliament probably did not consider s. 21 to be an exception to the stay period. If Parliament had in fact intended s. 21 to be an exception, it would have included it in Part II or expressly stated that it was an exception.

[66] What is more, when s. 21 is considered in the broader context of the "Claims" division, it becomes clear that this provision is part of a set of rules governing the claims that may be dealt with by a compromise or arrangement and the quantification of the resulting amounts.

[67] Section 19 specifies which claims may be dealt with by a compromise or arrangement (s. 19(1)) and those which will remain intact despite the creditors' agreement to a compromise or arrangement and its sanction by a court (s. 19(2)). Only claims arising before the date of commencement of bankruptcy or insolvency proceedings are "claims" that fall under s. 19 and therefore give creditors a right to vote on a compromise or arrangement. As for s. 20, it contains rules for determining the amount of claims. Once that amount has been determined, it can then be used to define the relative weight of the voting rights of each creditor with a claim.¹

¹ A plan of compromise or arrangement must be approved by a special majority representing two thirds in value of the creditors or a class of creditors (s. 6(1) of the CCAA).

de quantification des réclamations des créanciers au jour de l'ouverture.

[65] En ce qui concerne le contexte, l'art. 21 fait partie d'une section différente de celle visant le pouvoir discrétionnaire de suspension conféré au tribunal. Le pouvoir de suspension (art. 11 et 11.02) ainsi que la plupart de ses exceptions (voir, p. ex., art. 11.01, 11.08 et 11.1) figurent dans la partie II, intitulée « Juridiction des tribunaux ». Pour sa part, l'art. 21 fait plutôt partie de la section « Réclamations » de la partie III, qui comprend également les art. 19 et 20. Ceci indique que le législateur ne considérerait vraisemblablement pas l'art. 21 comme une exception à la période de suspension. Si son intention avait été plutôt d'en faire une exception, il aurait inclus l'art. 21 dans la partie II ou affirmé expressément qu'il s'agit d'une exception.

[66] Au surplus, il ressort d'un examen de l'art. 21 dans le contexte plus large de la section « Réclamations » que cette disposition fait partie d'un ensemble de règles encadrant les réclamations qui peuvent être considérées dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement et la quantification des montants qui en découlent.

[67] L'article 19 précise quelles sont les réclamations qui peuvent être considérées dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement (par. (1)) et celles qui demeureront intactes malgré l'acceptation par les créanciers d'une transaction ou d'un arrangement et son homologation par le tribunal (par. (2)). Seules les créances ayant pris naissance avant la date d'ouverture des procédures en faillite ou insolvabilité constituent des « réclamations » visées par l'art. 19 et donnent ainsi aux créanciers le droit de voter sur une transaction ou un arrangement. Quant à l'art. 20, il contient des règles permettant de déterminer le montant des réclamations. Une fois déterminé, ce montant permet ensuite de définir le poids relatif du droit de vote de chaque créancier détenant une réclamation¹.

¹ Le plan de transaction ou d'arrangement doit être approuvé par une majorité qualifiée des deux tiers en valeur des créanciers ou d'une catégorie de créanciers (par. 6(1) de la LACC).

[68] Section 21 complements ss. 19 and 20; the compensation authorized by s. 21 is intended, among other things, to determine the value of the claim that a creditor may have against the debtor on the *date of commencement of proceedings*. In other words, the purpose of s. 21 is to provide an accurate picture of the pecuniary interest each creditor has in the restructuring on the date of commencement of proceedings, and of the number of votes each creditor should have (see *Kitco*, at para. 83). This provision is not concerned with what might happen to the debtor's business after that date, because the date of commencement of proceedings is when [TRANSLATION] “the claims must be established” and therefore when the mutuality of debts must be assessed (B. Boucher, “Procédures en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*”, in *JurisClasseur Québec — Collection Droit des affaires — Faillite, insolvabilité et restructuration* (loose-leaf), by S. Rousseau, ed., fasc. 14, at No. 70; see also *Kitco*, at para. 34).

[69] With all due respect for our colleague, in light of the context of s. 21, it is evident that this provision is not meant to legitimize pre-post compensation.

[70] This contextual interpretation of s. 21, which limits its scope to pre-pre compensation, is also confirmed by the section's purpose. It was added to the CCAA to prevent the unfair situation that would result from a creditor being required to pay its debt to the debtor company in full but receiving almost nothing from the debtor in payment of its claim under an arrangement or compromise. The effect of s. 21 is that the creditor receives payment of its claim up to the value of the debt it owes to the debtor (Anderson, Gelbman and Pullen, at p. 27; Boucher, at No. 70; McElcheran, at p. 116).

[71] It is true that compensation “creat[es] a type of security interest in the [insolvent company's] estate” because it “[authorizes] the party claiming set-off [to] ‘reorde[r]’ . . . his priority” by reducing the value of that party's claim (*Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at paras. 59-60; see *Kitco*, at paras. 63-68). The

[68] L'article 21 complète les art. 19 et 20; la compensation autorisée par l'art. 21 vise, entre autres, à déterminer la valeur de la réclamation qu'un créancier peut avoir contre la débitrice au *jour de l'ouverture*. Autrement dit, l'art. 21 vise à donner l'heure juste sur l'intérêt pécuniaire que détient chaque créancier dans la restructuration au jour de l'ouverture et le nombre de votes dont il devrait disposer (voir *Kitco*, par. 83). Cette disposition s'intéresse peu à ce qui pourrait se passer postérieurement à cette date dans les affaires de la débitrice; en effet, c'est au jour de l'ouverture que « doivent être établies les réclamations » et donc que la réciprocité des dettes doit s'apprécier (B. Boucher, « Procédures en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* », dans *JurisClasseur Québec — Collection Droit des affaires — Faillite, insolvabilité et restructuration* (feuilles mobiles), par S. Rousseau, dir., fasc. 14, n° 70; voir aussi *Kitco*, par. 34).

[69] Avec égards pour l'opinion de notre collègue, à la lumière du contexte de l'art. 21, il est apparent que cette disposition n'a pas pour vocation de légitimer la compensation pré-post.

[70] Cette interprétation contextuelle de l'art. 21, qui limite son champ d'application à la compensation pré-pré, est également confirmée par son objet. Cette disposition a été ajoutée à la LACC afin de prévenir l'injustice qui résulterait du fait qu'un créancier serait tenu de payer intégralement sa dette à la compagnie débitrice, mais ne recevrait presque rien de la débitrice en paiement de sa créance aux termes d'un arrangement ou d'une transaction. En raison de l'art. 21, le créancier reçoit paiement de sa créance jusqu'à concurrence de la valeur de la dette qu'il devait à la débitrice (Anderson, Gelbman et Pullen, p. 27; Boucher, n° 70; McElcheran, p. 116).

[71] Il est vrai que la compensation « crée une sorte de garantie sur l'actif de la [compagnie insolvable] », parce qu'elle « autorise la partie qui invoque la compensation à “modifier” l'ordre de priorité » en réduisant la valeur de sa créance (*Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 59-60; voir *Kitco*, par. 63-68). Le créancier

creditor uses its indebtedness to the debtor as a form of security for its claim, security that is equal in value to its debt to the insolvent company (*Stein v. Blake*, [1996] 1 A.C. 243 (H.L.), at p. 251). This portion of its claim is therefore sure to be paid in full (*Husky Oil*, at para. 58). The effect of compensation is thus to deviate from the principle of equality among ordinary creditors, a fundamental principle of insolvency law that applies with equal force in proceedings under the CCAA, one of the remedial objectives of which is to ensure the fair and equitable treatment of the claims made against a debtor (*Callidus*, at para. 40). The exception created by compensation must therefore be interpreted narrowly. As a general rule, “[o]nce a formal insolvency process commences, all unsecured creditor remedies are stayed and the creditor must stand in line behind secured and preferred creditors and share any remaining recoveries in the estate *pro rata* with all other unsecured creditors” (McElcheran, at p. 78).

[72] The prejudice suffered by a creditor wishing to effect pre-post compensation does not justify expanding the scope of s. 21. When the debt owed by the creditor arises after a stay order has been made, prejudice is merely illusory. The fact that the creditor contracted obligations toward the debtor company during the stay period does not place it in a worse situation than it would have been in had it contracted with a third party instead. If it had contracted with a third party, it would likewise have had to pay the full price of the goods or services it obtained (*Tungsten* (S.C.), at para. 27). A creditor that contracts with the debtor company during the status quo period knows or ought to know that it will probably receive only pennies on the dollar in payment of its pre-order claim and that payment of its post-order debt will benefit it and the other creditors.

[73] Because there is really prejudice only in the case of pre-pre compensation, this exception to the

se sert de sa dette envers la débitrice comme d’une forme de garantie à l’égard de sa créance, une garantie d’une valeur égale à sa dette envers la compagnie insolvable (*Stein c. Blake*, [1996] 1 A.C. 243 (H.L.), p. 251). Cette portion de sa créance est donc assurée d’être payée en totalité (*Husky Oil*, par. 58). Par ses effets, la compensation déroge ainsi au principe de l’égalité entre les créanciers ordinaires, un principe fondamental du droit de l’insolvabilité qui s’applique avec autant de force dans le cadre de procédures intentées sous le régime de la LACC, dont l’un des objectifs réparateurs vise à assurer un traitement juste et équitable des réclamations déposées contre un débiteur (*Callidus*, par. 40). L’exception créée par la compensation doit donc être interprétée de manière restrictive. En règle générale, [TRADUCTION] « [u]ne fois que s’amorce formellement une procédure en matière d’insolvabilité, tous les recours des créanciers non garantis sont suspendus et chaque créancier doit faire la queue derrière les créanciers garantis et les créanciers privilégiés, et partager avec tous les autres créanciers non garantis, au prorata, toute somme qui reste dans le patrimoine » (McElcheran, p. 78).

[72] Le préjudice subi par un créancier désirant opérer compensation pré-post ne justifie pas d’élargir la portée de l’art. 21. Lorsque la dette due par le créancier prend naissance après le prononcé de l’ordonnance de suspension, le préjudice n’est qu’illusoire. Le fait que le créancier ait contracté des obligations envers la compagnie débitrice durant la période de suspension ne le place pas dans une pire situation que celle dans laquelle il aurait été s’il avait plutôt contracté avec un tiers. S’il avait contracté avec un tiers, il aurait de la même façon été contraint de payer intégralement le prix des produits ou services qu’il a obtenus (*Tungsten* (C.S.), par. 27). Le créancier qui contracte avec la compagnie débitrice durant la période de statu quo sait ou devrait savoir qu’il ne recevra probablement que des sous pour chaque dollar de sa créance pré-ordonnance et que le paiement de sa dette post-ordonnance lui bénéficiera, ainsi qu’aux autres créanciers.

[73] Puisque le préjudice ne se manifeste réellement qu’en ce qui concerne la compensation pré-pré,

principle of equality should apply to only one of the debtor's assets on the date of commencement of insolvency proceedings, that is, the debt owed to it by the creditor (*Kitco*, at para. 68; *Husky Oil*, at para. 59). Otherwise, giving the green light to pre-post compensation would amount to granting certain creditors an additional "type of security interest" in respect of new assets acquired by the debtor after the commencement of proceedings (for example, amounts received as interim financing). Professor Wood aptly describes the injustice that would thus befall the other ordinary creditors whose rights and remedies have been stayed:

The ability to exercise a right of set-off in restructuring proceedings can operate to improve greatly the position of one creditor at the expense of the other creditors. This is illustrated in the following example. Suppose that the debtor company owes \$1,000 to a creditor. The debtor company then initiates restructuring proceedings. While the proceedings are under way, the debtor company sells and delivers goods to the creditor for \$1,000. By exercising its right of set-off, the creditor obtains full recovery of its claim at the expense of the other unsecured creditors whose claims will be compromised or otherwise affected by the plan. [p. 400]

[74] Yet the very purpose of the stay period is to ensure that no creditor gains an advantage over the others while the restructuring of the debtor company is under way (*Woodward's Ltd., Re* (1993), 79 B.C.L.R. (2d) 257 (S.C.), at para. 12; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at para. 6; *Hawkair Aviation Services Ltd., Re*, 2006 BCSC 669, 22 C.B.R. (5th) 11, at para. 17). Pre-post compensation should not allow a creditor to do indirectly what it cannot do directly. Parliament could not have intended to create such an additional security interest that can be realized during the stay period simply because the creditor and the debtor company have a continuing business relationship.

[75] To repeat, viewing s. 21 as allowing pre-post compensation would undermine the effectiveness of the status quo period, would jeopardize the survival

cette exception au principe de l'égalité ne devrait donc porter que sur un seul des éléments d'actifs de la débitrice au jour de l'ouverture des procédures en insolvabilité, c'est-à-dire la dette du créancier à son endroit (*Kitco*, par. 68; *Husky Oil*, par. 59). Autrement, donner le feu vert à la compensation pré-post équivaldrait à attribuer à certains créanciers une « sorte de garantie » additionnelle sur de nouveaux éléments d'actif acquis par la débitrice après l'ouverture des procédures (par exemple, les sommes reçues à titre de financement intérimaire). Le professeur Wood décrit bien l'injustice qui serait ainsi causée aux autres créanciers ordinaires dont les droits et recours sont suspendus :

[TRANSLATION] La capacité d'exercer un droit d'opérer compensation lors de procédures de restructuration peut avoir pour effet d'améliorer grandement la position d'un créancier au détriment des autres. Voici un exemple qui illustre cette affirmation. Supposons qu'une compagnie débitrice doit 1 000 \$ à un créancier. Cette compagnie entame des procédures de restructuration. Alors que les procédures sont en cours, la compagnie débitrice vend et livre au créancier des biens d'une valeur de 1 000 \$. Exerçant son droit d'opérer compensation, ce dernier recouvre entièrement le montant de sa réclamation, au détriment des autres créanciers non garantis, dont les réclamations seront compromises ou autrement affectées par le plan. [p. 400]

[74] Or, l'objectif de la période de suspension est justement d'empêcher un créancier d'être avantagé par rapport aux autres pendant la restructuration de la compagnie débitrice (*Woodward's Ltd., Re* (1993), 79 B.C.L.R. (2d) 257 (C.S.), par. 12; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 6; *Hawkair Aviation Services Ltd., Re*, 2006 BCSC 669, 22 C.B.R. (5th) 11, par. 17). La compensation pré-post ne devrait pas permettre à un créancier de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement. Le législateur ne peut avoir souhaité créer une telle garantie additionnelle pouvant être réalisée pendant la période de suspension du seul fait que le créancier et la compagnie débitrice ont une relation d'affaires qui se poursuit.

[75] Faut-il le rappeler, considérer que l'art. 21 autorise la compensation pré-post minerait l'efficacité de la période de statu quo, mettrait en péril la survie

of the debtor company or the business it operates and could derail the restructuring process. It is clear that Parliament could not have intended that a struggling company, deprived of its only lifeline, be condemned to drown in its debts solely because a single creditor wanted to gain an advantage over the others. Such an outcome is contrary to the fundamental objectives of the CCAA.

[76] Before concluding, we will pause to briefly discuss *Kitco*. In that case, the Court of Appeal rejected a literal interpretation of s. 21 as allowing all forms of compensation, including pre-post compensation, without any restrictions. Our colleague is of the view that *Kitco*, which was applied by the majority of the Court of Appeal and by the supervising judge in the instant case, has created an asymmetry between the interpretation given to s. 21 of the CCAA by the Quebec courts and the interpretation given to it by the courts of other Canadian provinces. He cites *Air Canada, Re* (2003), 45 C.B.R. (4th) 13 (Ont. S.C.J.), and *Tungsten* in this regard.

