

COURT FILE NO. 2403 15089

Clerk's Stamp

COURT COURT OF KING'S BENCH OF ALBERTA

JUDICIAL CENTRE EDMONTON

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
FREEDOM CANNABIS INC.

DOCUMENT **BRIEF OF LAW**

ADDRESS FOR SERVICE AND CONTACT INFORMATION OF PARTY FILING THIS DOCUMENT	McLENNAN ROSS LLP #600 McLennan Ross Building 12220 Stony Plain Road Edmonton, AB T5N 3Y4	Lawyer: Ryan Trainer Telephone: 780.482.9153 Fax: 780.733.9716 Email: ryan.trainer@mross.com File No.: 20243219
---	---	---

**Brief of Law of 2644323 Alberta Ltd. and JL Legacy Ltd.
Commercial List Chambers Application scheduled for the
29th day of April, 2024, at 2:00 p.m. before Justice D. Mah**

Table of Contents

I.	INTRODUCTION.....	1
II.	STATEMENT OF FACTS.....	1
III.	ARGUMENT	2
A.	JLL will be uniquely prejudiced should the Court decline to grant the ARVO.....	2
B.	The Crown’s arguments in opposition to the Releases must be rejected	4
i.	Statutory discretion under CCAA section 11	5
ii.	The Releases are necessary for Freedom’s viability	9
IV.	CONCLUSION.....	10
V.	TABLE OF AUTHORITIES.....	11

I. INTRODUCTION

1. JLL Legacy Ltd. ("**JLL**") is the senior lender and interim financing lender to the Applicant, Freedom Cannabis Inc. ("**Freedom**"). JLL and its subsidiary, 2644323 Alberta Ltd. (the "**Purchaser**"), are parties to an Amended and Restated Stalking Horse Subscription Agreement (the "**Stalking Horse Agreement**"), which contemplates the Purchaser acquiring the issued and outstanding securities of Freedom in exchange for JLL releasing Freedom from an estimated \$23,700,000 in indebtedness (the "**JLL Indebtedness**") that will be owing to JLL by Freedom as at the time of closing.
2. The Stalking Horse Agreement is conditional upon this Honourable Court granting the Approval and Reverse Vesting Order ("**ARVO**") sought by Freedom. The ARVO includes customary provisions providing for the release from certain liabilities (the "**Releases**") of non-parties to these proceedings, including the current directors of Freedom.
3. JLL and the Purchaser file this Brief of Law in support of Freedom's Application for the ARVO. Herein, JLL and the Purchaser argue that JLL will be uniquely prejudiced as Freedom's largest stakeholder should this Honourable Court decline to grant the ARVO.
4. JLL and the Purchaser further argue that certain arguments made by the Canada Revenue Agency, as represented by the Minister of National Revenue (the "**Crown**") in opposition to the inclusion of the Releases in the ARVO should be rejected on the grounds that they do not accord with binding jurisprudence governing Canadian courts' exercise of statutory discretion in proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act*.¹

II. STATEMENT OF FACTS

5. Facts generally relevant to this matter are accurately summarized at paragraphs 7 through 36 of the Brief of Law of Freedom and are not repeated below in order to avoid redundancy. For the purposes of the argument herein, JLL and the Purchaser highlight only the following facts:

¹ RSC 1985, c C-36, [CCAA].

- i. JLL and the Purchaser were the sole participants in the sales process facilitated by the KPMG Inc. (the "**Monitor**") acting in its capacity as court-appointed Monitor in these proceedings²;
- ii. JLL and the Purchaser have determined that Freedom's business will be commercially viable as going concern, provided that Freedom is acquired by the Purchaser in the manner contemplated under the proposed ARVO³;
- iii. JLL has determined that any alternative sales or liquidation process for Freedom or its assets will likely result in an inferior outcome for JLL to the transaction contemplated under the Stalking Horse Agreement⁴;
- iv. JLL and the Purchaser have determined that Freedom's viability going forward necessitates Freedom's retention of its current senior management team – namely its current directors, David Majeski, Gregory Kirschke, Julie Potestio, and Johnfrank Potestio (collectively, the "**Directors**")⁵;
- v. JLL and the Purchaser have determined that this Honourable Court's granting of Releases provided for in the proposed ARVO is essential to ensuring Freedom's retention of its senior management personnel⁶.

III. ARGUMENT

6. The argument below proceeds in two parts. First, JLL and the Purchaser argue that, as the fulcrum creditor of Freedom, JLL will suffer unique prejudice should this Honourable Court decline to grant the ARVO. Second, JLL address certain arguments of the Crown raised in opposition to the inclusion of the Releases in the ARVO.

A. JLL will be uniquely prejudiced should the Court decline to grant the ARVO

² Sixth Report of the Monitor, dated April 22, 2025, [**Sixth Report**]

³ Affidavit of Timothy Latimer, dated April 24, 2025, at para 8.

⁴ *Ibid*, at para 9.

⁵ *Ibid*, at paras 11 – 12.

⁶ *Ibid*, at para 13.

7. JLL and the Purchaser concur with and echo the arguments of Freedom concerning the necessity and appropriateness of the ARVO. Paragraphs 44 to 49 of the Freedom’s Brief of Law dated April 23, 2025, (the “**Freedom Brief**”) correctly identify the applicable test for granting a reverse vesting order in CCAA proceedings. That test requires this Honourable Court to:
- i. Determine whether the ARVO is appropriate under the circumstances within the meaning of CCAA section 11;
 - ii. Determine whether it is appropriate to authorize a disposition in accordance with CCAA section 36;
 - iii. Review the principles established by the Ontario Court of Appeal in *Royal Bank of Canada v Soundair Corporation*⁷; and
 - iv. Review the factors specific to reverse vesting order applications established by the Ontario Superior Court of Justice in *Harte Gold Corp. (Re)*⁸.
8. JLL’s submissions on this topic focus on the unique prejudice that JLL will suffer if the ARVO is not granted. The position of JLL is particularly relevant to the following aspects of the test identified above:
- i. CCAA section 36(3)(e) – “the effects of the proposed sale or disposition on the creditors and other interested parties”;
 - ii. the “interests of the parties” principle from the *Soundair* test; and
 - iii. the “whether the reverse vesting structure produces an economic result at least as favourable as any other viable alternative” element of the *Harte Gold* test.
9. JLL is the fulcrum creditor of Freedom. The final Purchase Price for the securities of Freedom in the Stalking Horse Agreement will be lower than the total indebtedness owing to JLL in its

⁷ *Royal Bank of Canada v. Soundair Corp.*, [1991 CanLII 2727 \(ON CA\)](#), [**Soundair**].

⁸ *Harte Gold Corp. (Re)*, [2022 ONSC 653 \(CanLII\)](#), [**Harte Gold**].

capacity as senior lender and DIP Financing lender to Freedom⁹. The value of Freedom as an intact, going concern has been rigorously tested on the open market by virtue of the comprehensive sales process conducted by the Monitor. That sales process resulted in no other bids aside from the bid of JLL and the Purchaser¹⁰.