[77] In our view, *Kitco* is not at odds with the jurisprudence of the rest of the country on the interpretation of s. 21. *Air Canada* and *Tungsten* did not determine whether pre-post compensation is consistent with the interpretation and objectives of the CCAA, let alone establish a framework for the exercise of this right by creditors.

[78] First of all, in *Air Canada*, the issues did not relate to the impact of pre-post compensation on the achievement of the CCAA's objectives. Rather, the case concerned the requirements for legal set-off at common law and the interpretation of a provision of the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11, that was worded differently from s. 18.1 (now s. 21) of the CCAA. On the subject of legal set-off, *Air Canada* argued that the making of an initial order under the CCAA results in a loss of mutuality between debts, by analogy with the vesting of a bankrupt's property in a trustee under the *BIA*. This was the context in which the court found that an

de la compagnie débitrice ou de l'entreprise qu'elle exploite et pourrait faire dérailler la restructuration. Il ne fait aucun doute que le législateur ne peut avoir souhaité qu'une compagnie en difficulté, privée de sa seule bouée de sauvetage, soit condamnée à crouler sous le poids de ses dettes, uniquement parce qu'un seul créancier a souhaité s'avantager au détriment des autres. Un tel résultat va à l'encontre des objectifs fondamentaux de la LACC.

[76] Avant de conclure, nous ouvrons une parenthèse au sujet de l'arrêt *Kitco*. Dans cette affaire, la Cour d'appel a rejeté l'interprétation littérale de l'art. 21 selon laquelle cette disposition autoriserait sans réserve toute forme de compensation, y compris la compensation pré-post. Notre collègue est d'avis que cet arrêt, appliqué par la majorité de la Cour d'appel et la juge surveillante dans la présente affaire, crée une asymétrie entre l'interprétation par les tribunaux québécois de l'art. 21 de la LACC et celle des tribunaux des autres provinces canadiennes. Notre collègue cite à cet égard les affaires *Air Canada, Re* (2003), 45 C.B.R. (4th) 13 (C.S.J. Ont.), et *Tungsten*.

[77] À notre avis, l'arrêt *Kitco* ne s'inscrit pas en faux contre la jurisprudence du reste du pays en ce qui concerne l'interprétation de l'art. 21. En effet, les affaires *Air Canada* et *Tungsten* n'ont pas tranché la question de savoir si la compensation pré-post est conforme à l'interprétation et aux objectifs de la LACC, et encore moins établi les balises entourant l'exercice de ce droit par des créanciers.

[78] D'abord, dans l'affaire *Air Canada*, les questions en litige ne portaient pas sur les répercussions de la compensation pré-post sur la réalisation des objectifs de la LACC. Cette affaire portait plutôt sur les critères de la compensation légale en common law, ainsi que sur l'interprétation d'une disposition de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, c. W-11, dont le texte différerait de celui de l'art. 18.1 de la LACC (maintenant l'art. 21 de la LACC). Au chapitre de la compensation légale, *Air Canada* prétendait que le prononcé d'une ordonnance initiale en vertu de la LACC entraînait une perte de réciprocité entre

initial order under the CCAA does not alter the status of creditor and debtor of the insolvent company, unlike what happens in a bankruptcy proceeding.

[79] Moreover, in *Tungsten*, the dispute related primarily to the possibility of staying the right to pre-post set-off. The judge who ruled on the applications did not analyze the arguments concerning the effects of pre-post set-off on the status quo period and on the underlying objectives of this period, finding that it was not necessary to do so in the circumstances. Our colleague maintains that the question of whether pre-post set-off could be effected was never raised by the parties, which by implication showed that it was permitted by s. 21 of the CCAA. In our view, the fact that the possibility of effecting pre-post set-off was not argued tends more to weaken the authority of that decision than to strengthen it.

[80] Therefore, and with due respect for the contrary view, the state of the law on the interpretation of s. 21 had not been settled elsewhere in Canada. When ruling in *Kitco*, the Court of Appeal was not bound by *Air Canada* and *Tungsten*.

[81] In summary, we conclude, as the Court of Appeal did in *Kitco*, that s. 21 of the CCAA allows pre-pre compensation for the purpose of quantifying creditors' claims on the date of commencement of proceedings (*Kitco*, at para. 82). This provision does not have the effect of authorizing pre-post compensation. That being said, s. 21 of the CCAA does not prohibit this form of compensation either. A supervising judge therefore retains the discretion to stay or to authorize the exercise of a right to pre-post compensation, or set-off, invoked by a creditor under the civil law or the common law.

[82] We turn now to the situation in this case.

les dettes, par analogie avec la saisine des biens du failli par un syndic sous le régime de la *LFI*. C'est dans ce contexte que le tribunal a conclu que l'ordonnance initiale rendue en application de la *LACC* ne modifie pas les qualités de créancière et de débitrice de la société insolvable, contrairement à une procédure de faillite.

[79] De plus, dans l'affaire *Tungsten*, le litige portait principalement sur la possibilité de suspendre le droit à la compensation pré-post. En première instance, le juge n'a procédé à aucune analyse des arguments relatifs aux impacts de la compensation pré-post sur la période de statu quo et sur les objectifs sous-jacents de cette dernière, estimant qu'il n'était pas nécessaire de le faire dans les circonstances. Notre collègue soutient que la question de savoir si la compensation pré-post pouvait s'opérer n'a jamais été soulevée par les parties, ce qui démontrait implicitement que cette compensation était permise par l'art. 21 de la *LACC*. Selon nous, l'absence de débat sur la possibilité d'opérer compensation pré-post a davantage pour effet d'affaiblir l'autorité de cette décision que de la renforcer.

[80] En conséquence, et avec égards pour l'opinion contraire, l'état du droit n'était pas définitif ailleurs au Canada sur l'interprétation de l'art. 21. Lorsqu'elle s'est prononcée dans l'arrêt *Kitco*, la Cour d'appel n'était pas liée par les affaires *Air Canada* et *Tungsten*.

[81] En somme, à l'instar de la Cour d'appel dans l'arrêt *Kitco*, nous concluons que l'art. 21 de la *LACC* permet la compensation pré-pré aux fins de quantification des réclamations des créanciers au jour de l'ouverture (*Kitco*, par. 82). Cette disposition n'a pas pour effet d'autoriser la compensation pré-post. Cela dit, l'art. 21 de la *LACC* n'a pas non plus pour effet d'interdire cette forme de compensation. Ainsi, le juge surveillant conserve le pouvoir discrétionnaire de suspendre ou d'autoriser l'exercice du droit à la compensation pré-post invoqué par un créancier en vertu du droit civil ou de la common law.

[82] Voyons ce qu'il en est en l'espèce.

(c) *Application*

[83] In the case at bar, the words of the stay order made by the Superior Court are broad enough to prohibit pre-post compensation:

No Exercise of Rights or Remedies

ORDERS that during the Stay Period, and subject to, *inter alia*, subsection 11.1 CCAA, all rights and remedies, including, but not limited to modifications of existing rights and events deemed to occur pursuant to any agreement to which any of the Debtors is a party as a result of the insolvency of the foreign Debtors and/or these CCAA proceedings, any events of default or non-performance by the Debtors or any admissions or evidence in these CCAA proceedings, of any individual, natural person, firm, corporation, partnership, limited liability company, trust, joint venture, association, organization, governmental body or agency, or any other entity (all of the foregoing, collectively being “Persons” and each being a “Person”) against or in respect of the Debtors, or affecting the Business, the Property or any part thereof, are hereby stayed and suspended except with leave of this Court.

...

No Interference with Rights

ORDERS that during the Stay Period, no Person shall discontinue, fail to honour, alter, interfere with, repudiate, resiliate, terminate or cease to perform any right, renewal right, contract, agreement, licence or permit in favour of or held by the Debtors, except with the written consent of the Debtors, as applicable, and the Monitor, or with leave of this Court. [Emphasis added.]

(A.R., vol. I, at p. 75)

[84] Given that the order stayed compensation in respect of pre-post claims, what remains to be determined is whether the Superior Court should have

c) *Application*

[83] Dans la présente affaire, les termes de l’ordonnance de suspension rendue par le Tribunal sont suffisamment larges pour interdire la compensation pré-post :

[TRADUCTION]

Suspension des droits et recours

ORDONNE CE QUI SUIIT : Durant la Période de suspension, et sous réserve, entre autres, de l’article 11.1 de la LACC, tous les droits et recours, notamment les modifications aux droits existants et les événements réputés survenir suivant toute entente à laquelle l’un des Débiteurs est partie en raison de l’insolvabilité des Débiteurs étrangers et/ou des présentes procédures fondées sur la LACC, de quelque manquement ou inexécution par les Débiteurs ou de quelque admission ou témoignage dans le cadre de ces procédures fondées sur la LACC, de quelque personne physique, firme, personne morale, société de personnes, société à responsabilité limitée, fiducie, coentreprise, association, organisation, organisme ou agence du gouvernement, ou de toute autre entité (toutes les entités énumérées précédemment étant appelées collectivement « Personnes » et individuellement « Personne ») visant les Débiteurs ou s’y rapportant, ou touchant l’Entreprise, les Biens ou toute partie de ceux-ci, sont suspendus par les présentes, sauf sur autorisation de la Cour.

...

Interdiction de porter atteinte aux droits

ORDONNE CE QUI SUIIT : Durant la Période de suspension, il est interdit à toute Personne de supprimer, de refuser d’honorer, de modifier, de violer, de répudier, de résilier ou de cesser d’exécuter, selon le cas, quelque droit, droit de renouvellement, contrat, entente, licence ou permis en faveur des Débiteurs ou détenu par ceux-ci, sauf avec le consentement écrit des Débiteurs, le cas échéant, et du Contrôleur, ou sur autorisation de la Cour. [Nous soulignons.]

(d.a., vol. I, p. 75)

[84] L’ordonnance ayant suspendu la compensation à l’égard des créances pré-post, il reste à déterminer si le Tribunal aurait dû exercer son

exercised its discretion under s. 11 of the CCAA and allowed such compensation in respect of the VRP claim. Although we are of the view that the supervising judge erred in finding, in reliance on *Kitco*, that she had no discretion to authorize pre-post compensation, we feel that remanding the case to the court of original jurisdiction would be unhelpful and would not be in the interests of justice. What is more, the delays resulting from this case have prejudiced the rights of third persons in good faith involved in the restructuring of SM Group. In this regard, Thornhill was unable to reimburse, as stipulated, the transition financing granted by the interveners Alaris Royalty Corp. and Integrated Private Debt Fund V LP, which are also creditors of SM Group, largely because of the City's refusal to pay the cost of the work done by SM Group.

[85] In exercising its discretion under the CCAA, a court must keep three baseline considerations in mind: (1) the appropriateness of the order being sought, (2) due diligence and (3) good faith on the applicant's part (*Callidus*, at para. 49; *Century Services*, at para. 70).

[86] The first consideration, the appropriateness of the order being sought, relates both to the order itself and to the means that are employed (*Century Services*, at para. 70). It is assessed in light of the remedial objectives of the CCAA (*Callidus*, at para. 49; *Century Services*, at para. 70). These remedial objectives include the following: avoiding the social and economic losses resulting from the liquidation of an insolvent company; maximizing creditor recovery; ensuring fair and equitable treatment of the claims against the debtor company; preserving going-concern value where possible; protecting jobs and communities affected by the company's financial distress; and enhancing the credit system generally (*Callidus*, at paras. 40-42). In this regard, the context of restructuring by way of liquidation, and the impact of pre-post compensation on its progress, can be weighed by a court in exercising its discretion. In addition, protecting the public interest, although it overlaps a number of the remedial objectives to be considered by the courts, must also be included

pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 11 de la LACC et permettre l'application de cette compensation à l'égard de la créance PRV. Bien que nous soyons d'avis que la juge surveillante a fait erreur en concluant qu'elle ne possédait aucun pouvoir discrétionnaire l'habilitant à autoriser la compensation pré-post en se basant sur l'arrêt *Kitco*, il nous apparaît que le renvoi du dossier en première instance serait inutile et contraire aux intérêts de la justice. Au surplus, les délais occasionnés par le présent dossier causent préjudice aux droits des tiers de bonne foi ayant participé à la restructuration de Groupe SM. À cet égard, Thornhill n'a pas été en mesure de rembourser, selon les termes stipulés, le financement de transition consenti par les intervenantes Alaris Royalty Corp. et Integrated Private Debt Fund V LP, également créancières de Groupe SM, notamment en raison du refus de la Ville d'acquitter le coût des travaux effectués par Groupe SM.

[85] Dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère la LACC, le tribunal doit garder à l'esprit trois considérations de base : (1) l'opportunité de l'ordonnance sollicitée, (2) la diligence et (3) la bonne foi du demandeur (*Callidus*, par. 49; *Century Services*, par. 70).

[86] La première considération, soit le caractère opportun de l'ordonnance sollicitée, vise tout autant l'ordonnance elle-même que les moyens utilisés (*Century Services*, par. 70). Elle s'évalue au regard des objectifs réparateurs de la LACC (*Callidus*, par. 49; *Century Services*, par. 70). Parmi ces objectifs réparateurs, mentionnons les suivants : éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d'une compagnie insolvable; maximiser le recouvrement au profit des créanciers; assurer un traitement juste et équitable des réclamations déposées contre la compagnie débitrice; préserver la valeur d'exploitation dans la mesure du possible; protéger les emplois et les collectivités touchées par les difficultés financières de l'entreprise; améliorer le système de crédit de manière générale (*Callidus*, par. 40-42). À ce chapitre, le contexte d'une restructuration par voie de liquidation, ainsi que les répercussions de la compensation pré-post sur son bon déroulement, peuvent être soupesés par le tribunal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. De

in this list (*Callidus*, at para. 40; *Century Services*, at para. 60).

[87] Here, the City argues that protecting the public interest is a consideration that favours pre-post compensation. It submits that the majority of the Court of Appeal erred in not considering [TRANSLATION] “the public interest in ensuring the recovery of fraudulently misappropriated public funds” (A.F., at para. 2; see also para. 80). We cannot accept this argument, for the following reasons.

[88] In our view, the City is wrongly conflating the public interest with its own interest as a public body with a claim. The objective of protecting the public interest does not mean that public bodies should be placed in a better position than other creditors because their claims relate to public funds. That would be contrary to the principle of equality among creditors. In the context of the CCAA, protecting the public interest therefore cannot be reduced to protecting the interests of a particular creditor. It involves taking account of interests beyond those of the debtor company and its creditors, such as the interests of employees whose jobs are threatened or of the community in which the debtor company operates (*Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1, at para. 102; *Metcalfe*, at paras. 50-52; Sarra, at pp. 162 and 501; Wood, at p. 341; see also, for a clear illustration, *Canadian Red Cross Society/Société canadienne de la Croix-Rouge, Re* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at para. 50).

[89] Protecting the public interest can also encompass considerations of commercial morality that reflect societal norms, such as considerations related to the fact that no one should profit from fraudulent activities in which they have taken part (A. Keay, “Insolvency Law: A Matter of Public Interest?” (2000), 51 *N. Ir. Legal Q.* 509, at pp. 513 and 525). In very specific circumstances, a court could therefore conclude that protection of the public interest and the CCAA’s other remedial objectives justify authorizing

surcroît, bien qu’elle recoupe un certain nombre des objectifs réparateurs dont les tribunaux doivent tenir compte, la protection de l’intérêt public doit elle aussi figurer sur cette liste (*Callidus*, par. 40; *Century Services*, par. 60).

[87] En l’espèce, la Ville prétend que la protection de l’intérêt public milite en faveur de la compensation pré-post. Elle estime que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont commis une erreur en ne considérant pas « l’intérêt public de voir à la récupération des deniers publics détournés frauduleusement » (m.a., par. 2; voir aussi par. 80). Nous ne pouvons retenir cette prétention. Voici pourquoi.

[88] Selon nous, la Ville amalgame à tort l’intérêt public avec son propre intérêt en tant qu’organisme public titulaire d’une créance. L’objectif de protection de l’intérêt public ne signifie pas que les entités publiques devraient être placées dans une position plus avantageuse que les autres créanciers parce que leurs créances concernent des deniers publics. Cela contredit le principe de l’égalité entre les créanciers. Dans le contexte de la LACC, la protection de l’intérêt public ne saurait donc être réduite à la protection de l’intérêt d’un créancier en particulier. Elle suppose la prise en compte d’intérêts qui dépassent ceux de la compagnie débitrice et de ses créanciers, comme celui des employés dont les emplois sont menacés ou celui de la communauté dans laquelle évolue la compagnie débitrice (*Ernst & Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1, par. 102; *Metcalfe*, par. 50-52; Sarra, p. 162 et 501; Wood, p. 341; voir aussi, pour une illustration éloquent, *Canadian Red Cross Society/Société canadienne de la Croix-Rouge, Re* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 50).

[89] La protection de l’intérêt public peut aussi s’étendre à des considérations de moralité commerciale qui reflètent les normes sociales, comme des considérations liées au fait que nul ne devrait bénéficier d’activités frauduleuses auxquelles il a pris part (A. Keay, « Insolvency Law : A Matter of Public Interest? » (2000), 51 *N. Ir. Legal Q.* 509, p. 513 et 525). Dans des circonstances bien particulières, le tribunal pourrait donc conclure que la protection de l’intérêt public, de même que les

pre-post compensation in favour of a creditor that has proved that it was a victim of fraud within the meaning of s. 19(2)(d) of the CCAA, which explains the relevance of determining whether the VRP claim is a claim resulting from fraud in this case. But while such a conclusion is possible in law, it should not be drawn automatically. In every case, a court should exercise its discretion as indicated in *Callidus* and *Century Services*, and if it so happens that predominant weight must be given to the objective of protecting the public interest, the court should take care not to reduce the public interest to the interests of a particular creditor or group of creditors.

[90] In the instant case, the City's VRP claim is an ordinary claim because, as we have indicated, the City has not proved the alleged fraud and such proof cannot be inferred solely from the fact that its claim is related to an agreement entered into under the VRP. Its argument that the objective of protecting the public interest favours pre-post compensation must therefore be rejected. The City has not relied on any of the CCAA's other remedial objectives in support of its position. It follows that it has not discharged its burden of proving that the order being sought is appropriate. Moreover, the work performed for the City by SM Group was in the public interest, as it involved continuing to carry out major projects, such as the construction of the Samuel De Champlain Bridge and the rebuilding of the Turcot Interchange.

[91] The second consideration, due diligence, clearly weighs against pre-post compensation by the City. Under the CCAA, this consideration is important because it "discourages parties from sitting on their rights and ensures that creditors do not strategically manoeuvre or position themselves to gain an advantage" (*Callidus*, at para. 51). The procedure set out in the CCAA involves negotiations as well as compromises between the debtor and stakeholders and is overseen by a court and a monitor; it follows that all those who participate must be on an equal footing and must have a clear understanding of their respective obligations and rights (para. 51). This

autres objectifs réparateurs de la LACC, justifient d'autoriser la compensation pré-post en faveur d'un créancier qui a démontré avoir été victime de fraude au sens de l'al. 19(2)d) de la LACC, d'où la pertinence de déterminer si la créance PRV est une réclamation qui découle de fraude dans le cas qui nous occupe. Mais si une telle conclusion est possible en droit, elle ne devrait pas relever de l'automatisme. Dans chaque cas, le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire de la façon indiquée dans les arrêts *Callidus* et *Century Services*, et si d'aventure il est appelé à accorder un poids prépondérant à l'objectif de protection de l'intérêt public, il doit se garder de réduire l'intérêt public à l'intérêt d'un créancier ou d'un groupe de créanciers en particulier.

[90] En l'espèce, la créance PRV de la Ville est une créance ordinaire, puisque, comme nous l'avons indiqué, la Ville n'a pas apporté la preuve de la fraude alléguée et cette preuve ne saurait s'inférer du seul fait que sa créance se rattache à une entente conclue en vertu du PRV. En conséquence, sa prétention selon laquelle l'objectif de protection de l'intérêt public milite en faveur de la compensation pré-post doit être rejetée. La Ville n'a pas invoqué d'autre objectif réparateur de la LACC au soutien de sa position. Il s'ensuit qu'elle ne s'est pas déchargée du fardeau qui lui incombait d'établir le caractère indiqué de l'ordonnance sollicitée. De plus, les travaux effectués par Groupe SM pour la Ville étaient dans l'intérêt public, puisqu'ils consistaient à poursuivre la réalisation de chantiers majeurs, tels que la construction du pont Samuel-De Champlain et la réfection de l'échangeur Turcot.

[91] La deuxième considération, soit celle de la diligence, milite clairement à l'encontre de l'exercice de la compensation pré-post par la Ville. Sous le régime de la LACC, cette considération est importante étant donné qu'elle « décourage les parties de rester sur leurs positions et fait en sorte que les créanciers n'utilisent pas stratégiquement de ruse ou ne se placent pas eux-mêmes dans une position pour obtenir un avantage » (*Callidus*, par. 51). La procédure prévue par la LACC implique des négociations ainsi que des transactions entre le débiteur et les intéressés et elle est supervisée par le tribunal et le contrôleur; il s'ensuit que tous les acteurs qui y participent doivent

Court accordingly reached the following conclusion in *Callidus*:

A party's failure to participate in CCAA proceedings in a diligent and timely fashion can undermine these procedures and, more generally, the effective functioning of the CCAA regime (see, e.g., *North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, at paras. 21-23; *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, at para. 11; *Caterpillar Financial Services Ltd. v. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701, at paras. 51-52, in which the courts seized on a party's failure to act diligently). [para. 51]

[92] In this case, it is clear that the City did not act in accordance with the standard of diligence expected in CCAA proceedings. On this point, Deloitte submits that the City should have given notice of its intention to effect compensation in the days after the initial order was made on August 24, 2018. The record does not show that the City learned of the initial order on August 24, 2018, but, as indicated in an email to counsel for Deloitte, the City was aware of the existence of that order by at least September 10, 2018. Whatever the case may be, we are of the view that a diligent creditor, after learning of the debtor's insolvency when it is subject to proceedings under the CCAA, cannot wait 47 to 58 days to notify the debtor of its intention to effect compensation.

[93] The City justifies the lateness of its application by stating that it was waiting for one of the payments on the VRP claim, which was due on October 31, 2018, before taking any action. Yet the VRP agreement indicates that the payment in question was actually due on October 1, 2018. Furthermore, the City knew or ought to have known that the term had already expired several weeks earlier, as SM Group's insolvency had resulted in the loss of the benefit of the term of the VRP claim.

se trouver sur un pied d'égalité et avoir une compréhension sans équivoque de leurs obligations et droits respectifs (par. 51). En conséquence, dans l'arrêt *Callidus*, notre Cour a conclu :

La partie qui, dans le cadre d'une procédure fondée sur la LACC, n'agit pas avec diligence et en temps utile risque de compromettre le processus et, de façon plus générale, de nuire à l'efficacité du régime de la Loi (voir, p. ex., *North American Tungsten Corp. c. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, par. 21-23; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada c. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276, par. 11; *Caterpillar Financial Services Ltd. c. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701, par. 51-52, où les tribunaux se sont penchés sur le manque de diligence d'une partie). [par. 51]

[92] Dans la présente affaire, il appert clairement que la Ville ne s'est pas comportée conformément à la norme de diligence attendue dans le cadre d'une procédure fondée sur la LACC. À ce propos, Deloitte soutient que la Ville aurait dû signifier son intention d'opérer compensation dans les jours qui ont suivi le prononcé de l'ordonnance initiale, le 24 août 2018. Le dossier ne révèle pas que la Ville a pris connaissance de l'ordonnance initiale dès le 24 août 2018, mais, tel qu'indiqué dans un courriel adressé au procureur de Deloitte, elle connaissait l'existence de cette ordonnance depuis le 10 septembre 2018 au moins. Quoi qu'il en soit, nous sommes d'avis qu'un créancier diligent, une fois qu'il a pris connaissance de l'insolvabilité du débiteur alors qu'il est l'objet d'une procédure intentée en vertu de la LACC, ne peut attendre de 47 à 58 jours pour lui signifier son intention d'opérer compensation.

[93] La Ville justifie la tardiveté de sa demande en affirmant qu'elle attendait un des paiements de la créance PRV dû le 31 octobre 2018, avant de prendre quelque action que ce soit. Or, l'entente PRV indique plutôt que ce paiement était dû le 1^{er} octobre 2018. De plus, la Ville savait ou aurait dû savoir que le terme était échu depuis plusieurs semaines déjà, puisque l'insolvabilité de Groupe SM a entraîné la perte du bénéfice du terme de la créance PRV.

[94] Whether intentional or not, this inaction on the City's part tended to place it in a better position than other ordinary creditors at what, we should point out, was a critical time in the restructuring process. By invoking compensation, the City could obtain services without paying for them. The City had to suspect that if it had indicated its intention to proceed in this manner right from the start, as due diligence requires, SM Group would likely have refused to undertake the work provided for in the contract, knowing that it would not be paid and that this would be a major stumbling block in the interim financing process. What is more, under s. 32 of the CCAA, SM Group could even have asked that the contract be resiliated.

[95] In summary, the considerations that guide the exercise of a court's discretion do not justify lifting the stay of the City's right to pre-post compensation. Given our conclusions on the first two considerations, it is not necessary for us to discuss the City's good faith. In our view, remanding the case to the court of original jurisdiction would lead inevitably to the same outcome.

B. *Water Meter Contract Claim*

[96] Here again, the words of the stay order made by the Superior Court are broad enough to prohibit pre-post compensation. However, the Superior Court agreed to lift the stay of proceedings to allow the City to establish the existence and amount of its claim in the case relating to the water meter contract. The relevant excerpts from its judgment are as follows:

[TRANSLATION]

THE COURT, seized of the Application of Ville de Montréal dated September 27, 2018 for authorization to lift the stay of proceedings in order to deal with and liquidate a claim in the Civil Division ("**Application**");

...

LIFTS, in favour of the Applicant, Ville de Montréal, the stay of proceedings ordered in this case with regard to S.M.

[94] Intentionnelle ou non, cette inaction de la Ville était de nature à la placer dans une position plus avantageuse que celle des autres créanciers ordinaires, et ce, faut-il le souligner, à un moment crucial des procédures de restructuration. En effet, en invoquant compensation, elle pouvait, ce faisant, obtenir des services sans les payer. La Ville devait se douter que si elle avait manifesté son intention de procéder ainsi dès le départ, en toute diligence, Groupe SM aurait vraisemblablement refusé d'entreprendre les travaux prévus au contrat, sachant qu'il ne serait pas payé et qu'il s'agirait là d'un obstacle majeur au processus de financement intérimaire. Qui plus est, suivant l'art. 32 de la LACC, Groupe SM aurait même pu demander la résiliation de ce contrat.

[95] En somme, les considérations guidant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal ne justifient pas de lever la suspension du droit à la compensation pré-post de la Ville. Considérant nos conclusions relatives aux deux premières considérations, il n'est pas nécessaire de nous pencher sur la bonne foi de la Ville. Nous sommes d'avis que le renvoi du dossier en première instance mènerait inéluctablement au même résultat.

B. *Créance relative au contrat des compteurs d'eau*

[96] Ici encore, les termes de l'ordonnance de suspension prononcée par le Tribunal sont suffisamment larges pour interdire la compensation pré-post. Le Tribunal a cependant accepté de lever la suspension des procédures pour permettre à la Ville d'établir l'existence et le montant de sa créance dans le dossier relatif au contrat des compteurs d'eau. Voici les extraits pertinents de son jugement :

LE TRIBUNAL, saisi de la Demande de la Ville de Montréal datée du 27 septembre 2018 pour être autorisée à lever la suspension des procédures afin de traiter et liquider une réclamation en Chambre civile (la « **Demande** »);

...

LÈVE, en faveur de la Requérante Ville de Montréal, la suspension des procédures ordonnée dans ce dossier

Consultants Inc., The S.M. Group Inc., The SMI Group Inc. and The S.M. Group International L.P. (“**Debtors Concerned**”) . . . for the sole purpose of allowing the Applicant, Ville de Montréal, to establish its claim against the Debtors Concerned . . . in the proceedings instituted in the Superior Court of Quebec bearing number 500-17-104932-184; [Emphasis added.]

(A.R., vol. IV, at p. 129)

[97] This order did not authorize the City to withhold the amounts owed to SM Group for the work subsequent to the initial order with a view to effecting compensation if the City was successful in the case relating to the water meter contract. The City submits that it is entitled to withhold the payments owed to SM Group until judgment is rendered in that case.

[98] In the circumstances, an order allowing the City to withhold the amounts owed to SM Group pending the outcome of the case relating to the water meter contract would not be appropriate. Remanding the case to the court of original jurisdiction for a decision on this question would, once again, be unhelpful and contrary to the interests of justice.

[99] Not only would the order being sought by the City place Thornhill at the mercy of the outcome of lengthy and complex judicial proceedings — which, it must not be forgotten, concern a claim for several million dollars — but it would not be appropriate for the same reasons as those relating to the VRP claim. The City is conflating the public interest with its own interest as a public body with a claim that was never established. In addition, the City did not act diligently. Although its originating application in the case relating to the water meter contract was filed on September 26, 2018, it breached its obligation of diligence by waiting until November 7, 2018 before indicating its intention to effect compensation, even though it had been aware of the initial order since at least September 10, 2018.

à l’égard de Les Consultants S.M. inc., Le Groupe S.M. inc., le Groupe SMI inc. et Le Groupe S.M. International S.E.C. (les « **Débitrices visées** ») [. . .] afin uniquement de permettre à la Requérante, Ville de Montréal, d’établir sa réclamation contre les Débitrices visées [. . .] dans le cadre des procédures initiées devant la Cour supérieure du Québec portant le numéro 500-17-104932-184; [Nous soulignons.]

(d.a., vol. IV, p. 129)

[97] Cette ordonnance n’a pas autorisé la Ville à retenir les sommes dues à Groupe SM pour les travaux postérieurs à l’ordonnance initiale en vue d’opérer compensation dans l’éventualité où elle aurait gain de cause dans le dossier relatif au contrat des compteurs d’eau. La Ville affirme qu’elle est en droit de retenir les paiements dus à Groupe SM jusqu’à ce qu’un jugement soit rendu dans l’affaire relative au contrat des compteurs d’eau.

[98] Dans les circonstances, une ordonnance permettant à la Ville de retenir les sommes dues à Groupe SM jusqu’au dénouement du litige relatif au contrat des compteurs d’eau n’est pas indiquée. Le renvoi du dossier en première instance pour trancher cette question serait, encore une fois, inutile et contraire aux intérêts de la justice.