10. Therefore, this Court must infer that maximum proceeds that may theoretically result from any alternative sale of Freedom as a going concern in these proceedings will be less than the value of the JLL Indebtedness. Practically speaking, an alternative sale of Freedom as going concern is highly unlikely – in the Monitor’s opinion, the only realistic alternative to the ARVO is the liquidation of Freedom’s assets¹¹. Any cash value derived from the liquidation of Freedom’s assets (which would necessarily exclude valuable, non-transferable intangibles, such as licenses) will invariably be lower than the value derived from the sale of Freedom as a going concern.
11. Resultantly, the approval of the ARVO is of unique importance to JLL, being the only stakeholder of Freedom that will be directly impacted by the results of any sales or liquidation process. Declining to grant the ARVO will set Freedom on the path towards a distressed liquidation of its assets in these proceedings or in bankruptcy. That outcome will materially and uniquely prejudice JLL.

B. The Crown’s arguments in opposition to the Releases must be rejected

12. The Stalking Horse Agreement is conditional upon this Honourable Court granting the ARVO, inclusive of the Releases. JLL and the Purchaser consider the Releases to be of critical necessity to Freedom’s post-closing success.¹² JLL and the Purchaser are thus supportive of the Releases’ inclusion in the ARVO. The Freedom Brief and the Bench Brief of the Directors, dated April 22, 2025, accurately summarize the applicable test for the granting of third-party releases

⁹ Sixth Report, at paras 30 and 41(d). Note that the Senior Loan Credit Bid Amount (as defined in the Stalking Horse Agreement) of \$14,200,000 is significantly less than the \$17,281,279 balance of the pre-filing indebtedness owing by Freedom to JLL.

¹⁰ *Ibid*, at para 31(h).

¹¹ *Ibid*, at paras 32 and 37(d).

¹² Latimer Affidavit, at paras 12 – 13.

pursuant to the broad, discretionary authority granted to CCAA courts under CCAA section 11. JLL and the Purchaser concur with the arguments of Freedom and the Directors.

13. JLL and the Purchaser dispute arguments advanced by the Crown in opposition to the inclusion of the Releases in the ARVO. The following paragraphs first address the Crown's attempt to impose a novel test for CCAA courts exercise of statutory discretion under CCAA section 11 before rebutting the Crown's contention that the inclusion of the Releases is not vital for Freedom's post-closing viability.

- i. **Statutory discretion under CCAA section 11**

14. The Crown proposes a novel framework for determining whether it is appropriate for CCAA courts to exercise statutory discretion under CCAA section 11. The Crown argues as follows:

Section 11 of the CCAA is introduced with the phrase, "Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*". It does not say "Despite any other enactment of Canada" or "Despite anything in the *Excise Act, 2001*". **The Crown submits the propriety of an order made under section 11 should be made with consideration to all other law applicable to a given situation.**¹³

15. The Crown proceeds to argue that relief should not be granted pursuant to CCAA section 11 when the relief in question is not available under, or is in conflict with, a separate statute (the *Excise Act, 2001*, in this instance).¹⁴ The capstone of the Crown's submission on this point is the rhetorical question "[u]nder section 11, is it appropriate for the Court to substitute its own common law test to override the statutorily prescribed test?"¹⁵
16. In arguing that the scope of courts' statutory discretion under CCAA section 11 is limited by other acts of Parliament, the Crown asks this Honourable Court to impose a yardstick that is inconsistent with on-point Supreme Court of Canada ("**SCC**") jurisprudence concerning statutory discretion under the CCAA. The following paragraphs explain the theoretical basis for the breadth of CCAA courts' authority under the doctrine of statutory discretion (as

¹³ Crown Brief, at para 51, emphasis added.

¹⁴ Crown Brief, at paras 53 – 54.

¹⁵ *Ibid*, at para 53.

distinguishable from the doctrine of inherent jurisdiction) before reviewing the current status of the law pertaining to statutory discretion under CCAA section 11.

Statutory discretion under the CCAA

17. The 2009 amendments to the CCAA enhanced the statutory discretion afforded to CCAA courts under CCAA section 11. Under the pre-2009 amendment analog to the present CCAA section 11, being the former CCAA subsection 11(1), the statutory discretion afforded to superior courts was limited to orders made under the remaining subsections of the former CCAA section 11:

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.**¹⁶

18. The ambit of the present text of CCAA section 11 is far broader on its face than that of its predecessor. As the law now stands, CCAA courts are granted by Parliament the statutory discretion to make “any order that [they] consider appropriate in the circumstances:”

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.**¹⁷

19. The difference between the pre and post-2009 constructions of the statute is not trifling. Both academics and the judiciary have acknowledged that, whereas in the past, CCAA courts may have resorted to inherent jurisdiction as the source of authority to grant discretionary relief absent from the skeletal pre-2009 version of the CCAA, courts will now give effect to the objectives of the CCAA by relying upon statutory discretion in the first instance. In a 2021 article, Professor Roderick J. Wood observed that the consequence of CCAA courts' shift in

¹⁶ *Companies' Creditors Arrangement Act*, RSC 1985, c C-36, at ss 11(1), as it appeared from 2007-11-17 to 2009-09-17, emphasis added.

¹⁷ CCAA, *supra*, at s 11, emphasis added.

reliance on inherent jurisdiction to statutory discretion is material and should not be considered as a mere “exercise in rebranding.” Professor Wood states:

The shift from a theory of inherent jurisdiction to one of statutory discretion in restructuring law was not a mere exercise in rebranding that simply substituted one term for another. There are two important consequences connected with this shift. The first concerns the availability of the powers. Although inherent jurisdiction is not necessarily limited to the control of the court’s own processes, the doctrine is to be used “sparingly and with caution.” Statutory discretion under the CCAA is tested against the requirements of appropriateness, good faith, due diligence. **Appropriateness is to be assessed by inquiring whether the order sought advances the policy objectives underlying the CCAA. The shift from inherent jurisdiction to statutory discretion put an end to any notion that the judicial powers were extraordinary or limited in availability.** The second consequence of the shift concerns conflicting provincial statutes. Under a theory of inherent jurisdiction, a court is unable to make an order that conflicts with a provincial statute. Under a theory of statutory discretion, a court is not so limited, and the provincial statute will be inoperative under the paramountcy doctrine.

In 2009, the shift from inherent jurisdiction to statutory discretion became firmly cemented in place in the CCAA through the inclusion of an express statutory provision that gave the court the authority to make any order so long as it is not inconsistent with any of the restrictions set out in the legislation.¹⁸

20. In *Callidus*, the SCC acknowledged that CCAA courts will first look to exercise statutory discretion under CCAA section 11 before resorting to inherent jurisdiction:

Where a party seeks an order relating to a matter that falls within the supervising judge’s purview, and for which there is no CCAA provision conferring more specific jurisdiction, s. 11 necessarily is the provision of first resort in anchoring jurisdiction. As Blair J.A. put it in *Stelco*, s. 11 “for the most part supplants the need to resort to inherent jurisdiction” in the CCAA context...¹⁹

21. The distinction between statutory discretion and inherent jurisdiction is material. As is explained in Professor Wood’s article cited herein, statutory discretion affords courts far broader latitude than inherent jurisdiction. Critically, and in contrast to inherent jurisdiction,

¹⁸ Wood, Roderick J., “‘Come a Little Bit Closer’: Convergence and its Limits in Canadian Restructuring Law,” (2021) 10 Journal of the Insolvency Institute of Canada 1, at page 11, emphasis added.