[99] En effet, non seulement l’ordonnance recherchée par la Ville placerait Thornhill à la merci du résultat de procédures judiciaires longues et complexes — qui, faut-il le rappeler, concernent une créance de plusieurs millions —, mais elle ne serait pas indiquée pour les mêmes motifs que ceux relatifs à la créance PRV. La Ville confond ici l’intérêt public et son propre intérêt en tant qu’organisme public titulaire d’une créance qui n’a jamais été établie. Ensuite, la Ville n’a pas fait montre de diligence. Même si sa demande introductive d’instance dans le dossier relatif au contrat des compteurs d’eau a été introduite le 26 septembre 2018, la Ville a manqué à son obligation de diligence en attendant au 7 novembre 2018 pour signaler son intention d’opérer compensation, alors qu’elle avait connaissance de l’ordonnance initiale au moins depuis le 10 septembre 2018.

VI. Conclusion

[100] For these reasons, we would dismiss this appeal with costs.

English version of the reasons delivered by

[101] BROWN J. (dissenting) — I agree with the majority that a supervising judge has a discretion under s. 11 of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”), as to whether to allow a creditor to effect compensation, or set-off, between pre-initial order and post-initial order debts (“pre-post compensation”). I find, however, that this discretion is not limited solely to the exceptional circumstances the majority describes. While my colleagues in the majority recognize the broad discretion conferred on a supervising judge by the CCAA, in my view they fail to give full effect to it by concluding that pre-post compensation will never be authorized unless there are exceptional circumstances.

[102] Moreover, unlike my colleagues who limit the scope of s. 21 of the CCAA to compensation between debts arising before an initial order is made, I conclude that pre-post compensation is permitted under s. 21 of the CCAA but that it must be subject to the exercise of a supervising judge’s discretion. The majority at the Quebec Court of Appeal (2020 QCCA 438), like the supervising judge (2019 QCCS 2316), erred in relying on the Quebec Court of Appeal’s decision in *Quebec (Agence du revenu) v. Kitco Metals Inc.*, 2017 QCCA 268, to conclude that pre-post compensation will never be authorized. But, for the reasons set out below, this Court must in my view reject the approach taken in *Kitco*.

[103] Given that the supervising judge in this case did not exercise her discretion, believing herself to be bound by *Kitco*, it would be unwise for this Court to exercise that discretion for the first time in order to determine whether Ville de Montréal

VI. Conclusion

[100] Pour ces motifs, nous sommes d’avis de rejeter le présent pourvoi avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

[101] LE JUGE BROWN (dissident) — Je partage l’avis de la majorité selon lequel le juge surveillant possède, en vertu de l’art. 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« LACC »), le pouvoir discrétionnaire d’autoriser ou non un créancier à opérer compensation entre des dettes pré-ordonnance initiale et post-ordonnance initiale (« compensation pré-post »). Cependant, j’estime que ce pouvoir n’est pas limité aux seules circonstances exceptionnelles décrites par la majorité. En effet, à mon avis, bien qu’ils reconnaissent le large pouvoir discrétionnaire conféré au juge surveillant par la LACC, mes collègues majoritaires échouent à lui donner plein effet en ce qu’ils concluent que la compensation pré-post ne sera jamais autorisée sauf circonstances exceptionnelles.

[102] En outre, contrairement à mes collègues, qui restreignent le champ d’application de l’art. 21 de la LACC à la compensation entre des dettes nées avant la délivrance de l’ordonnance initiale, je conclus que la compensation pré-post est permise en vertu de l’art. 21 de la LACC, mais doit être assujettie à l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant. Les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec (2020 QCCA 438), ainsi que la juge surveillante (2019 QCCS 2316), s’appuient erronément sur l’arrêt de la Cour d’appel du Québec dans *Québec (Agence du revenu) c. Métaux Kitco inc.*, 2017 QCCA 268, 46 C.B.R. (6th) 173, pour conclure que la compensation pré-post ne sera jamais autorisée. Mais, pour les raisons exprimées ci-dessous, l’approche établie dans l’arrêt *Kitco* doit à mon avis être rejetée par la Cour.

[103] Étant donné que la juge surveillante n’a pas exercé son pouvoir discrétionnaire dans la présente affaire, se croyant liée par l’arrêt *Kitco*, il serait mal avisé pour la Cour d’exercer pour la première fois ce pouvoir afin de déterminer si la Ville de Montréal peut

(the “City”) may effect compensation here. I would therefore allow the appeal solely for the purpose of remanding the case to the Superior Court so it can decide whether the City may effect compensation between the debts incurred by SM Group before the initial order and the amounts owed by the City to SM Group for work performed by the latter after the initial order. I would also allow the appeal so that it can be determined whether compensation is available in respect of the City’s water meter claim against SM Group, as nothing in s. 21 of the CCAA prohibits judicial compensation.

[104] Furthermore, and again unlike my colleagues, I find that there is no need in this appeal to decide whether the City’s claim against SM Group, which derives from the *Act to ensure mainly the recovery of amounts improperly paid as a result of fraud or fraudulent tactics in connection with public contracts*, CQLR, c. R-2.2.0.0.3, must be characterized as a claim based on “false pretences or fraudulent misrepresentation” within the meaning of s. 19(2)(d) of the CCAA. In my view, s. 21 of the CCAA must be interpreted as allowing pre-post compensation regardless of whether a claim results from fraud for the purposes of s. 19(2)(d). I nonetheless agree with my colleagues that proof by a creditor that it was a victim of fraud within the meaning of s. 19(2)(d) is a factor favouring pre-post compensation that must be weighed by a supervising judge along with the other relevant considerations.

[105] My colleagues consider it necessary to characterize the City’s claim arising from the Voluntary Reimbursement Program (“VRP”) because proof that the debt underlying a claim is fraudulent is a relevant factor in the exercise of a supervising judge’s discretion to permit or to deny pre-post compensation (para. 20). As they acknowledge, this is a relevant factor in the exercise of a *supervising judge’s* discretion. As I will explain in greater detail below, whether the City’s VRP claim results from fraud is a question to be decided *by the supervising judge* in

opérer compensation en l’espèce. Par conséquent, j’accueillerais l’appel à seule fin de retourner le dossier devant la Cour supérieure pour qu’il soit décidé si la Ville peut opérer compensation entre les dettes de Groupe SM antérieures à l’ordonnance initiale et les sommes dues par la Ville à Groupe SM pour des travaux réalisés par ce dernier après l’ordonnance initiale. J’accueillerais également l’appel afin qu’il soit décidé si la réclamation de la Ville à l’encontre de Groupe SM à l’égard des compteurs d’eau donne ouverture à compensation, puisque rien dans l’art. 21 de la LACC n’interdit la compensation judiciaire.

[104] Au surplus, et contrairement à mes collègues, j’estime qu’il n’est pas nécessaire dans le présent pourvoi de trancher la question de savoir si la réclamation de la Ville de Montréal à l’encontre de Groupe SM, laquelle s’appuie sur la *Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3, doit être qualifiée de réclamation fondée sur des « faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits » au sens de l’al. 19(2)d) de la LACC. À mon avis, l’art. 21 de la LACC doit être interprété comme permettant d’opérer compensation pré-post, peu importe qu’il s’agisse ou non d’une réclamation qui découle d’une fraude au sens de l’al. 19(2)d). Je conviens néanmoins avec mes collègues que le fait pour un créancier de démontrer qu’il a été victime d’une fraude au sens de l’al. 19(2)d) est un facteur favorable à la compensation pré-post qui doit être soupesé par le juge surveillant avec les autres considérations pertinentes.

[105] Mes collègues estiment qu’il est nécessaire de qualifier la créance de la Ville de Montréal issue du Programme de remboursement volontaire (« PRV »), parce que la démonstration du caractère frauduleux de la dette à l’origine d’une créance constitue un facteur pertinent dans l’exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire de permettre ou non la compensation pré-post (par. 20). Tel qu’ils le reconnaissent, il s’agit d’un facteur pertinent dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire *du juge surveillant*. Comme je l’explique

the exercise of her discretion, not by *my colleagues* or this Court.

plus amplement ci-après, la question de savoir si la créance PRV de la Ville de Montréal résulte d'une fraude est une question à laquelle il appartient à *la juge surveillante* de répondre dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, et non à *mes collègues* ou à la Cour.

I. Decision of the Quebec Court of Appeal in *Kitco*

[106] Kitco Metals Inc. specialized in buying scrap gold and extracting fine gold from it for resale. It was subject to special tax rules: it paid the goods and services tax and the Quebec sales tax on the purchase of scrap gold (“inputs”), but the sale of fine gold was not subject to these taxes. Under these special rules, Kitco paid the taxes to its gold suppliers, which were required to remit them to the Agence du revenu du Québec (“Agency”). When the fine gold was sold, Kitco was then entitled to a refund of the taxes paid. The Agency, however, became aware of a fraudulent scheme by which the gold suppliers were not remitting to it the taxes they collected, even though it was refunding Kitco for them.

[107] The Agency, suspecting that Kitco was involved in this fraudulent scheme, sent it a notice of assessment for more than \$300 million (the pre-order debt). On June 7, 2011, the Agency proceeded with compulsory execution on that notice to recover the amounts it considered it was owed. The next day, Kitco filed a notice of intention to make a proposal under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”), thereby staying its creditors’ remedies (s. 69). One month later, it instead obtained an initial order under the CCAA that continued the stay of remedies (stay still in effect at the time of judgment). Meanwhile, Kitco had been continuing its business activities since June 8, 2011: it was paying taxes on inputs and claiming tax refunds from the Agency in accordance with the applicable tax rules. The Agency owed it more than \$1.7 million in refunds (the post-order debt) but applied this amount as compensation against the tax assessments it was claiming from Kitco. Kitco successfully brought a

I. L’arrêt *Kitco* de la Cour d’appel du Québec

[106] Métaux Kitco inc. est une entreprise qui se spécialise dans l’achat de ferraille d’or, dont elle extrait l’or fin afin de pouvoir le revendre. En vertu des règles fiscales, elle est soumise à un régime spécial, c’est-à-dire qu’elle paie la taxe sur les produits et services et la taxe de vente du Québec à l’achat de ferraille d’or (« intrants »), mais la vente d’or fin n’est pas assujettie à ces taxes. Conformément à ce régime spécial, Kitco paie les taxes à ses fournisseurs d’or, lesquels doivent remettre ces taxes à l’Agence du revenu du Québec. Par la suite, lors de la vente d’or fin, Kitco a droit à un remboursement des taxes payées. Cependant, l’Agence constate l’existence d’un stratagème frauduleux suivant lequel les fournisseurs d’or ne lui versent pas les taxes perçues, alors qu’elle rembourse Kitco pour celles-ci.

[107] L’Agence suspecte Kitco d’être impliquée dans ce stratagème frauduleux et lui envoie un avis de cotisation de plus de 300 millions de dollars (soit la dette pré-ordonnance). Le 7 juin 2011, elle entreprend l’exécution forcée de cet avis pour récupérer les sommes qu’elle estime dues. Dès le lendemain, Kitco dépose un avis d’intention de faire une proposition sous le régime de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« LFI »), suspendant les recours de ses créanciers (art. 69). Un mois plus tard, elle obtient plutôt, en vertu de la LACC, une ordonnance initiale qui continue la suspension des recours (suspension toujours en vigueur au moment de l’arrêt). Parallèlement, Kitco continue ses activités commerciales depuis le 8 juin 2011 : elle paie des taxes sur les intrants et en réclame le remboursement à l’Agence, conformément au régime fiscal en place. L’Agence lui doit plus de 1,7 million de dollars en remboursement (soit la dette post-ordonnance), mais impute par compensation cette somme sur les

motion in the Superior Court to force the Agency to refund it \$1.7 million on the basis that this compensation was unlawful.

[108] Vézina J.A., writing for the Court of Appeal in *Kitco*, began by explaining that June 8, 2011 was the date of commencement of insolvency proceedings and therefore the date on which the creditors' remedies were stayed and their claims had to be established (para. 34 (CanLII)). He also took the view that the compensation effected by the Agency was unlawful. In his opinion, although s. 21 of the CCAA does not expressly state that compensation can be effected only in respect of debts that arose prior to insolvency proceedings, a literal interpretation of the section must be rejected because it would be incompatible with, among other things, the principle that ordinary creditors must be treated equally (para. 20). Such an interpretation would also undermine the status quo period that companies in financial difficulty need in order to develop a plan of arrangement (para. 43). Vézina J.A. therefore concluded that a literal interpretation would ultimately be contrary to the CCAA's restructuring objective (para. 45).

[109] This conclusion was based in large part on Vézina J.A.'s observation that the schemes of the BIA and the CCAA have [TRANSLATION] "close links" and are two "integrated" schemes, which means that "case law and scholarly opinion can be applied to both equally" (paras. 51-52). Relying on para. 56 of *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 52, [2005] 2 S.C.R. 564, he considered that "[t]he general principles of the BIA preclude any transaction that would have the effect of granting a security that did not exist before the bankruptcy" (*Kitco*, at para. 61). On this point, he found that the principles laid down in *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, in which the Court stated that set-off is like a form of security, cannot readily be transposed into the civil law, in which compensation is automatic and is effected by operation of law once two debts coexist and are certain, liquid and exigible (para. 65). Lastly, he was of the view that s. 21 of the

cotisations fiscales qu'elle réclame à Kitco. Cette dernière présente avec succès une requête devant la Cour supérieure pour forcer l'Agence à lui rembourser 1,7 million de dollars au motif qu'il s'agit d'une compensation illégale.

[108] Dans l'arrêt *Kitco*, le juge Vézina, qui rédige les motifs de la Cour d'appel, explique d'abord que le 8 juin 2011 constitue la date d'ouverture de la procédure en insolvabilité, et donc la date à laquelle les recours des créanciers sont suspendus et leurs réclamations doivent être établies (par. 34). Il se dit aussi d'avis que la compensation opérée par l'Agence est illégale. Selon lui, bien que l'art. 21 de la LACC ne dise pas expressément que seules les dettes nées avant les procédures en insolvabilité sont susceptibles de compensation, il faut rejeter l'interprétation littérale de cet article, puisqu'elle serait contraire notamment au principe voulant qu'il faille traiter les créanciers ordinaires sur un pied d'égalité (par. 20). Elle fait également échec à la période de statu quo, laquelle est nécessaire aux entreprises en difficultés financières pour leur permettre d'élaborer un plan d'arrangement (par. 43). Il conclut donc qu'une interprétation littérale serait au final contraire à l'objectif de restructuration de la LACC (par. 45).

[109] Cette conclusion s'appuie en grande partie sur le constat du juge Vézina que les régimes de la LFI et de la LACC entretiennent des « liens étroits » et constituent « deux régimes intégrés », de telle sorte que « les enseignements de la jurisprudence et les avis des auteurs sont transposables de l'[un] à l'autre » (par. 51-52). Il s'appuie sur le par. 56 de l'arrêt *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 52, [2005] 2 R.C.S. 564, et en retient que « [l]es principes généraux de la LFI s'opposent à toute opération qui aurait pour effet d'accorder une garantie qui n'existait pas avant la faillite » (*Kitco*, par. 61). À cet égard, il estime que les enseignements de l'arrêt *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, qui a précisé que la compensation s'apparentait à une forme de garantie, sont difficilement transposables en droit civil où la compensation est automatique et s'opère de plein droit dès que deux dettes coexistent et sont

CCAA and s. 97(3) of the *BIA* identify the point in time when compensation may be effected, that is, on the date on which the creditors' "provable claims" must be established, which is the date of commencement of insolvency proceedings:

[TRANSLATION] In my opinion, sections 21 *CCAA* and 97(3) *BIA*, which provide that the "law of set-off or compensation applies to all claims. . .", thereby identify the point in time when compensation is effected, or in other words, the moment at which the claims must be established: it is on the date of [commencement of proceedings] that temporal reciprocity is established. [para. 82]

[110] Vézina J.A. found, at para. 78, that the question of what constitutes a "provable claim" is answered by s. 121(1) of the *BIA*, which refers to "[a]ll debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt's discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt".