¹⁹ *Callidus Capital Corp. v Canada*, [2020 SCC 10](#), at para 68, citing *Stelco Inc. (Re)*, 2005 CanLII 8671 (ON CA), 253 DLR (4th) 109 (Ont CA), at para 36.

statutory discretion need not be exercised by courts “sparingly and with caution” or need not be utilized as a measure of last resort as a means by which to cure legislative gaps. Resultantly, authorities discussing CCAA courts’ inherent jurisdiction and the limits thereof dating from prior to the 2009 CCAA amendments are not apposite to the present discussion.

The remedial purpose of CCAA section 11

22. The SCC’s recent decisions in *Callidus* and *Canada v Canada North Group Inc.*²⁰ leave little room for ambiguity respecting the vast, though not unlimited, scope of statutory discretion afforded to CCAA courts pursuant to CCAA section 11. In *Callidus*, the SCC emphasized that CCAA section 11 is the “engine” by which CCAA courts will exercise their discretionary authority in furtherance of the statute’s remedial purposes:

48 The CCAA capitalizes on this positional advantage by supplying supervising judges with broad discretion to make a variety of orders that respond to the circumstances of each case and “meet contemporary business and social needs” ... in “real-time” **The anchor of this discretionary authority is s. 11, which empowers a judge “to make any order that [the judge] considers appropriate in the circumstances”. This section has been described as “the engine” driving the statutory scheme...**

49 The discretionary authority conferred by the CCAA, while broad in nature, is not boundless. **This authority must be exercised in furtherance of the remedial objectives of the CCAA**, which we have explained above.... Additionally, the court must keep in mind three “baseline considerations” (at para. 70), which the applicant bears the burden of demonstrating: **(1) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (2) that the applicant has been acting in good faith and (3) with due diligence...**

...

67 Courts have long recognized that s. 11 of the CCAA signals legislative endorsement of the “broad reading of CCAA authority developed by the jurisprudence”...

...

On the plain wording of the provision, **the jurisdiction granted by s. 11 is constrained only by restrictions set out in the CCAA itself, and the requirement that the order made be “appropriate in the circumstances”.**

²⁰ *Canada v Canada North Group Inc.*, [2021 SCC 30 \(CanLII\)](#), [*Canada North*].

68 Where a party seeks an order relating to a matter that falls within the supervising judge's purview, and for which there is no CCAA provision conferring more specific jurisdiction, s. 11 necessarily is the provision of first resort in anchoring jurisdiction.²¹

23. In *Canada North*, the SCC reiterated its earlier remarks in *Callidus*, stressing again that "[a]ppropriateness is assessed by inquiring whether the order sought advances the remedial objectives of the CCAA."²² The majorities of the SCC in both *Canada North* and *Callidus* thus appear to agree with Professor Wood's conclusion that the propriety of relief sought under CCAA section 11 "is to be assessed by inquiring whether the order sought advances the policy objectives underlying the CCAA."²³
24. Notably absent from the reasons of the majorities in both *Canada North* and *Callidus* is any suggestion that CCAA courts must exercise their broad, discretionary authority under CCAA section 11 "with consideration to all other law applicable to a given situation," as the Crown now insists.
25. Of course, granting a discretionary order under CCAA section 11 always "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," *per* the majority's *dicta* in *Canada North*²⁴. But the requirement to undertake a fact-specific assessment in gauging the appropriateness of relief sought cannot be taken to mean that statutory discretion under CCAA section 11 is abrogated by the provisions of separate acts of Parliament in the face of the SCC's express finding that "the jurisdiction granted by s. 11 is constrained only by restrictions set out in the CCAA itself."²⁵

ii. The Releases are necessary for Freedom's viability

26. The Crown advances two arguments to minimize the importance of the Releases to JLL and the Purchaser. First, the Crown proposes that retaining Freedom's senior management team is not critical for Freedom's post-closing viability, noting "[t]here is a significant difference

²¹ *Ibid*, at paras 48 – 49 and 67 – 68, citations omitted, emphasis added.

²² *Canada North*, *supra* at para 170.

²³ Wood, *supra*.

²⁴ *Canada North*, *supra*, at para 178.

²⁵ *Callidus*, *supra* at para 67.

between the new owner *wanting* certain individuals as directors and the new owner *needing* those individuals to be directors.”²⁶

27. The Crown’s argument on this point appears to suppose that it will be feasible for the Purchaser to recruit alternate executives with experience in managing a licensed cannabis industry participant. JLL and the Purchaser do not believe that it will be possible to recruit alternative management personnel (at least one of whom will require a security clearance). Moreover, the Monitor agrees that “the continued involvement of most of these Released Parties is key to the successful implementation of the Transaction.”²⁷
28. Second, the Crown asserts that assessing the Directors with joint liability for in excess of \$4,000,000 in tax debts “does not disqualify them from being directors.” In and of itself, an assessment will not disqualify an individual from corporate directorship in Alberta. However, persons who have made an assignment into bankruptcy are expressly prohibited from serving as directors by operation of section 105(1)(d) of the *Business Corporations Act*, RSA 2000, c B-9. To be clear, no evidence is before this Court respecting the financial affairs of the Directors, let alone of any intention to make an assignment into bankruptcy in the event that they are held liable under the *Excise Act, 2001*. Nevertheless, given the magnitude of the potential liability to the Directors, JLL and the Purchaser are nevertheless concerned that they may face bankruptcy absent the granting of the Releases, thus rendering them ineligible to serve as directors.

IV. CONCLUSION


29. In light of all of the foregoing, JLL and the Purchaser submit that is appropriate for this Honourable Court to exercise its discretionary authority under CCAA section 11 to grant the ARVO, inclusive of the Releases.

²⁶ Crown Brief, at para 64.

²⁷ Sixth Report, at para 41.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED this 25th day of April, 2025.

McLENNAN ROSS LLP

Per: 
Kevin Hoy,
Counsel for 2644323 Alberta Ltd.
and JL Legacy Ltd.

V. TABLE OF AUTHORITIES

Cases	
1	<i>Callidus Capital Corp. v Canada</i> , 2020 SCC 10 (CanLII)
2	<i>Canada v Canada North Group Inc.</i> , 2021 SCC 30 (CanLII)
3	<i>Royal Bank of Canada v. Soundair Corp.</i> , 1991 CanLII 2727
4	<i>Harte Gold Corp. (Re)</i> , 2022 ONSC 653 (CanLII)
Secondary Sources	
5	Wood, Roderick J., "Come a Little Bit Closer": Convergence and its Limits in Canadian Restructuring Law," (2021) 10 Journal of the Insolvency Institute of Canada 1.
Legislation	
	<i>Companies Creditors' Arrangement Act</i> , RSC 1985, c C-36.
	<i>Business Corporations Act</i> , RSA 2000, c B-9.

**9354-9186 Québec inc. and
9354-9178 Québec inc. *Appellants***

v.