[111] With respect, I am of the view that several errors were made in *Kitco*. First, Vézina J.A. erred in relying on this Court's judgment in *D.I.M.S. Construction* to reach the conclusion that pre-post compensation can never be allowed under the *CCAA*, even though that judgment was rendered in the context of a bankruptcy under the *BIA*. Despite the similarities between the insolvency schemes established by the *CCAA* and the *BIA*, these are two different statutes, and their differences are significant in the case at bar. Secondly, *Kitco* was based on an inappropriate narrow interpretation of s. 21 of the *CCAA* that disregarded the "flexible" nature the *CCAA* is recognized as having (*Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 14; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2nd ed. 2015), at p. 337) as well as the broad discretion conferred on supervising judges, whereas courts of other Canadian provinces have held that pre-post set-off can be permitted. Thirdly, *Kitco* was decided in a context where a company in financial difficulty was actually restructured, and it

certaines, liquides et exigibles (par. 65). Finalement, il considère que l'art. 21 de la *LACC* et le par. 97(3) de la *LFI* précisent à quel moment peut s'opérer la compensation, soit à la date où doivent être établies les « réclamations prouvables » des créanciers, c'est-à-dire le jour de l'ouverture des procédures d'insolvabilité :

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

[110] Le juge Vézina estime, au par. 78, que la réponse à la question de savoir en quoi consiste une « réclamation prouvable » se trouve au par. 121(1) de la *LFI*, c'est-à-dire « [t]outes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d'une obligation contractée antérieurement à cette date ».

[111] Avec égards, je suis d'avis que plusieurs erreurs ont été commises dans l'arrêt *Kitco*. Premièrement, le juge Vézina s'est erronément appuyé sur l'arrêt de la Cour dans *D.I.M.S. Construction* pour arriver à la conclusion que la compensation pré-post ne pouvait jamais être autorisée en vertu de la *LACC*, alors que cet arrêt a été rendu dans un contexte de faillite sous le régime de la *LFI*. Malgré les similitudes entre les régimes d'insolvabilité établis par la *LACC* et la *LFI*, ces deux lois sont distinctes — et de manière significative en l'espèce. Deuxièmement, l'arrêt *Kitco* repose sur une interprétation restrictive et inappropriée de l'art. 21 de la *LACC*, qui fait fi du caractère « souple » (*Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 14) et [TRANSLATION] « flexible » (R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2^e éd. 2015), p. 337) reconnu à la *LACC* ainsi que du vaste pouvoir discrétionnaire dont le juge surveillant est investi, alors que les tribunaux d'autres provinces canadiennes ont jugé que la compensation pré-post pouvait être permise. Troisièmement, l'arrêt *Kitco* a

cannot readily be transposed into a context such as the one in the instant case, which instead involves the liquidation of a company's assets and contracts.

A. *Fundamental Differences Between the Two Insolvency Schemes*

[112] It is important to underscore the fundamental differences between the scheme established by the CCAA and the one established by the BIA, differences that highlight that, under the CCAA scheme, the mutuality of debts is maintained and supervising judges have a broad discretion that allows them to authorize pre-post compensation. I do not question the notion that these two schemes must be viewed as “an integrated body of insolvency law” and that legislative efforts to harmonize them have been going on for several decades (*Century Services*, at paras. 19-24 and 78). As I recount below, however, there remain many differences between the two schemes (Wood, at p. 337).

[113] The three principal Canadian statutes dealing with insolvency, the CCAA, the BIA and the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11 (“WURA”), have the following main objectives: “. . . to treat the claims of creditors fairly and equitably, to protect the public interest, to create a fair, timely and cost-effective process, and to achieve a balance of benefit and cost in deciding whether to restructure or liquidate a business, maximizing enterprise value” (J. P. Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, in J. P. Sarra and B. Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016* (2017), 9, at pp. 9-10, objectives referred to with approval by the Court in *9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 522, at para. 40). More specifically, the CCAA’s main objective is the financial and commercial rehabilitation of an insolvent company through the filing of a plan of arrangement with its creditors (Wood, at p. 338; B. Boucher, “Procédures en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*”, in *JurisClasseur Québec — Collection*

été rendu dans un contexte de restructuration réelle d’une entreprise en difficultés financières, et il est difficilement transposable dans un contexte comme celui qui nous occupe, où il s’agit plutôt d’une liquidation des actifs et des contrats d’une entreprise.

A. *Les distinctions fondamentales entre les deux régimes d’insolvabilité*

[112] Il importe de souligner les différences fondamentales entre le régime établi par la LACC et celui établi par la LFI, lesquelles font ressortir, sous le régime de la LACC, le maintien de la réciprocité des dettes ainsi que le vaste pouvoir discrétionnaire permettant au juge surveillant d’autoriser la compensation pré-post. Je ne mets pas en doute l’idée que ces deux régimes doivent être perçus comme « un ensemble intégré de règles du droit de l’insolvabilité » et que des efforts législatifs visant à harmoniser les deux régimes ont été déployés depuis plusieurs décennies (*Century Services*, par. 19-24 et 78). Toutefois, comme nous le verrons ci-dessous, de nombreuses différences persistent entre ces deux régimes (Wood, p. 337).

[113] Les trois principales lois canadiennes en matière d’insolvabilité, c’est-à-dire la LACC, la LFI et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, c. W-11 (« LLR »), ont comme objectifs fondamentaux : [TRADUCTION] « . . . le traitement juste et équitable des réclamations des créanciers, la protection de l’intérêt public, la création d’un processus juste, opportun et efficient, et, lors de la prise de la décision de restructurer ou de liquider une entreprise, l’établissement d’un équilibre coûts-avantages maximisant la valeur de celle-ci » (J. P. Sarra, « The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », dans J. P. Sarra et B. Romaine, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2016* (2017), 9, p. 9-10, objectifs mentionnés avec approbation par la Cour dans *9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 522, par. 40). La LACC a plus particulièrement comme objectif principal de permettre à une entreprise insolvable de se rétablir financièrement et commercialement par le dépôt d’un plan d’arrangement auprès de ses créanciers (Wood, p. 338; B. Boucher, « Procédures en vertu

Droit des affaires — Faillite, insolvabilité et restructuration (loose-leaf), by S. Rousseau, ed., fasc. 14, at Nos. 2 and 8). In seeking an initial order, an insolvent company shields itself from its creditors, staying their remedies for a certain period so that all its energy can be channeled into preparing a plan of arrangement for a viable recovery (Boucher, at No. 2).

de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* », dans *JurisClasseur Québec — Collection Droit des affaires — Faillite, insolvabilité et restructuration* (feuilles mobiles), par S. Rousseau, dir., fasc. 14, n° 2 et 8). En demandant une ordonnance initiale, l'entreprise insolvable se met à l'abri de ses créanciers, suspendant ainsi leurs recours pendant une certaine période, afin de pouvoir concentrer toutes ses énergies sur la confection d'un plan d'arrangement permettant une relance viable (Boucher, n° 2).

[114] For these reasons, the scheme established by the CCAA is flexible and allows creative solutions to be put forward to achieve the objective mentioned above, the restructuring of a financially distressed company, in contrast to the BIA, which provides a set of pre-established rules (Boucher, at No. 8; Wood, at p. 337). The CCAA is therefore characterized as “remedial” legislation (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2nd ed. 2013), at p. 500; Boucher, at No. 3).

[114] Pour ces raisons, le régime établi par la LACC est flexible et permet de mettre de l'avant des solutions créatives afin d'atteindre l'objectif énoncé précédemment, soit la restructuration d'une entreprise en difficultés financières, par opposition à la LFI, qui prévoit un ensemble de règles préétablies (Boucher, n° 8; Wood, p. 337). En tant que telle, la LACC est une loi qualifiée de « réparatrice » (Boucher, n° 3; J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2^e éd. 2013), p. 500).

[115] The Court has found that the CCAA’s provisions must be interpreted expansively to enable its remedial objectives to be achieved, and in particular to allow a company to continue its activities and to avoid the social and economic losses that can result from its liquidation (*Century Services*, at para. 70). Because of the remedial scope of the CCAA, a “broad” discretion is also conferred on supervising judges by s. 11 of the CCAA (*Callidus*, at para. 48; *Century Services*, at para. 14). This section provides that a supervising judge may make “any order that [the judge] considers appropriate”, although it specifies that such an order must be consistent with the restrictions set out in the CCAA and must be “appropriate” in light of the circumstances of each case. As this Court noted in *Callidus*, s. 11 is in a sense the “engine” of the CCAA (para. 48, quoting *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (Ont. C.A.), at para. 36). This discretion granted to supervising judges under the CCAA allows for the implementation of “creative and effective” solutions (*Century Services*, at para. 21, quoting Industry Canada, Marketplace Framework Policy Branch, *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors*

[115] La Cour a reconnu que les dispositions de la LACC doivent être interprétées largement afin de permettre la réalisation de ses objectifs réparateurs, notamment permettre la survie des activités de l'entreprise et éviter les pertes sociales et économiques pouvant résulter de la liquidation de cette dernière (*Century Services*, par. 70). En raison de la portée réparatrice de la LACC, un « vaste » pouvoir discrétionnaire est également conféré au juge surveillant par l'art. 11 de la LACC (*Callidus*, par. 48; *Century Services*, par. 14). Cet article prévoit qu'un juge surveillant peut rendre « toute ordonnance qu'il estime indiquée », mais précise toutefois qu'une telle ordonnance ne peut être contraire aux restrictions prévues par la LACC et qu'elle doit être « indiquée » au regard des circonstances de chaque affaire. La Cour a indiqué dans l'arrêt *Callidus* que l'art. 11 est en quelque sorte le « moteur » de la LACC (par. 48, citant *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (C.A. Ont.), par. 36). Ce pouvoir discrétionnaire conféré au juge surveillant en vertu de la LACC permet la mise en place de solutions « créatives et efficaces » (*Century Services*, par. 21, citant Industrie Canada, Direction générale des politiques-cadres du marché, *Rapport sur la mise en application de la*

Arrangement Act (2002), at p. 41), in recognition of the “positional advantage” gained by supervising judges, who “acquir[e] extensive knowledge and insight into the stakeholder dynamics and the business realities of [CCAA] proceedings” (*Callidus*, at paras. 47-48). Examples of “creative” solutions adopted by courts under the CCAA include “security for debtor in possession financing or super-priority charges on the debtor’s assets” and the release of “claims against third parties as part of approving a comprehensive plan of arrangement and compromise, even over the objections of some dissenting creditors” (*Century Services*, at para. 62).

[116] As the Court again recently recognized, the broad discretion conferred on supervising judges by s. 11 of the CCAA enables them to propose solutions “that respond to the circumstances of each case and ‘meet contemporary business and social needs’” (*Callidus*, at para. 48, quoting *Century Services*, at para. 58). This broad discretion is unique to the CCAA and has no equivalent in the BIA, which is based instead on pre-established rules designed to apply to a range of situations. This is, therefore, one major difference between the two insolvency schemes.

[117] Another major difference between these two schemes is that the CCAA allows a company that has obtained an initial order to continue its business activities during the restructuring or reorganization period (*Callidus*, at para. 41). The continuation of a struggling company’s business activities averts “the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company” (*Century Services*, at para. 70) and “preserves going-concern value” (*Callidus*, at para. 46). Accordingly, when an insolvent company has recourse to the CCAA, it is not divested of its property in favour of a third party, unlike with the measures put in place under the BIA that vest the bankrupt’s property in a trustee (s. 71 of the BIA). There is thus no loss of mutuality under

Loi sur la faillite et l’insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (2002), p. 50), en reconnaissance de la « position avantageuse » du juge surveillant, lequel « acquiert une connaissance approfondie de la dynamique entre les intéressés et des réalités commerciales entourant la procédure [fondée sur la LACC] » (*Callidus*, par. 47-48). À titre de solutions « créatives » retenues par les tribunaux sous le régime de la LACC, mentionnons la « constitution de sûretés pour financer le débiteur demeuré en possession des biens ou encore la constitution de charges super-prioritaires grevant l’actif du débiteur », ainsi que la libération de « tiers des actions susceptibles d’être intentées contre eux, dans le cadre de l’approbation d’un plan global d’arrangement et de transaction, malgré les objections de certains créanciers dissidents » (*Century Services*, par. 62).

[116] Comme l’a reconnu la Cour encore récemment, le vaste pouvoir discrétionnaire conféré au juge surveillant par l’art. 11 de la LACC permet à ce dernier de mettre de l’avant des solutions « susceptibles de répondre aux circonstances de chaque cas et de “[s’adapter] aux besoins commerciaux et sociaux contemporains” » (*Callidus*, par. 48, citant *Century Services*, par. 58). Ce vaste pouvoir discrétionnaire du juge surveillant est unique à la LACC et n’a pas d’équivalent dans la LFI, laquelle est plutôt fondée sur des règles préétablies visant à régir une gamme de situations. Il s’agit donc là d’une distinction majeure entre les deux régimes d’insolvabilité.

[117] Une autre différence majeure entre ces deux régimes est le fait que la LACC permet à une entreprise, après qu’elle a obtenu une ordonnance initiale, de poursuivre ses activités commerciales pendant la période de restructuration ou de réorganisation (*Callidus*, par. 41). La poursuite des activités commerciales de l’entreprise en difficulté évite « les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d’une compagnie insolvable » (*Century Services*, par. 70) et permet de « protéger sa valeur d’exploitation » (*Callidus*, par. 46). Ainsi, lorsque l’entreprise insolvable a recours à la LACC, elle n’est pas dessaisie de ses biens au profit d’un tiers, contrairement aux mesures mises en place en vertu de la LFI, suivant lesquelles le syndic obtient la

the CCAA. The status of debtor or creditor of the insolvent company remains unchanged and is not bestowed on a third party.

[118] This mutuality, which survives the initial order, is what makes compensation possible under the CCAA, unlike under the BIA. This same fundamental difference between the CCAA scheme and the BIA scheme also played a crucial role in *D.I.M.S. Construction*, on which Vézina J.A. largely relied in *Kitco*. In *D.I.M.S. Construction*, this Court had to determine whether the schemes established in two Quebec labour law statutes subverted the scheme of distribution provided for by the BIA. Those two statutes created a similar mechanism that required an employer subject to one of them to pay an assessment due from a contractor whose services it had retained. Once the employer had paid the assessment, it was entitled to retain the amount it had paid out of any sums it owed to the contractor, thereby effecting compensation (para. 2). In that case, three employers had been directed to pay the assessments of a contractor, D.I.M.S. Construction inc., before it went bankrupt on April 1, 1999, but only one of them had done so before that date (paras. 3-4). D.I.M.S. Construction's trustee in bankruptcy, relying on the Court's judgment in *Husky Oil*, asked the Court to declare that two sections of the statutes in question were inoperable in the context of a bankruptcy under the BIA (para. 5).

[119] In her analysis, Deschamps J. began by discussing s. 97(3) of the BIA, which concerns compensation, and made two relevant observations. First, because s. 97(3) applies to claims against a bankrupt's estate, a creditor must meet the conditions set out in s. 121(1) of the BIA, which means that, in order to effect compensation, the creditor must "prove the bankrupt was subject to a debt by reason of an obligation incurred before the bankruptcy" (para. 40 (emphasis added)). Second, s. 97(3) states that compensation is effected in the same manner as if the

saisine des biens du failli (art. 71 de la LFI). Il n'y a donc pas de perte de réciprocité sous le régime de la LACC. La qualité de débitrice ou de créancière de l'entreprise insolvable demeure inchangée et n'est pas octroyée à un tiers.

[118] Cette réciprocité, qui subsiste au-delà de l'ordonnance initiale, est ce qui rend possible la compensation en vertu de la LACC, par opposition à la LFI. En outre, cette même distinction fondamentale entre le régime de la LACC et celui de la LFI a joué un rôle crucial dans l'arrêt *D.I.M.S. Construction*, sur lequel s'est en grande partie appuyé le juge Vézina dans l'arrêt *Kitco*. En effet, dans l'arrêt *D.I.M.S. Construction*, la Cour devait décider si les régimes législatifs établis dans deux lois québécoises en matière de droit du travail portaient atteinte au plan de répartition prévu par la LFI. Ces deux lois établissaient un mécanisme similaire par lequel un employeur assujéti à l'une de ces lois devait payer la cotisation due par un entrepreneur dont il retenait les services. Une fois la cotisation payée par l'employeur, ce dernier avait le droit de retenir sur les sommes qu'il devait à l'entrepreneur le montant de la cotisation qu'il avait déboursé, et donc d'opérer compensation (par. 2). Dans cette affaire, trois employeurs avaient été sommés de payer les cotisations de l'entrepreneur D.I.M.S. Construction inc. avant sa faillite le 1^{er} avril 1999, mais un seul d'entre eux avait payé la cotisation avant cette date (par. 3-4). Le syndic à la faillite de D.I.M.S. Construction demandait à la Cour de déclarer inopérants deux articles de ces lois dans le cadre d'une faillite sous le régime de la LFI en invoquant l'arrêt de la Cour dans *Husky Oil* (par. 5).

[119] Dans son analyse, la juge Deschamps s'attarde d'abord au par. 97(3) de la LFI portant sur la compensation et fait deux constats utiles. Premièrement, comme le par. 97(3) s'applique aux réclamations visant l'actif du failli, le créancier doit remplir les conditions prévues au par. 121(1) de la LFI, c'est-à-dire que, pour qu'il puisse opérer compensation, il doit « prouver une créance à laquelle le failli était assujéti en raison d'une obligation contractée antérieurement à la faillite » (par. 40 (je souligne)). Deuxièmement, le par. 97(3) précise que

bankrupt were a plaintiff or a defendant in a lawsuit and, exceptionally, makes it possible to proceed “as if the bankrupt’s patrimony had not vested in the trustee as a result of the bankruptcy” (para. 41).

[120] Deschamps J. concluded that there are three possible scenarios in Quebec civil law, depending on when an employer pays an assessment due from a contractor: (1) the payment is made by the employer *before* the bankruptcy, and the debts become certain, liquid and exigible *before* the bankruptcy; (2) the payment is made *before* the bankruptcy and the employer is in debt to the bankrupt contractor, but one of the conditions for legal compensation is not met; and (3) the payment is made *after* the bankruptcy (para. 42). Regarding the third scenario — one that also brings into play art. 1651 of the *Civil Code of Québec*, which provides that a person subrogated to the rights of another (the employer in that case) does not have more rights than the subrogating creditor — Deschamps J. concluded that when the employer pays after the contractor’s bankruptcy, “[t]he dual status of creditor and debtor”, and therefore the mutuality of the debts, does not arise until *after* the bankruptcy (para. 51). It must therefore be inferred that s. 97(3) of the *BIA*, read in conjunction with ss. 121, 136(3) and 141 of the *BIA*, requires that “the mutual debts come into existence *before* the bankruptcy” in order for compensation to be effected (para. 55 (emphasis added)). Deschamps J. added at para. 56 that, according to the rules specific to the bankruptcy scheme under the *BIA*, the trustee may object to the substitution of a creditor (the employer in that case) if this has the effect of giving the creditor a security that did not exist at the time of the bankruptcy:

What distinguishes a pre-bankruptcy payment from a post-bankruptcy payment is that, in the former case, the substitution of creditors takes place before the moment when the trustee acquires the bankrupt’s property. In the case of a post-bankruptcy payment, the substitution occurs after the bankruptcy, and the trustee can object to it. The general principles of the *BIA* preclude any transaction that would have the effect of granting a security that did not exist before the bankruptcy. [Emphasis added.]

la compensation s’opère de la même manière que si le failli était demandeur ou défendeur d’une action en justice, et elle permet exceptionnellement de faire « comme si le patrimoine du failli n’avait pas, par la faillite, été dévolu au syndic » (par. 41).

[120] La juge Deschamps conclut que trois scénarios sont possibles en droit civil québécois en fonction du moment où l’employeur paie la cotisation due par l’entrepreneur : (1) le paiement est fait par l’employeur *avant* la faillite et les dettes sont devenues certaines, liquides et exigibles *avant* la faillite, (2) le paiement est fait *avant* la faillite, l’employeur est endetté envers l’entrepreneur failli, mais l’une des conditions de la compensation légale n’est pas satisfaite et (3) le paiement est fait *après* la faillite (par. 42). Relativement au troisième scénario, lequel fait également interagir l’art. 1651 du *Code civil du Québec*, qui prévoit qu’une personne subrogée dans les droits d’une autre (ici, l’employeur) n’a pas plus de droits que le subrogeant, la juge Deschamps conclut que lorsque l’employeur paie après la faillite de l’entrepreneur, « [l]a double qualité de créancier et de débiteur » et donc la réciprocité des dettes ne survient qu’*après* la faillite (par. 51). Par conséquent, il faut en déduire que, lorsque lu en conjonction avec les art. 121, 136(3) et 141 de la *LFI*, le par. 97(3) de la *LFI* prévoit que « les créances mutuelles doivent avoir pris naissance *avant* la faillite » pour qu’il y ait compensation (par. 55 (je souligne)). La juge Deschamps ajoute, au par. 56, qu’en vertu des règles propres au régime de la faillite sous la *LFI*, le syndic peut s’opposer à la substitution du créancier (ici, l’employeur), si cela a pour effet de conférer à ce dernier une garantie qui n’existait pas au moment de la faillite :

Ce qui distingue le paiement avant la faillite du paiement après la faillite est le fait que, dans le premier cas, la substitution de créancier a lieu avant le moment où le syndic acquiert les biens du failli. Lorsque le paiement est fait après la faillite, la substitution est postérieure à la faillite et le syndic est en mesure de s’y opposer. Les principes généraux de la *LFI* s’opposent à toute opération qui aurait pour effet d’accorder une garantie qui n’existait pas avant la faillite. [Je souligne.]

[121] The argument is a simple one. For legal compensation to be effected, in addition to the fact that a claim must be shown to be certain, liquid and exigible, [TRANSLATION] “two persons must be reciprocally debtor and creditor of each other” (*Code civil du Québec: Annotations — Commentaires 2020-2021* (5th ed. 2020), by B. Moore, ed., et al., at p. 1558). This is one of the four essential conditions for compensation to be possible. This mutuality of claims is severed when an insolvent company becomes bankrupt, because a trustee in bankruptcy is appointed and the company’s property is vested in the trustee (s. 71 of the *BIA*). On the date of the initial bankruptcy event, the bankrupt company loses its status as creditor or debtor in favour of the trustee. As well, the bankrupt company ceases its business activities and normally does not incur any obligations after the bankruptcy. This is why claims provable under the *BIA* must be established on the date of the initial bankruptcy event and why, logically, compensation cannot be effected between pre- and post-bankruptcy debts (ss. 97(3) and 121(1)). However, as the intervenor Union des municipalités du Québec rightly noted at the hearing, the situation is very different when an insolvent company applies for an initial order under the *CCAA*, since the company continues its business activities while at the same time seeking a stay of its creditors’ remedies (transcript, at pp. 48-49). Under the *CCAA*, the property of the company applying for an initial order is not vested in a monitor. The mutuality of debts remains intact, as the company continues to be the debtor or creditor of a claim (see, on this point, L. Morin and G.-P. Michaud, “Set-Off and Compensation in Insolvency Restructuring under the *BIA/CCAA*: After the *Kitco* and *Beyond the Rack* Decisions”, in Sarra and Romaine, *Annual Review of Insolvency Law 2016*, 311, at pp. 343-44; see also A. R. Anderson, T. Gelbman and B. Pullen, “Recent Developments in the Law of Set-off”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2009* (2010), 1, at pp. 23-25 (these authors acknowledge that an insolvent company’s property is not vested in a monitor under the *CCAA* and that the mutuality of debts is not severed, but they advocate having the courts interpret the *CCAA* in such a way as to put an end to this mutuality)).

[121] L’argument est simple. Pour qu’il y ait compensation légale, en sus du fait que le caractère certain, liquide et exigible de la créance doit être démontré, « deux personnes doivent être réciproquement débitrices et créancières l’une de l’autre » (*Code civil du Québec : Annotations — Commentaires 2020-2021* (5^e éd. 2020), par B. Moore, dir., et autres, p. 1558). Il s’agit là d’une des quatre conditions essentielles pour qu’il soit possible d’opérer compensation. Cette réciprocité des créances cesse d’exister lorsqu’une entreprise insolvable devient faillie, puisqu’un syndic à la faillite est nommé et obtient la saisine de ses biens (art. 71 de la *LFI*). La qualité de créancière ou de débitrice de l’entreprise qui devient faillie s’éteint au profit du syndic le jour de l’ouverture de la faillite. De plus, l’entreprise faillie cesse ses opérations commerciales et n’encourt normalement pas d’obligations post-faillite. C’est pourquoi les réclamations prouvables visées par la *LFI* doivent être établies le jour de l’ouverture de la faillite, et il ne peut logiquement y avoir compensation entre des dettes pré et post-faillite (par. 97(3) et 121(1)). Or, comme l’a fait remarquer avec justesse l’intervenante l’Union des municipalités du Québec à l’audience, la situation est tout autre lorsqu’une entreprise insolvable demande la délivrance d’une ordonnance initiale en vertu de la *LACC*, puisqu’elle continue ses activités commerciales, tout en demandant la suspension des recours de ses créanciers (transcription, p. 48-49). Sous le régime de la *LACC*, le contrôleur n’obtient pas la saisine des biens de l’entreprise ayant demandé une ordonnance initiale. La réciprocité des dettes subsiste, l’entreprise demeurant débitrice ou créancière d’une réclamation (voir à ce sujet L. Morin et G.-P. Michaud, « Set-Off and Compensation in Insolvency Restructuring under the *BIA/CCAA* : After the *Kitco* and *Beyond the Rack* Decisions », dans Sarra et Romaine, *Annual Review of Insolvency Law 2016*, 311, p. 343-344; voir aussi A. R. Anderson, T. Gelbman et B. Pullen, « Recent Developments in the Law of Set-off », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2009* (2010), 1, p. 23-25 (ces auteurs reconnaissent que la saisine des biens de l’entreprise insolvable n’est pas dévolue au contrôleur dans le cadre de la *LACC*, et que la réciprocité des dettes n’est pas éteinte, mais prèchent pour que la *LACC* soit interprétée par les tribunaux de manière à mettre fin à cette réciprocité)).

[122] These two fundamental differences between the CCAA scheme and the BIA scheme suffice to explain why this Court should reject the approach proposed in *Kitco*. As we will see below, courts of other Canadian provinces have relied in part on these differences between the two schemes to find that s. 21 of the CCAA, unlike the equivalent provisions in the BIA (s. 97(3)) and the WURA (s. 73(1)), does not prohibit pre-post set-off.

B. Courts of Other Canadian Provinces Have Recognized the Possibility of Effecting Pre-post Set-off

[123] For two reasons, the right to effect set-off under the CCAA has been a subject of debate among Canadian courts. First, before the legislative reform of 1997 (*An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act and the Income Tax Act*, S.C. 1997, c. 12) and the addition of s. 21 (formerly s. 18.1), this right was not formally recognized in the CCAA. Secondly, questions relating to the framework for the right to effect set-off have arisen in recent decades, particularly with regard to the possibility of staying this right temporarily after an initial order has been made (CCAA, s. 11.02(1); see *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105 (C.A.); *Cam-Net Communications v. Vancouver Telephone Co.*, 1999 BCCA 751, 71 B.C.L.R. (3d) 226; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6 (“*Tungsten No. 1*”) (decision on application for leave to appeal), aff'd 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116 (“*Tungsten No. 2*”); *Re Just Energy Corp.*, 2021 ONSC 1793); or of directly restricting the right in the language of an initial order under the CCAA (*Crystallex International Corp., Re*, 2012 ONSC 6812, 100 C.B.R. (5th) 132).

[124] More specifically, the question now before this Court is whether s. 21 of the CCAA allows pre-post compensation. This question is all the more relevant in the context of a restructuring process under

[122] Ces deux distinctions fondamentales entre les régimes de la LACC et de la LFI suffisent à expliquer pourquoi l'approche mise de l'avant dans l'arrêt *Kitco* doit être rejetée par la Cour. Comme nous le verrons ci-après, les tribunaux d'autres provinces canadiennes se sont notamment appuyés sur ces distinctions entre les deux régimes pour conclure que l'art. 21 de la LACC, contrairement aux dispositions équivalentes dans la LFI (par. 97(3)) et la LLR (par. 73(1)), n'interdit pas la compensation pré-post.

B. Les tribunaux d'autres provinces canadiennes ont reconnu la possibilité d'opérer compensation pré-post

[123] Le droit d'opérer compensation en vertu de la LACC a fait l'objet de débats dans la jurisprudence canadienne, et ce, pour deux raisons. D'abord, avant la réforme législative de 1997 (*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et la Loi de l'impôt sur le revenu*, L.C. 1997, c. 12) et l'ajout de l'art. 21 (autrefois l'art. 18.1), le droit d'opérer compensation n'était pas formellement reconnu dans la LACC. Ensuite, des questions portant sur l'encadrement du droit d'opérer compensation se sont soulevées dans les dernières décennies, notamment en ce qui a trait à la possibilité de suspendre temporairement le droit d'opérer compensation à la suite de la délivrance d'une ordonnance initiale (LACC, par. 11.02(1); voir *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105 (C.A.); *Cam-Net Communications v. Vancouver Telephone Co.*, 1999 BCCA 751, 71 B.C.L.R. (3d) 226; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6 (« *Tungsten n° 1* ») (décision sur la demande d'autorisation d'appel), conf. par 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116 (« *Tungsten n° 2* »); *Re Just Energy Corp.*, 2021 ONSC 1793); ou de restreindre ce droit directement dans le texte d'une ordonnance initiale fondée sur la LACC (*Crystallex International Corp., Re*, 2012 ONSC 6812, 100 C.B.R. (5th) 132).

[124] Plus particulièrement, la question qui nous occupe ici est celle de savoir si l'art. 21 de la LACC permet d'opérer compensation pré-post. Cette question se pose avec une plus grande acuité dans le

the CCAA because the insolvent company continues its business activities.

[125] One of the first cases in which this question was considered after the 1997 legislative reform was *Air Canada, Re* (2003), 45 C.B.R. (4th) 13, a judgment of Farley J. of the Ontario Superior Court of Justice. There, Farley J. had to decide whether a paragraph included in an initial order whose purpose was to limit the right of Air Canada's creditors to effect set-off should be varied.² Air Canada essentially argued that under the CCAA, as under the BIA, legal set-off cannot be permitted between pre- and post-order debts (paras. 10-11). Because the BIA provides, in s. 71 (formerly s. 71(2)), that the bankrupt's property vests in the trustee on the date of the initial bankruptcy event, Farley J. concluded that there is no longer any mutuality between a creditor and a bankrupt debtor following a bankruptcy, despite such mutuality being a necessary condition for set-off:

In a bankruptcy, the trustee is inserted into the proceedings. Post-bankruptcy dealings of a creditor with the trustee in bankruptcy do not involve the same party, namely the debtor before the condition of bankruptcy. . . . Thus, creditors who incur post-bankruptcy obligations to trustees in bankruptcy cannot claim legal set-off to avoid paying such obligations by setting-off such obligations against their proven (pre-bankruptcy) claims against the bankrupt. The same parties are not involved so there cannot be mutual cross-obligations. [Emphasis in original; para. 14.]