**Callidus Capital Corporation,
International Game Technology,
Deloitte LLP, Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx and François Pelletier
*Respondents***

and

**Ernst & Young Inc.,
IMF Bentham Limited (now known as
Omni Bridgeway Limited),
Bentham IMF Capital Limited (now known
as Omni Bridgeway Capital (Canada)
Limited), Insolvency Institute of Canada and
Canadian Association of Insolvency and
Restructuring Professionals *Interveners***

- and -

**IMF Bentham Limited (now known as Omni
Bridgeway Limited) and
Bentham IMF Capital Limited (now known
as Omni Bridgeway Capital (Canada)
Limited) *Appellants***

v.

**Callidus Capital Corporation,
International Game Technology,
Deloitte LLP, Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx and François Pelletier
*Respondents***

and

**9354-9186 Québec inc. et
9354-9178 Québec inc. *Appelantes***

c.

**Callidus Capital Corporation,
International Game Technology,
Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx et François Pelletier *Intimés***

et

**Ernst & Young Inc.,
IMF Bentham Limited (maintenant
connue sous le nom d’Omni Bridgeway
Limited), Corporation Bentham IMF
Capital (maintenant connue sous le nom de
Corporation Omni Bridgeway Capital
(Canada)), Institut d’insolvabilité du Canada
et Association canadienne des professionnels
de l’insolvabilité et de la réorganisation
*Intervenants***

- et -

**IMF Bentham Limited (maintenant
connue sous le nom d’Omni Bridgeway
Limited) et Corporation Bentham IMF
Capital (maintenant connue sous le nom de
Corporation Omni Bridgeway Capital
(Canada)) *Appelantes***

c.

**Callidus Capital Corporation,
International Game Technology,
Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx et François Pelletier *Intimés***

et

**Ernst & Young Inc.,
9354-9186 Québec inc.,
9354-9178 Québec inc.,
Insolvency Institute of Canada and
Canadian Association of Insolvency
and Restructuring Professionals** *Intervenors*

**INDEXED AS: 9354-9186 QUÉBEC INC. v.
CALLIDUS CAPITAL CORP.**

2020 SCC 10

File No.: 38594.

Hearing and judgment: January 23, 2020.

Reasons delivered: May 8, 2020.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Rowe and Kasirer JJ.

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

Bankruptcy and insolvency — Discretionary authority of supervising judge in proceedings under Companies' Creditors Arrangement Act — Appellate review of decisions of supervising judge — Whether supervising judge has discretion to bar creditor from voting on plan of arrangement where creditor is acting for improper purpose — Whether supervising judge can approve third party litigation funding as interim financing — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11, 11.2.

The debtor companies filed a petition for the issuance of an initial order under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA") in November 2015. The petition succeeded, and the initial order was issued by a supervising judge, who became responsible for overseeing the proceedings. Since then, substantially all of the assets of the debtor companies have been liquidated, with the notable exception of retained claims for damages against the companies' only secured creditor. In September 2017, the secured creditor proposed a plan of arrangement, which later failed to receive sufficient creditor support. In February 2018, the secured creditor proposed another, virtually identical, plan of arrangement. It also sought the supervising judge's permission to vote on this new plan in the same class as the debtor companies' unsecured creditors, on the basis that its security was worth nil. Around the

**Ernst & Young Inc.,
9354-9186 Québec inc.,
9354-9178 Québec inc.,
Institut d'insolvabilité du Canada et
Association canadienne des professionnels
de l'insolvabilité et de la réorganisation** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : 9354-9186 QUÉBEC INC. c.
CALLIDUS CAPITAL CORP.**

2020 CSC 10

N° du greffe : 38594.

Audition et jugement : 23 janvier 2020.

Motifs déposés : 8 mai 2020.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Faillite et insolvabilité — Pouvoir discrétionnaire du juge surveillant dans une instance introduite sous le régime de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — Contrôle en appel des décisions du juge surveillant — Le juge surveillant a-t-il le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter sur un plan d'arrangement si ce créancier agit dans un but illégitime? — Le juge surveillant peut-il approuver le financement de litige par un tiers à titre de financement temporaire? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 11, 11.2.

En novembre 2015, les compagnies débitrices déposent une requête en délivrance d'une ordonnance initiale sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC »). La requête est accueillie, et l'ordonnance initiale est rendue par un juge surveillant, qui est chargé de surveiller le déroulement de l'instance. Depuis, la quasi-totalité des éléments d'actif de la compagnie débitrice ont été liquidés, à l'exception notable des réclamations réservées en dommages-intérêts contre le seul créancier garanti des compagnies. En septembre 2017, le créancier garanti propose un plan d'arrangement, qui n'obtient pas subséquemment l'appui nécessaire des créanciers. En février 2018, le créancier garanti propose un autre plan d'arrangement, presque identique au premier. Il demande aussi au juge surveillant la permission de voter sur ce nouveau plan dans la même catégorie que

same time, the debtor companies sought interim financing in the form of a proposed third party litigation funding agreement, which would permit them to pursue litigation of the retained claims. They also sought the approval of a related super-priority litigation financing charge.

The supervising judge determined that the secured creditor should not be permitted to vote on the new plan because it was acting with an improper purpose. As a result, the new plan had no reasonable prospect of success and was not put to a creditors' vote. The supervising judge allowed the debtor companies' application, authorizing them to enter into a third party litigation funding agreement. On appeal by the secured creditor and certain of the unsecured creditors, the Court of Appeal set aside the supervising judge's order, holding that he had erred in reaching the foregoing conclusions.

Held: The appeal should be allowed and the supervising judge's order reinstated.

The supervising judge made no error in barring the secured creditor from voting or in authorizing the third party litigating funding agreement. A supervising judge has the discretion to bar a creditor from voting on a plan of arrangement where they determine that the creditor is acting for an improper purpose. A supervising judge can also approve third party litigation funding as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*. The Court of Appeal was not justified in interfering with the supervising judge's discretionary decisions in this regard, having failed to treat them with the appropriate degree of deference.

The *CCAA* is one of three principal insolvency statutes in Canada. It pursues an array of overarching remedial objectives that reflect the wide ranging and potentially catastrophic impacts insolvency can have. These objectives include: providing for timely, efficient and impartial resolution of a debtor's insolvency; preserving and maximizing the value of a debtor's assets; ensuring fair and equitable treatment of the claims against a debtor; protecting the public interest; and, in the context of a commercial insolvency, balancing the costs and benefits of restructuring or liquidating the company. The architecture of the *CCAA* leaves the case-specific assessment and balancing of these objectives to the supervising judge.

les créanciers non garantis des compagnies débitrices, au motif que sa sûreté ne vaut rien. À peu près au même moment, les compagnies débitrices demandent un financement temporaire sous forme d'un accord de financement de litige par un tiers qui leur permettrait de poursuivre l'instruction des réclamations réservées. Elles sollicitent également l'approbation d'une charge super-prioritaire pour financer le litige.

Le juge surveillant décide que le créancier garanti ne peut voter sur le nouveau plan parce qu'il agit dans un but illégitime. En conséquence, le nouveau plan n'a aucune possibilité raisonnable d'être avalisé et il n'est pas soumis au vote des créanciers. Le juge surveillant accueille la demande des compagnies débitrices et les autorise à conclure un accord de financement de litige par un tiers. À l'issue d'un appel formé par le créancier garanti et certains des créanciers non garantis, la Cour d'appel annule l'ordonnance du juge surveillant, estimant qu'il est parvenu à tort aux conclusions qui précèdent.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge surveillant est rétablie.