[126] Farley J. next considered Air Canada's second argument, that s. 21 (then s. 18.1) of the CCAA must be interpreted similarly to s. 73(1) of the WURA (at paras. 16-17), which provides that the

² The paragraph in question read as follows: "THIS COURT ORDERS that persons may exercise only such rights of set off as are permitted under Section 18.1 of the CCAA as of the date of this order. For greater certainty, no person may set off any obligations of an Applicant to such person which arose prior to such date" (para. 2). The last sentence was particularly problematic.

cadre d'un processus de restructuration mené sous le régime de la LACC, puisque l'entreprise insolvable continue ses opérations commerciales.

[125] L'une des premières affaires dans lesquelles cette question a été examinée, après la réforme législative de 1997, est la décision *Air Canada, Re* (2003), 45 C.B.R. (4th) 13, rendue par le juge Farley de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Dans cette décision, le juge Farley devait déterminer si un paragraphe inséré dans l'ordonnance initiale et qui visait à limiter le droit pour les créanciers d'Air Canada d'opérer compensation devait être modifié². Essentiellement, Air Canada plaidait que la compensation légale prévue par la LACC ne pouvait être autorisée entre des dettes pré et post-ordonnance, comme c'est le cas en vertu de la LFI (par. 10-11). Puisque la LFI prévoit que, à l'ouverture de la faillite, les biens du failli sont dévolus au syndic en vertu de l'art. 71 (autrefois le par. 71(2)), le juge Farley a conclu qu'il n'y a alors plus de réciprocité entre un créancier et un débiteur failli post-faillite, condition pourtant nécessaire pour qu'il soit possible d'opérer compensation :

[TRADUCTION] *Lors d'une faillite*, le syndic est ajouté à l'instance. Lorsqu'un créancier effectue des opérations post-faillite avec le syndic de faillite, il ne traite pas avec la même partie, c'est-à-dire avec le débiteur avant la faillite. [. . .] Par conséquent, le créancier qui contracte des obligations post-faillite envers un syndic de faillite ne peut invoquer la compensation légale pour éviter d'acquitter de telles obligations en opérant compensation entre celles-ci et ses réclamations (pré-faillite) contre le failli dont il a fait la preuve. Comme ce ne sont pas les mêmes parties qui sont concernées, il ne saurait y avoir d'obligations réciproques. [En italique dans l'original; par. 14.]

[126] Ensuite, le juge Farley a analysé le second argument d'Air Canada qui prétendait que l'art. 21 de la LACC (alors l'art. 18.1), devait être interprété de façon similaire au par. 73(1) de la LLR (par. 16-17),

² Le paragraphe en question était rédigé ainsi : [TRADUCTION] « LA COUR ORDONNE que seuls peuvent être exercés par les personnes concernées les droits d'opérer compensation qui sont autorisés par l'article 18.1 de la LACC à compter de la date de la présente ordonnance. Il est entendu que nul ne peut opérer compensation sur des obligations d'un Demandeur envers une telle personne nées avant la date de la présente ordonnance. » (par. 2). La dernière phrase posait particulièrement problème.

law of set-off applies to “all claims on the estate of a company, and to all proceedings for the recovery of debts due or accruing due to a company at the commencement of the winding-up of the company”. He rejected this argument for several reasons, emphasizing in particular the differences between the words of s. 73(1) of the *WURA* and those of s. 21 of the *CCAA*. For example, s. 21 does not provide that set-off must be between claims accruing due as of the date an initial order is made. Farley J. noted that these differences in wording reflect a choice made by Parliament, which did not intend to enact identical set-off provisions in Canada’s three insolvency statutes (para. 23). For these reasons, he ordered that the paragraph of the order restricting the right to effect set-off be varied (para. 24).

[127] Although he struck out the part of the initial order that precluded pre-post set-off, Farley J. nonetheless stayed set-off until Air Canada’s situation was more stable in order to avoid the disruptive consequences that would result from allowing set-off during the status quo period. He suggested that the best time to effect set-off would be in conjunction with the formation of a plan of arrangement (para. 25).

[128] My colleagues argue (at para. 77) that “*Air Canada* and *Tungsten* [which I will discuss below] did not determine whether pre-post compensation is consistent with the interpretation and objectives of the *CCAA*, let alone establish a framework for the exercise of this right by creditors.” This, however, ignores that *Air Canada* is widely recognized as being authoritative and as standing for the proposition that mutuality is not severed by an initial order made under the *CCAA*, which means that pre-post set-off or compensation is possible but is subject to a supervising judge’s power to stay it (see R. Thornton, “Air Canada and Stelco: Legal Developments and Practical Lessons”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law* 2006 (2007), 73; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCSC 1382, 28 C.B.R.

lequel prévoit que la compensation s’applique à « toutes les réclamations sur l’actif d’une compagnie et à toutes les procédures en recouvrement de créances d’une compagnie, échues ou devenues exigibles à l’ouverture de la liquidation de la compagnie ». Le juge Farley a rejeté cet argument pour plusieurs raisons, insistant notamment sur les différences entre le texte du par. 73(1) de la *LLR* et celui de l’art. 21 de la *LACC*. Par exemple, ce dernier article ne prévoit pas que la compensation doit s’effectuer entre des réclamations devenues exigibles à la date de la délivrance de l’ordonnance initiale. Le juge Farley a souligné que ces différences rédactionnelles reflètent le choix du législateur, lequel n’a pas voulu adopter des dispositions législatives identiques en matière de compensation dans les trois lois canadiennes en matière d’insolvabilité (par. 23). Pour ces raisons, il a ordonné la modification du paragraphe de l’ordonnance qui limitait le droit d’opérer compensation (par. 24).

[127] Bien qu’il ait radié la partie de l’ordonnance initiale qui empêchait la compensation pré-post, le juge Farley a néanmoins suspendu la mise en œuvre de la compensation jusqu’à ce que la situation d’Air Canada se soit davantage stabilisée, afin d’éviter les conséquences perturbatrices qu’entraînerait le fait de permettre la compensation pendant la période de statu quo. Il a suggéré que le meilleur moment pour opérer compensation serait lors de la formulation d’un plan d’arrangement (par. 25).

[128] Mes collègues prétendent (au par. 77) que « les affaires *Air Canada* et *Tungsten* [que je décris ci-dessous] n’ont pas tranché la question de savoir si la compensation pré-post est conforme à l’interprétation et aux objectifs de la *LACC*, et encore moins établi les balises entourant l’exercice de ce droit par des créanciers ». Cette prétention ne tient toutefois pas compte du fait que la décision *Air Canada* est largement reconnue comme faisant autorité et appuyant la proposition selon laquelle la réciprocité n’est pas rompue par une ordonnance initiale rendue en vertu de la *LACC*, de sorte que la compensation pré-post est possible mais assujettie au pouvoir du juge surveillant d’en suspendre l’exécution (voir R. Thornton, « Air Canada and Stelco : Legal Developments and Practical Lessons », dans J.

(6th) 147 (“*Tungsten No. 3*”), at para. 15). For example, Robert Thornton writes:

Air Canada was indebted to certain parties as at the date of the Initial Order. Subsequent to the date of the Initial Order, those parties became indebted to Air Canada. They wished to set-off their post-CCAA debts against Air Canada’s pre-CCAA debts owing to them. . . .

...

. . . Farley J. held that there was no loss of mutuality upon the commencement of a CCAA proceeding. Accordingly, legal set-off is available both in respect of debts existing as at the date of an initial order and in respect of debts that arose after the date of an initial order. Farley J. was correct in so doing.

...

It now appears to be clear in Canada that legal and equitable set-off are unaffected by proceedings commenced under the CCAA other than (i) the right to exercise them may be “temporally” stayed and (ii) if the CCAA applicant refuses to acknowledge the set-off, it would be necessary for the creditor to seek judicial intervention.

It is the authors’ view that it is appropriate for set-off rights to continue after the commencement of a CCAA proceeding. The CCAA applicant continues to carry on business in the ordinary course. [Emphasis added; pp. 94-96.]

[129] In *Tungsten*, the British Columbia Court of Appeal also considered set-off under s. 21 of the CCAA — first in an application for leave to appeal two orders of the British Columbia Supreme Court (*Tungsten No. 1*, per Savage J.A.) and then in an appeal from that decision denying leave to appeal (*Tungsten No. 2*). The insolvent company had obtained an initial order under the CCAA effective June 9, 2015, at which time it owed approximately \$4.4 million to Global Tungsten and Powders Corp. (“GTP”) under a loan agreement. It subsequently continued selling tungsten to GTP, which gave notice

P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2006* (2007), 73; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCSC 1382, 28 C.B.R. (6th) 147 (« *Tungsten n° 3* »), par. 15). Par exemple, Robert Thornton écrit :

[TRANSLATION] Air Canada était endettée envers certaines parties à la date de l’Ordonnance initiale. Après cette date, ces parties sont devenues débitrices d’Air Canada. Elles souhaitaient opérer compensation entre leurs dettes post-LACC envers Air Canada et les dettes pré-LACC de cette dernière envers elles. . . .

...

. . . Le juge Farley a conclu qu’il n’y a pas perte de mutualité dès l’introduction de procédures en vertu de la LACC. Par conséquent, la compensation légale est possible tant à l’égard de créances existant à la date d’une ordonnance initiale qu’à l’égard de créances nées après cette date. Le juge Farley était fondé à conclure ainsi.

...

Il semble maintenant clair au Canada que l’introduction de procédures en vertu de la LACC n’a pas d’incidence sur la compensation légale et sur la compensation en equity, sous réserve (i) du fait que le droit de les appliquer peut être « temporairement » suspendu et (ii) du fait que si la partie qui invoque la LACC refuse d’acquiescer à la compensation, il sera nécessaire de solliciter l’intervention des tribunaux.

Les auteurs sont d’avis qu’il est approprié que les droits d’opérer compensation continuent de s’appliquer après l’introduction de procédures en vertu de la LACC. La partie qui invoque cette loi continue d’exploiter son entreprise comme à l’habitude. [Je souligne; p. 94-96.]

[129] Dans l’affaire *Tungsten*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique s’est également penchée sur la compensation prévue par l’art. 21 de la LACC, d’abord dans le cadre d’une demande de permission d’appeler de deux ordonnances de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (*Tungsten n° 1*, le juge Savage), puis en appel de cette décision refusant la permission d’appeler (*Tungsten n° 2*). L’entreprise insolvable avait obtenu, en vertu de la LACC, une ordonnance initiale prenant effet à compter du 9 juin 2015, date à laquelle elle devait approximativement 4,4 millions de dollars à Global Tungsten and

that it wished to set off its claim (the pre-order debt) against the amounts due or accruing due for the tungsten sold to it (the post-order debt) (*Tungsten No. 1*, at paras. 2 and 6). The chambers judge had held that GTP had a valid right of set-off (*Tungsten No. 2*, at para. 7).

[130] In these two decisions, the main question before the Court of Appeal was whether the chambers judge had erred in concluding that the right to effect set-off could be stayed, like the other creditors' remedies, once the initial order had been made. The question of whether pre-post set-off could be effected was never raised by the parties, which by implication showed that it was permitted under the CCAA. Relying on s. 21 of the CCAA as well as on s. 11 of that statute, which confers a broad discretion on a supervising judge, the Court of Appeal explained that nothing in the words of s. 21 prohibits a supervising judge from making the right of set-off subject to a stay of remedies (*Tungsten No. 1*, at paras. 12-13 and 16; *Tungsten No. 2*, at paras. 31 and 34-35).

[131] Contrary to what my colleagues say at para. 79, in that case both the chambers judge and the Court of Appeal considered the arguments relating to the effects of pre-post set-off on the status quo period and on the underlying objectives of this period, but they did so from the perspective of a stay of the right to effect set-off rather than by questioning the very possibility of pre-post set-off. This shows that my colleagues' concerns about the disruptive potential of pre-post set-off were given adequate consideration by the supervising judge in exercising his discretion to permit or to stay set-off.

[132] In particular, the chambers judge wrote the following: "... a temporal stay of rights can be

Powders Corp. (« GTP ») aux termes d'un contrat de prêt. Par la suite, l'entreprise insolvable continuait de vendre du tungstène à GTP, laquelle a envoyé un avis indiquant qu'elle souhaitait opérer compensation entre sa créance (soit la dette pré-ordonnance) et les sommes échues ou à échoir pour la vente de tungstène (soit la dette post-ordonnance) (*Tungsten n° 1*, par. 2 et 6). Le juge de première instance avait reconnu que GTP possédait un droit valide d'opérer compensation (*Tungsten n° 2*, par. 7).

[130] Dans ces deux décisions, la principale question dont la Cour d'appel était saisie consistait à déterminer si le juge de première instance avait fait erreur en concluant que le droit d'opérer compensation pouvait être suspendu, au même titre que les recours des autres créanciers, à partir de la délivrance de l'ordonnance initiale. La question de savoir si compensation pré-post pouvait être opérée n'a jamais été soulevée par les parties, ce qui démontrait implicitement que cette compensation était permise sous le régime de la LACC. S'appuyant sur l'art. 21 de la LACC ainsi que sur l'art. 11 de celle-ci, qui confère un large pouvoir discrétionnaire au juge surveillant, la Cour d'appel a expliqué que rien dans le texte de l'art. 21 n'interdit au juge surveillant d'assujettir le droit d'opérer compensation à la suspension des recours (*Tungsten n° 1*, par. 12-13 et 16; *Tungsten n° 2*, par. 31 et 34-35).

[131] Contrairement à ce qu'avancent mes collègues au par. 79, dans cette affaire, tant le tribunal de première instance que la Cour d'appel ont considéré les arguments relatifs aux incidences de la compensation pré-post sur la période de statu quo et sur les objectifs sous-jacents de cette dernière, mais dans l'optique de la suspension du droit d'opérer compensation plutôt qu'en s'interrogeant sur la possibilité même de la compensation pré-post. Cela démontre que les inquiétudes de mes collègues quant au potentiel perturbateur de la compensation pré-post sont adéquatement prises en compte par le juge surveillant dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'autoriser la compensation ou d'en suspendre l'application.

[132] Le juge de première instance a notamment écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « ... une suspension

granted to further the purpose of the initial order and the purposes of the *Act*” (*Tungsten No. 3*, at para. 25). While conceding that there was some merit to the arguments on the effects of pre-post set-off, he was not prepared to reverse the decision in *Air Canada* (paras. 17-18). Moreover, he stayed the right to effect set-off on the basis that, “[i]n order to preserve the status quo to effect a restructuring, a stay of the set-off is, and was, absolutely essential”, and he added, among other things, that if the stay of set-off were not continued, the restructuring efforts “would be thrown into disarray” and “[t]he status quo would be significantly altered and the restructuring would effectively be at an end” (para. 32). The judge who considered the application for leave to appeal noted in turn that, “[c]learly, if an attempt at compromise or arrangement is to have any prospect of success there must be a means of holding creditors at bay” (*Tungsten No. 1*, at para. 16). He added that not staying the right to effect set-off would favour GTP to the detriment of the other creditors (paras. 18 and 25). Groberman J.A., who wrote the judgment of the Court of Appeal, stressed the principle that a creditor should not be able to exercise a right of set-off to circumvent a compromise or arrangement under the CCAA (*Tungsten No. 2*, at paras. 37-39).

[133] Despite my colleagues’ protestations to the contrary, the state of the law elsewhere in Canada is clear: pre-post set-off is possible under the CCAA, subject to a supervising judge’s discretion to stay such set-off having regard to its effects on the status quo period, the underlying objectives of this period, the advancement of efforts to reach an arrangement, and the remedial objectives of the CCAA.

[134] It must be concluded that the approach proposed by the Quebec Court of Appeal in *Kitco* has created an asymmetry between the interpretation given to s. 21 of the CCAA by the Quebec courts and the interpretation given to it by the courts of other Canadian provinces. This asymmetry is contrary to

temporaire des droits peut être accordée pour appuyer l’application de l’ordonnance initiale et la réalisation des objectifs de la *Loi* » (*Tungsten n° 3*, par. 25). Il a reconnu que les arguments relatifs aux incidences de la compensation pré-post ont du mérite, mais il n’était pas prêt à renverser la décision *Air Canada* (par. 17-18). Il a en outre suspendu le droit d’opérer compensation parce que, [TRADUCTION] « [a]fin de préserver le statu quo en vue d’effectuer la restructuration, la suspension du droit d’opérer compensation est, et était, absolument essentielle », ajoutant entre autres que, si la suspension de la compensation n’était pas reconduite, les efforts de restructuration « seraient désorganisés » et « [l]e statu quo serait considérablement affecté et cela mettrait effectivement un terme à la restructuration » (par. 32). Le juge saisi de la demande d’autorisation d’appel a quant à lui souligné que, [TRADUCTION] « [d]e toute évidence, pour qu’une tentative de transaction ou d’arrangement ait quelque chance de succès, il faut un moyen de tenir les créanciers à distance » (*Tungsten n° 1*, par. 16). Il a ajouté que l’absence de suspension du droit d’opérer compensation aurait pour effet de favoriser GTP au détriment des autres créanciers (par. 18 et 25). Rédigeant l’arrêt de la Cour d’appel, le juge Groberman a insisté sur le principe selon lequel un créancier ne devrait pas pouvoir se prévaloir du droit d’opérer compensation afin de contourner une transaction ou un arrangement fondé sur la LACC (*Tungsten n° 2*, par. 37-39).

[133] Malgré les protestations à l’effet contraire de mes collègues, l’état du droit ailleurs au Canada est clair : la compensation pré-post est possible sous le régime de la LACC, sous réserve du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant d’en suspendre l’application pour tenir compte des incidences de la compensation pré-post sur la période de statu quo et de ses objectifs sous-jacents, du bon déroulement des efforts déployés pour réaliser un arrangement et des objectifs réparateurs de la LACC.

[134] Force est de constater que l’approche avancée par la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *Kitco* crée une asymétrie entre l’interprétation de l’art. 21 de la LACC par les tribunaux du Québec et par les tribunaux d’autres provinces canadiennes. Cette asymétrie va à l’encontre du principe de l’interprétation

the principle of homogenous interpretation of federal statutes (Morin and Michaud, at p. 344).

C. Restructuring an Insolvent Company Versus Liquidating Its Assets

[135] Finally, in *Kitco*, Vézina J.A. noted that his conclusions were based on the fact that the insolvent company was engaged in a genuine restructuring process and that staying its creditors' remedies was crucial to bringing this process to a successful conclusion. He stressed that Kitco's restructuring plan was in jeopardy because the Agency was effecting compensation with the amounts it was supposed to pay Kitco. Kitco was required to carry on its activities while paying 15 percent in taxes on its gold inputs without receiving the refund to which it was entitled in this regard. It was thus in an [TRANSLATION] "untenable" position relative to competitors in its field (paras. 47-48).

[136] Staying the remedies of an insolvent company's creditors under the CCAA to allow the company to develop a plan of arrangement is of critical importance, particularly where the exercise of a creditor's right to effect pre-post compensation might sabotage the company's efforts to regain financial health.

[137] In this case, however, and in the opinion of the monitor and the interveners themselves, there has never been any question of SM Group proposing a plan of arrangement. Once SM Group's principal creditors filed an application for an initial order under the CCAA, it was clear that they wished to opt for a liquidation process — that is, the sale of the insolvent company to a new buyer. In this particular situation, where a plan of arrangement cannot be contemplated and the insolvent company will be liquidated or sold in any event, to conclude that pre-post compensation is never allowed could be unfair to the company's creditors with claims that are certain, liquid and exigible. In such cases, the creditors' remedies will be stayed indefinitely and they will never be able to

uniforme des lois fédérales (Morin et Michaud, p. 344).

C. La restructuration d'une entreprise insolvable versus la liquidation des actifs de cette entreprise

[135] Enfin, dans l'arrêt *Kitco*, le juge Vézina a souligné que ses conclusions étaient fondées sur le fait que l'entreprise insolvable était engagée dans un véritable processus de restructuration et que la suspension des recours de ses créanciers était essentielle pour lui permettre de mener à bien ce processus. Il a insisté sur le fait que le plan de restructuration de Kitco était mis en péril parce que l'Agence opérait compensation sur les sommes qu'elle devait verser à Kitco. En effet, Kitco était obligée de poursuivre ses activités tout en payant des taxes de l'ordre de 15 p. 100 sur ses intrants d'or sans recevoir le remboursement auquel elle avait droit à cet égard. Elle se trouvait ainsi dans une position « insoutenable » comparativement aux entreprises concurrentes dans son domaine (par. 47-48).

[136] La suspension, en vertu de la LACC, des recours des créanciers d'une entreprise insolvable afin de permettre à celle-ci d'élaborer un plan d'arrangement revêt une importance cruciale, en particulier lorsque l'exercice du droit d'un créancier d'opérer compensation pré-post risque de saboter les efforts déployés par l'entreprise pour retrouver sa santé financière.

[137] En l'espèce, toutefois, et de l'avis même du contrôleur et des intervenants, il n'a jamais été question pour Groupe SM de proposer un plan d'arrangement. Dès le dépôt d'une demande d'ordonnance initiale en vertu de la LACC par les principaux créanciers de Groupe SM, il était clair que ces derniers souhaitaient opter pour un processus de liquidation, soit la vente de l'entreprise insolvable à un nouvel acquéreur. Dans ce cas particulier, alors qu'un plan d'arrangement n'est pas envisageable et que l'entreprise insolvable sera de toute manière liquidée ou vendue, conclure que la compensation pré-post n'est jamais permise pourrait être injuste pour les créanciers de cette entreprise ayant une créance certaine, liquide et exigible. En effet, dans ces cas, les recours

effect pre-post compensation, since the insolvent company will become an “empty shell” after the sale. Moreover, because a plan of arrangement cannot be contemplated, allowing pre-post compensation will not have the effect of derailing the company’s restructuring process, as there is no such process.

II. Discretion Not Exercised by the Supervising Judge in This Case

[138] In my view, pre-post compensation is permitted under s. 21 of the *CCAA*, but it must be subject to the exercise of a supervising judge’s discretion. In *Callidus*, this Court clarified the framework for the exercise of this discretion under s. 11 of the *CCAA*. The first two criteria are found in s. 11, which provides that a supervising judge may make any order that is “appropriate” in the circumstances of the case and consistent with the restrictions set out in the *CCAA*. The Court added that the exercise of the discretion must also further the remedial objectives of the *CCAA* and be focused in particular on the criteria of appropriateness, good faith and due diligence (para. 70).

[139] My colleagues make a series of arguments against compensation in general and pre-post compensation in particular: the high disruptive potential of compensation; respect for the status quo period; the loss of incentive for the debtor to provide goods and services during the stay period because it would fear not being paid for them, which would deprive it of the funds needed to continue operating; the fact that an interim lender would most likely refuse to continue to finance the debtor’s operations if the loaned funds were destined to enrich another creditor; the fact that the rampart set up by a stay to protect against attacks by creditors would crumble; the fact that compensation deviates from the principle of equality among ordinary creditors and that pre-post compensation amounts to giving certain creditors an additional “type of security interest” in respect of new assets acquired by the debtor after

des créanciers seront suspendus indéfiniment et ils ne pourront jamais exercer compensation pré-post, l’entreprise insolvable étant devenue après la vente une « coquille vide ». Par ailleurs, puisqu’un plan d’arrangement n’est pas envisageable, permettre la compensation pré-post n’aura pas comme effet de faire dérailler le processus de restructuration de l’entreprise, ce processus étant inexistant.

II. L’absence d’exercice du pouvoir discrétionnaire par la juge surveillante en l’espèce

[138] À mon avis, la compensation pré-post est permise en vertu de l’art. 21 de la *LACC*, mais elle doit être assujettie à l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant. La Cour a précisé, dans l’arrêt *Callidus*, les balises encadrant l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire en vertu de l’art. 11 de la *LACC*. Les deux premiers critères sont énoncés à l’art. 11, qui précise que le juge surveillant peut rendre toute ordonnance qui est « indiquée » dans les circonstances de l’affaire et qui n’est pas contraire aux restrictions prévues par la *LACC*. De plus, la Cour a ajouté que l’exercice du pouvoir discrétionnaire doit permettre la réalisation des objets réparateurs de la *LACC* en s’attachant plus particulièrement aux critères de l’opportunité, de la bonne foi et de la diligence (par. 70).

[139] Mes collègues avancent une série d’arguments à l’encontre de la compensation en général et de la compensation pré-post en particulier : le fort potentiel perturbateur d’une compensation; le respect de la période de statu quo; la perte d’incitatifs pour la débitrice de fournir des biens et services durant la période de suspension, de crainte de ne pas être payée en retour, ce qui aurait pour effet de la priver des fonds nécessaires pour poursuivre ses opérations; le fait que le prêteur intérimaire refuserait fort probablement de continuer à financer les opérations de la débitrice si les sommes prêtées sont destinées à enrichir un autre créancier; le fait que le rempart érigé par la suspension contre les attaques des créanciers s’effriterait; le fait que la compensation déroge au principe de l’égalité entre les créanciers ordinaires et le fait que la compensation pré-post équivaut à attribuer à certains créanciers une « sorte

the commencement of proceedings; etc. (paras. 59, 61 and 73).

[140] Most of these arguments presuppose that pre-post compensation will be systematically allowed without regard for the circumstances of each case and without considering whether it is “appropriate” — hence my colleagues’ position that pre-post compensation should never be authorized unless there are exceptional circumstances. Although these arguments are legitimate, they must be left to the supervising judge, who will weigh them — along with the other relevant considerations and circumstances — in exercising the discretion to permit or to deny pre-post compensation in a particular case, having regard to the remedial objectives of the CCAA.

[141] Believing herself to be bound by the conclusions of the Quebec Court of Appeal in *Kitco*, the supervising judge in this case did not exercise her discretion under s. 11 of the CCAA. Given that this discretion was not exercised by the supervising judge, it is not for this Court to exercise it to determine whether to permit compensation between the amounts owed by the City to SM Group and the claim held by the City against SM Group. The Court has made it clear that supervising judges are in the best position to decide whether to exercise their discretion in a particular case based on “a circumstance-specific inquiry that must balance the various objectives of the CCAA” (*Callidus*, at para. 76).

[142] My colleagues are of the view that remanding the case to the court of original jurisdiction would be unhelpful and not in the interests of justice (paras. 84 and 98). I respectfully disagree. In fact, this Court recently noted in *Canadian Broadcasting Corp. v. Manitoba*, 2021 SCC 33, [2021] 2 S.C.R. 704, that in cases involving an exercise of discretion by a court of first instance, “it is not in the interests of justice for this Court to step into [that court’s] shoes and decide these matters at first instance”, and that this

de garantie » additionnelle sur de nouveaux éléments d’actif acquis par la débitrice après l’ouverture des procédures; etc. (par. 59, 61 et 73).

[140] La plupart de ces arguments présument que la compensation pré-post sera systématiquement accordée sans égards aux circonstances propres à chaque affaire, et nonobstant la question de savoir si celle-ci est « indiquée » — d’où la position de mes collègues selon laquelle la compensation pré-post ne devrait jamais être autorisée, sauf circonstances exceptionnelles. Bien que légitimes, ces arguments doivent être laissés à l’appréciation du juge surveillant qui, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire d’accorder ou non la compensation pré-post dans une affaire donnée, les soupèsera avec les autres considérations et circonstances pertinentes, le tout à la lumière des objectifs réparateurs de la LACC.

[141] Estimant être liée par les conclusions de la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *Kitco*, la juge surveillante n’a pas exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère l’art. 11 de la LACC. Vu l’absence d’exercice de ce pouvoir par la juge surveillante, il ne revient pas à la Cour de l’exercer afin de décider s’il y a lieu d’autoriser ou non la compensation entre les sommes dues par la Ville de Montréal à Groupe SM et la créance de cette dernière à l’encontre de Groupe SM. La Cour a précisé que les juges surveillants sont les mieux placés pour décider s’ils doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée en s’appuyant sur « une analyse fondée sur les circonstances propres à chaque situation qui doit mettre en balance les divers objectifs de la LACC » (*Callidus*, par. 76).

[142] Mes collègues sont d’avis que le renvoi du dossier en première instance serait inutile et contraire aux intérêts de la justice (par. 84 et 98). Avec égards, je ne suis pas d’accord. En effet, la Cour a récemment rappelé dans l’arrêt *Société Radio-Canada c. Manitoba*, 2021 CSC 33, [2021] 2 R.C.S. 704, que dans les affaires qui reposent sur l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire par un tribunal de première instance, « il n’est pas dans l’intérêt de la justice que notre Cour se mette à la place de [ce tribunal] et

Court's role is limited to reviewing the exercise of the discretion "through [a] deferential lens" (para. 88).

III. Conclusion

[143] For these reasons, I would allow the appeal solely for the purpose of remanding the case to the Superior Court to have it determine whether the City may effect compensation between SM Group's pre-initial order debts and the post-initial order amounts owed by the City to SM Group. I would also allow the appeal so that it can be determined whether the City may effect compensation in respect of its water meter claim.

Appeal dismissed with costs, BROWN J. dissenting.

Solicitors for the appellant: IMK, Montréal.

Solicitors for the respondent: Stikeman Elliott, Montréal.

Solicitors for the interveners the Alaris Royalty Corp. and the Integrated Private Debt Fund V LP: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the intervenor Thornhill Investments Inc.: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitor for the intervenor Ville de Laval: Service des affaires juridiques de la Ville de Laval, Laval.

Solicitors for the intervenor Union des municipalités du Québec: Borden Ladner Gervais, Montréal.

tranche ces questions en première instance » et que le rôle de la Cour se limite à réviser l'exercice de ce pouvoir « avec un regard empreint de déférence » (par. 88).

III. Conclusion

[143] Pour ces raisons, j'accueillerais l'appel à seule fin de retourner le dossier devant la Cour supérieure afin qu'il soit décidé si la Ville peut opérer compensation entre les dettes de Groupe SM pré-ordonnance initiale et les sommes dues par la Ville à Groupe SM post-ordonnance initiale. J'accueillerais également l'appel afin qu'il soit décidé si la Ville peut opérer compensation quant à sa réclamation à l'égard des compteurs d'eau.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge BROWN est dissident.

Procureurs de l'appelante : IMK, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Stikeman Elliott, Montréal.

Procureurs des intervenantes Alaris Royalty Corp. et Integrated Private Debt Fund V LP : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Thornhill Investments Inc. : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureur de l'intervenante la Ville de Laval : Service des affaires juridiques de la Ville de Laval, Laval.

Procureurs de l'intervenante l'Union des municipalités du Québec : Borden Ladner Gervais, Montréal.