Le juge surveillant n'a commis aucune erreur en empêchant le créancier garanti de voter ou en approuvant l'accord de financement de litige par un tiers. Un juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter sur un plan d'arrangement s'il décide que le créancier agit dans un but illégitime. Un juge surveillant peut aussi approuver le financement de litige par un tiers à titre de financement temporaire, en vertu de l'art. 11.2 de la *LACC*. La Cour d'appel n'était pas justifiée de modifier les décisions discrétionnaires du juge surveillant à cet égard et n'a pas fait preuve de la déférence à laquelle elle était tenue par rapport à ces décisions.

La *LACC* est l'une des trois principales lois canadiennes en matière d'insolvabilité. Elle poursuit un grand nombre d'objectifs réparateurs généraux qui témoignent de la vaste gamme des conséquences potentiellement catastrophiques qui peuvent découler de l'insolvabilité. Ces objectifs incluent les suivants : régler de façon rapide, efficace et impartiale l'insolvabilité d'un débiteur; préserver et maximiser la valeur des actifs d'un débiteur; assurer un traitement juste et équitable des réclamations déposées contre un débiteur; protéger l'intérêt public; et, dans le contexte d'une insolvabilité commerciale, établir un équilibre entre les coûts et les bénéfices découlant de la restructuration ou de la liquidation d'une compagnie. La structure de la *LACC* laisse au juge surveillant le soin de procéder à un examen et à une mise en balance au cas par cas de ces objectifs.

From beginning to end, each proceeding under the CCAA is overseen by a single supervising judge, who has broad discretion to make a variety of orders that respond to the circumstances of each case. The anchor of this discretionary authority is s. 11 of the CCAA, which empowers a judge to make any order that they consider appropriate in the circumstances. This discretionary authority is broad, but not boundless. It must be exercised in furtherance of the remedial objectives of the CCAA and with three baseline considerations in mind: (1) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (2) that the applicant has been acting in good faith and (3) with due diligence. The due diligence consideration discourages parties from sitting on their rights and ensures that creditors do not strategically manoeuvre or position themselves to gain an advantage. A high degree of deference is owed to discretionary decisions made by judges supervising CCAA proceedings and, as such, appellate intervention will only be justified if the supervising judge erred in principle or exercised their discretion unreasonably.

A creditor can generally vote on a plan of arrangement or compromise that affects its rights, subject to any specific provisions of the CCAA that may restrict its voting rights, or a proper exercise of discretion by the supervising judge to constrain or bar the creditor's right to vote. Given that the CCAA regime contemplates creditor participation in decision-making as an integral facet of the workout regime, the discretion to bar a creditor from voting should only be exercised where the circumstances demand such an outcome. Where a creditor is seeking to exercise its voting rights in a manner that frustrates, undermines, or runs counter to the remedial objectives of the CCAA — that is, acting for an improper purpose — s. 11 of the CCAA supplies the supervising judge with the discretion to bar that creditor from voting. This discretion parallels the similar discretion that exists under the *Bankruptcy and Insolvency Act* and advances the basic fairness that permeates Canadian insolvency law and practice. Whether this discretion ought to be exercised in a particular case is a circumstance-specific inquiry that the supervising judge is best-positioned to undertake.

In the instant case, the supervising judge's decision to bar the secured creditor from voting on the new plan discloses no error justifying appellate intervention. When he made this decision, the supervising judge was intimately

Chaque procédure fondée sur la LACC est supervisée du début à la fin par un seul juge surveillant, qui a le vaste pouvoir discrétionnaire de rendre toute une gamme d'ordonnances susceptibles de répondre aux circonstances de chaque cas. Le point d'ancrage de ce pouvoir discrétionnaire est l'art. 11 de la LACC, lequel confère au juge le pouvoir de rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée. Quoique vaste, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas sans limites. Son exercice doit tendre à la réalisation des objectifs réparateurs de la LACC et tenir compte de trois considérations de base : (1) que l'ordonnance demandée est indiquée, et (2) que le demandeur a agi de bonne foi et (3) avec la diligence voulue. La considération de diligence décourage les parties de rester sur leurs positions et fait en sorte que les créanciers n'usent pas stratégiquement de ruse ou ne se placent pas eux-mêmes dans une position pour obtenir un avantage. Les décisions discrétionnaires des juges chargés de la supervision des procédures intentées sous le régime de la LACC commandent un degré élevé de déférence. En conséquence, les cours d'appel ne seront justifiées d'intervenir que si le juge surveillant a commis une erreur de principe ou exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable.

En général, un créancier peut voter sur un plan d'arrangement ou une transaction qui a une incidence sur ses droits, sous réserve des dispositions de la LACC qui peuvent limiter son droit de voter, ou de l'exercice justifié par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire de limiter ou de supprimer ce droit. Étant donné que le régime de la LACC, dont l'un des aspects essentiels tient à la participation du créancier au processus décisionnel, les créanciers ne devraient être empêchés de voter que si les circonstances l'exigent. Lorsqu'un créancier cherche à exercer ses droits de vote de manière à contrecarrer ou à miner les objectifs réparateurs de la LACC ou à aller à l'encontre de ceux-ci — c'est-à-dire à agir dans un but illégitime — l'art. 11 de la LACC confère au juge surveillant le pouvoir discrétionnaire d'empêcher le créancier de voter. Ce pouvoir discrétionnaire s'apparente au pouvoir discrétionnaire semblable qui existe en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et favorise l'équité fondamentale qui imprègne le droit et la pratique en matière d'insolvabilité au Canada. La question de savoir s'il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée appelle une analyse fondée sur les circonstances propres à chaque situation que le juge surveillant est le mieux placé pour effectuer.

En l'espèce, la décision du juge surveillant d'empêcher le créancier garanti de voter sur le nouveau plan ne révèle aucune erreur justifiant l'intervention d'une cour d'appel. Lorsqu'il a rendu sa décision, le juge surveillant

familiar with these proceedings, having presided over them for over 2 years, received 15 reports from the monitor, and issued approximately 25 orders. He considered the whole of the circumstances and concluded that the secured creditor's vote would serve an improper purpose. He was aware that the secured creditor had chosen not to value any of its claim as unsecured prior to the vote on the first plan and did not attempt to vote on that plan, which ultimately failed to receive the other creditors' approval. Between the failure of the first plan and the proposal of the (essentially identical) new plan, none of the factual circumstances relating to the debtor companies' financial or business affairs had materially changed. However, the secured creditor sought to value the entirety of its security at nil and, on that basis, sought leave to vote on the new plan as an unsecured creditor. If the secured creditor were permitted to vote in this way, the new plan would certainly have met the double majority threshold for approval under s. 6(1) of the *CCAA*. The inescapable inference was that the secured creditor was attempting to strategically value its security to acquire control over the outcome of the vote and thereby circumvent the creditor democracy the *CCAA* protects. The secured creditor's course of action was also plainly contrary to the expectation that parties act with due diligence in an insolvency proceeding, which includes acting with due diligence in valuing their claims and security. The secured creditor was therefore properly barred from voting on the new plan.

Whether third party litigation funding should be approved as interim financing is a case-specific inquiry that should have regard to the text of s. 11.2 of the *CCAA* and the remedial objectives of the *CCAA* more generally. Interim financing is a flexible tool that may take on a range of forms. This is apparent from the wording of s. 11.2(1), which is broad and does not mandate any standard form or terms. At its core, interim financing enables the preservation and realization of the value of a debtor's assets. In some circumstances, like the instant case, litigation funding furthers this basic purpose. Third party litigation funding agreements may therefore be approved as interim financing in *CCAA* proceedings when the supervising judge determines that doing so would be fair and appropriate, having regard to all the circumstances and the objectives of the Act. This requires consideration of the specific factors set out in s. 11.2(4) of the *CCAA*. These factors need not be mechanically applied or individually reviewed by the supervising judge, as not all of them will be significant in every case, nor are they exhaustive.

connaissait très bien les procédures en cause, car il les avait présidées pendant plus de 2 ans, avait reçu 15 rapports du contrôleur et avait délivré environ 25 ordonnances. Il a tenu compte de l'ensemble des circonstances et a conclu que le vote du créancier garanti viserait un but illégitime. Il savait qu'avant le vote sur le premier plan, le créancier garanti avait choisi de n'évaluer aucune partie de sa réclamation à titre de créancier non garanti et n'avait pas tenté de voter sur ce plan, qui n'a finalement pas reçu l'aval des autres créanciers. Entre l'insuccès du premier plan et la proposition du nouveau plan (identique pour l'essentiel au premier plan), les circonstances factuelles se rapportant aux affaires financières ou commerciales des compagnies débitrices n'avaient pas réellement changé. Pourtant, le créancier garanti a tenté d'évaluer la totalité de sa sûreté à zéro et, sur cette base, a demandé l'autorisation de voter sur le nouveau plan à titre de créancier non garanti. Si le créancier garanti avait été autorisé à voter de cette façon, le nouveau plan aurait certainement satisfait au critère d'approbation à double majorité prévu par le par. 6(1) de la *LACC*. La seule conclusion possible était que le créancier garanti tentait d'évaluer stratégiquement la valeur de sa sûreté afin de prendre le contrôle du vote et ainsi contourner la démocratie entre les créanciers que défend la *LACC*. La façon d'agir du créancier garanti était manifestement contraire à l'attente selon laquelle les parties agissent avec diligence dans une procédure d'insolvabilité, ce qui comprend le fait de faire preuve de diligence raisonnable dans l'évaluation de leurs réclamations et sûretés. Le créancier garanti a donc été empêché à bon droit de voter sur le nouveau plan.

La question de savoir s'il y a lieu d'approuver le financement d'un litige par un tiers à titre de financement temporaire commande une analyse fondée sur les faits de l'espèce qui doit tenir compte du libellé de l'art. 11.2 de la *LACC* et des objectifs réparateurs de la *LACC* de façon plus générale. Le financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes. Cela ressort du libellé du par. 11.2(1), qui est large et ne prescrit aucune forme ou condition type. Le financement temporaire permet essentiellement de préserver et de réaliser la valeur des éléments d'actif du débiteur. Dans certaines circonstances, comme en l'espèce, le financement de litige favorise la réalisation de cet objectif fondamental. Les accords de financement de litige par un tiers peuvent être approuvés à titre de financement temporaire dans le cadre des procédures fondées sur la *LACC* lorsque le juge surveillant estime qu'il serait juste et approprié de le faire, compte tenu de l'ensemble des circonstances et des objectifs de la Loi. Cela implique la prise en considération des facteurs précis énoncés au par. 11.2(4) de la *LACC*. Ces facteurs

Additionally, in order for a third party litigation funding agreement to be approved as interim financing, the agreement must not contain terms that effectively convert it into a plan of arrangement.

In the instant case, there is no basis upon which to interfere with the supervising judge's exercise of his discretion to approve the litigation funding agreement as interim financing. A review of the supervising judge's reasons as a whole, combined with a recognition of his manifest experience with the debtor companies' CCAA proceedings, leads to the conclusion that the factors listed in s. 11.2(4) concern matters that could not have escaped his attention and due consideration. It is apparent that he was focussed on the fairness at stake to all parties, the specific objectives of the CCAA, and the particular circumstances of this case when he approved the litigation funding agreement as interim financing. Further, the litigation funding agreement is not a plan of arrangement because it does not propose any compromise of the creditors' rights. The fact that the creditors may walk away with more or less money at the end of the day does not change the nature or existence of their rights to access the funds generated from the debtor companies' assets, nor can it be said to compromise those rights. Finally, the litigation financing charge does not convert the litigation funding agreement into a plan of arrangement. Holding otherwise would effectively extinguish the supervising judge's authority to approve these charges without a creditors' vote, which is expressly provided for in s. 11.2 of the CCAA.

Cases Cited

By Wagner C.J. and Moldaver J.

Applied: *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; **considered:** *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102; *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy)*, *Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296; **referred to:** *Bayens v. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150; *Hayes v. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125; *Schenk v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332; *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199; *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271; *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund*

ne doivent pas être appliqués machinalement ou examinés individuellement par le juge surveillant, car ils ne seront pas tous importants dans tous les cas, et ils ne sont pas non plus exhaustifs. En outre, pour qu'un accord de financement de litige par un tiers soit approuvé à titre de financement temporaire, il ne doit pas comporter des conditions qui le convertissent effectivement en plan d'arrangement.

En l'espèce, il n'y a aucune raison d'intervenir dans l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'accord de financement de litige à titre de financement temporaire. L'examen des motifs du juge surveillant dans leur ensemble, conjugué à la reconnaissance de son expérience évidente des procédures intentées par les compagnies débitrices sous le régime de la LACC, mène à la conclusion que les facteurs énumérés au par. 11.2(4) concernent des questions qui n'auraient pu échapper à son attention et à son examen adéquat. Il est manifeste que le juge surveillant a mis l'accent sur l'équité envers toutes les parties, les objectifs précis de la LACC et les circonstances particulières de la présente affaire lorsqu'il a approuvé l'accord de financement de litige à titre de financement temporaire. De plus, l'accord de financement de litige ne constitue pas un plan d'arrangement parce qu'il ne propose aucune transaction visant les droits des créanciers. Le fait que les créanciers puissent en fin de compte remporter plus ou moins d'argent ne modifie en rien la nature ou l'existence de leurs droits d'avoir accès aux fonds provenant des actifs des compagnies débitrices, pas plus qu'on ne saurait dire qu'il s'agit d'une transaction à l'égard de leurs droits. Enfin, la charge relative au financement de litige ne convertit pas l'accord de financement de litige en plan d'arrangement. Une conclusion contraire aurait pour effet d'annihiler le pouvoir du juge surveillant d'approuver ces charges sans un vote des créanciers, un résultat qui est expressément prévu par l'art. 11.2 de la LACC.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner et le juge Moldaver

Arrêt appliqué : *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; **arrêts examinés :** *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102; *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy)*, *Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296; **arrêts mentionnés :** *Bayens c. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150; *Hayes c. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125; *Schenk c. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332; *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271; *Ernst*

Ltd., 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299; *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323; *Uti Energy Corp. v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, aff'g 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204; *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24; *North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada v. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276; *Caterpillar Financial Services Ltd. v. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701; *Grant Forest Products Inc. v. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426; *Bridging Finance Inc. v. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175; *New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338; *Canadian Metropolitan Properties Corp. v. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Re 1078385 Ontario Ltd.* (2004), 206 O.A.C. 17; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283; *Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Boutiques San Francisco Inc. v. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955; *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Montgrain v. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; *Langtry v. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644; *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193; *Marcotte v. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915; *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, aff'd 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739; *Stanway v. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192; *Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169; *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577.

& Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd., 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Third Eye Capital Corporation c. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299; *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323; *Uti Energy Corp. c. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, conf. 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204; *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24; *North American Tungsten Corp. c. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada c. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276; *Caterpillar Financial Services Ltd. c. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701; *Grant Forest Products Inc. c. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426; *Bridging Finance Inc. c. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175; *New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338; *Canadian Metropolitan Properties Corp. c. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Re 1078385 Ontario Ltd.* (2004), 206 O.A.C. 17; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283; *Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Boutiques San Francisco Inc. c. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955; *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Montgrain c. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; *Langtry c. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644; *McIntyre Estate c. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193; *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915; *Houle c. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, conf. par 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739; *Stanway c. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192; *Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169; *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. c. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577.

Statutes and Regulations Cited

- An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 4.2, 43(7), 50(1), 54(3), 108(3), 187(9).
Budget Implementation Act, 2019, No. 1, S.C. 2019, c. 29, ss. 133, 138, 140.
Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 2(1), 3(1), 4, 5, 6(1), 7, 11, 11.2(1), (2), (4), (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g), (5), 11.7, 11.8, 18.6, 22(1), (2), (3), 23(1)(d), (i), 23 to 25, 36.
Winding-up and Restructuring Act, R.S.C. 1985, c. W-11, s. 6(1).

Authors Cited

- Agarwal, Ranjan K., and Doug Fenton. "Beyond Access to Justice: Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context" (2017), 59 *Can. Bus. L.J.* 65.
 Canada. Innovation, Science and Economic Development Canada. *Archived — Bill C-55: clause by clause analysis*, last updated December 29, 2016 (online: <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/eng/cl00908.html#bill128e>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_1_eng.pdf).
 Canada. Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada. *Bill C-12: Clause by Clause Analysis*, developed by Industry Canada, last updated March 24, 2015 (online: <https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/eng/br01986.html#a79>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_2_eng.pdf).
 Canada. Senate. Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa, 2003.
 Houlden, Lloyd W., Geoffrey B. Morawetz and Janis P. Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2009 (loose-leaf updated 2020, release 3).
 Kaplan, Bill. "Liquidating CCAAs: Discretion Gone Awry? ", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law*. Toronto: Carswell, 2008, 79.
 Klar, Lewis N., et al. *Remedies in Tort*, vol. 1, by Leanne Berry, ed. Toronto: Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2019, release 12).
 McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2019.
 Michaud, Guillaume. "New Frontier: The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape", in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018*. Toronto: Thomson Reuters, 2019, 221.

Lois et règlements cités

- An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327.
Loi n° 1 d'exécution du budget de 2019, L.C. 2019, c. 29, art. 133, 138, 140.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 4.2, 43(7), 50(1), 54(3), 108(3), 187(9).
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 2(1), 3(1), 4, 5, 6(1), 7, 11, 11.2(1), (2), (4), a), b), c), d), e), f), g), (5), 11.7, 11.8, 18.6, 22(1), (2), (3), 23(1)(d), i), 23 à 25, 36.
Loi sur les liquidations et les restructurations, L.R.C. 1985, c. W-11, art. 6(1).

Doctrine et autres documents cités

- Agarwal, Ranjan K., and Doug Fenton. « Beyond Access to Justice : Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context » (2017), 59 *Rev. can. dr. comm.* 65.
 Canada. Bureau du surintendant des faillites Canada. *Projet de loi C-12 : analyse article par article*, élaboré par Industrie Canada, dernière mise à jour 24 mars 2015 (en ligne : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br01986.html#a77f>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_2_fra.pdf).
 Canada. Innovation, Sciences et Développement économique Canada. *Archivé — Projet de Loi C-55 : analyse article par article*, dernière mise à jour 29 décembre 2016 (en ligne : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/fra/cl00908.html#lacc11-2>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_1_fra.pdf).
 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 arrangements avec les créanciers des compagnies*, Ottawa, 2003.
 Houlden, Lloyd W., Geoffrey B. Morawetz and Janis P. Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2009 (loose-leaf updated 2020, release 3).
 Kaplan, Bill. « Liquidating CCAAs : Discretion Gone Awry? », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law*, Toronto, Carswell, 2008, 79.
 Klar, Lewis N., et al. *Remedies in Tort*, vol. 1, by Leanne Berry, ed., Toronto, Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2019, release 12).
 McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2019.
 Michaud, Guillaume. « New Frontier : The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape », in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual*

Nocilla, Alfonso. “Asset Sales Under the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36” (2012), 52 *Can. Bus. L.J.* 226.

Nocilla, Alfonso. “The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada” (2014), 56 *Can. Bus. L.J.* 73.

Rotsztain, Michael B., and Alexandra Dostal. “Debtor-In-Possession Financing”, in Stephanie Ben-Ishai and Anthony Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007, 227.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2013.

Sarra, Janis P. “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*. Toronto: Thomson Reuters, 2017, 9.

Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dutil, Schrager and Dumas J.J.A.), 2019 QCCA 171, [2019] AZ-51566416, [2019] Q.J. No. 670 (QL), 2019 CarswellQue 94 (WL Can.), setting aside a decision of Michaud J., 2018 QCCS 1040, [2018] AZ-51477967, [2018] Q.J. No. 1986 (QL), 2018 CarswellQue 1923 (WL Can.). Appeals allowed.

Jean-Philippe Groleau, Christian Lachance, Gabriel Lavery Lepage and Hannah Toledano, for the appellants/interveniers 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.

Neil A. Peden, for the appellants/interveniers IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway Limited) and Bentham IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital (Canada) Limited).

Geneviève Cloutier and Clifton P. Prophet, for the respondent Callidus Capital Corporation.

Jocelyn Perreault, Noah Zucker and François Alexandre Toupin, for the respondents International

Review of Insolvency Law 2018, Toronto, Thomson Reuters, 2019, 221.

Nocilla, Alfonso. « Asset Sales Under the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36 » (2012), 52 *Rev. can. dr. comm.* 226.

Nocilla, Alfonso. « The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada » (2014), 56 *Rev. can. dr. comm.* 73.

Rotsztain, Michael B., and Alexandra Dostal. « Debtor-In-Possession Financing », in Stephanie Ben-Ishai and Anthony Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law : Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2007, 227.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2013.

Sarra, Janis P. « The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*, Toronto, Thomson Reuters, 2017, 9.

Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Dutil, Schrager et Dumas), 2019 QCCA 171, [2019] AZ-51566416, [2019] Q.J. No. 670 (QL), 2019 CarswellQue 94 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Michaud, 2018 QCCS 1040, [2018] AZ-51477967, [2018] Q.J. No. 1986 (QL), 2018 CarswellQue 1923 (WL Can.). Pourvois accueillis.

Jean-Philippe Groleau, Christian Lachance, Gabriel Lavery Lepage et Hannah Toledano, pour les appelantes/intervenantes 9354-9186 Québec inc. et 9354-9178 Québec inc.

Neil A. Peden, pour les appelantes/intervenantes IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom d’Omni Bridgeway Limited) et Corporation Bentham IMF Capital (maintenant connue sous le nom de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada)).

Geneviève Cloutier et Clifton P. Prophet, pour l’intimée Callidus Capital Corporation.

Jocelyn Perreault, Noah Zucker et François Alexandre Toupin, pour les intimés International

Game Technology, Deloitte LLP, Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx and François Pelletier.

Joseph Reynaud and Nathalie Nouvet, for the interveners Ernst & Young Inc.

Sylvain Rigaud, Arad Mojtahedi and Saam Pousht-Mashhad, for the interveners the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

The reasons for judgment of the Court were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MOLDAVER J.—

I. Overview

[1] These appeals arise in the context of an ongoing proceeding instituted under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”), in which substantially all of the assets of the debtor companies have been liquidated. The proceeding was commenced well over four years ago. Since then, a single supervising judge has been responsible for its oversight. In this capacity, he has made numerous discretionary decisions.

[2] Two of the supervising judge’s decisions are in issue before us. Each raises a question requiring this Court to clarify the nature and scope of judicial discretion in CCAA proceedings. The first is whether a supervising judge has the discretion to bar a creditor from voting on a plan of arrangement where they determine that the creditor is acting for an improper purpose. The second is whether a supervising judge can approve third party litigation funding as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the CCAA.

[3] For the reasons that follow, we would answer both questions in the affirmative, as did the supervising judge. To the extent the Court of Appeal disagreed

Game Technology, Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx et François Pelletier.

Joseph Reynaud et Nathalie Nouvet, pour l’intervenante Ernst & Young Inc.

Sylvain Rigaud, Arad Mojtahedi et Saam Pousht-Mashhad, pour les intervenants l’Institut d’insolvabilité du Canada et l’Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation.

Version française des motifs de jugement de la Cour rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Ces pourvois s’inscrivent dans le contexte d’une instance toujours en cours introduite sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers de compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« LACC »), dans le cadre de laquelle la quasi-totalité des éléments d’actif des compagnies débitrices ont été liquidés. L’instance a été introduite il y a plus de quatre ans. Depuis, un seul juge surveillant a été chargé de sa supervision. À ce titre, il a rendu de nombreuses décisions discrétionnaires.

[2] Deux de ces décisions du juge surveillant font l’objet du présent pourvoi. Chacune d’elles soulève une question exigeant de notre Cour qu’elle précise la nature et la portée du pouvoir discrétionnaire exercé par les tribunaux dans les instances relevant de la LACC. La première est de savoir si le juge surveillant dispose du pouvoir discrétionnaire d’interdire à un créancier de voter sur un plan d’arrangement s’il estime que ce créancier agit dans un but illégitime. La deuxième porte sur le pouvoir du juge surveillant d’approuver le financement du litige par un tiers à titre de financement temporaire, en vertu de l’art. 11.2 de la LACC.

[3] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis de répondre à ces deux questions par l’affirmative, à l’instar du juge surveillant. Dans la mesure où la

and went on to interfere with the supervising judge's discretionary decisions, we conclude that it was not justified in doing so. In our respectful view, the Court of Appeal failed to treat the supervising judge's decisions with the appropriate degree of deference. In the result, as we ordered at the conclusion of the hearing, these appeals are allowed and the supervising judge's order reinstated.

II. Facts

[4] In 1994, Mr. Gérald Duhamel founded Bluberi Gaming Technologies Inc., which is now one of the appellants, 9354-9186 Québec inc. The corporation manufactured, distributed, installed, and serviced electronic casino gaming machines. It also provided management systems for gambling operations. Its sole shareholder has at all material times been Bluberi Group Inc., which is now another of the appellants, 9354-9178 Québec inc. Through a family trust, Mr. Duhamel controls Bluberi Group Inc. and, as a result, Bluberi Gaming (collectively, "Bluberi").

[5] In 2012, Bluberi sought financing from the respondent, Callidus Capital Corporation ("Callidus"), which describes itself as an "asset-based or distressed lender" (R.F., at para. 26). Callidus extended a credit facility of approximately \$24 million to Bluberi. This debt was secured in part by a share pledge agreement.

[6] Over the next three years, Bluberi lost significant amounts of money, and Callidus continued to extend credit. By 2015, Bluberi owed approximately \$86 million to Callidus — close to half of which Bluberi asserts is comprised of interest and fees.

A. *Bluberi's Institution of CCAA Proceedings and Initial Sale of Assets*

[7] On November 11, 2015, Bluberi filed a petition for the issuance of an initial order under the CCAA. In its petition, Bluberi alleged that its liquidity issues

Cour d'appel s'est dite d'avis contraire et a modifié les décisions discrétionnaires du juge surveillant, nous concluons qu'elle n'était pas justifiée de le faire. Avec égards, la Cour d'appel n'a pas fait preuve de la déférence à laquelle elle était tenue par rapport aux décisions du juge surveillant. C'est pourquoi, comme nous l'avons ordonné à l'issue de l'audience, les pourvois sont accueillis et l'ordonnance du juge surveillant est rétablie.

II. Les faits

[4] En 1994, M. Gérald Duhamel fonde Bluberi Gaming Technologies Inc., qui est devenue l'une des appelantes, 9354-9186 Québec inc. L'entreprise fabriquait, distribuait, installait et entretenait des appareils de jeux électroniques pour casino. Elle offrait aussi des systèmes de gestion dans le domaine des jeux d'argent. Pendant toute la période pertinente, son unique actionnaire était Bluberi Group Inc., qui est devenue une autre des appelantes, 9354-9178 Québec inc. Par l'entremise d'une fiducie familiale, M. Duhamel contrôlait Bluberi Group inc. et, de ce fait, Bluberi Gaming (collectivement, « Bluberi »).

[5] En 2012, Bluberi demande du financement à l'intimée Callidus Capital Corporation (« Callidus »), qui se décrit comme un [TRADUCTION] « prêteur offrant du financement garanti par des actifs ou du financement à des entreprises en difficulté financière » (m.i., par. 26). Callidus lui consent une facilité de crédit d'environ 24 millions de dollars, que Bluberi garantit partiellement en signant une entente par laquelle elle met en gage ses actions.

[6] Au cours des trois années suivantes, Bluberi perd d'importantes sommes d'argent et Callidus continue de lui consentir du crédit. En 2015, Bluberi doit environ 86 millions de dollars à Callidus — Bluberi affirme que près de la moitié de cette somme est composée d'intérêts et de frais.

A. *L'introduction des procédures sous le régime de la LACC par Bluberi et la vente initiale d'actifs*

[7] Le 11 novembre 2015, Bluberi dépose une requête en délivrance d'une ordonnance initiale sous le régime de la LACC. Dans sa requête, Bluberi allègue

were the result of Callidus taking *de facto* control of the corporation and dictating a number of purposefully detrimental business decisions. Bluberi alleged that Callidus engaged in this conduct in order to deplete the corporation's equity value with a view to owning Bluberi and, ultimately, selling it.

[8] Over Callidus's objection, Bluberi's petition succeeded. The supervising judge, Michaud J., issued an initial order under the CCAA. Among other things, the initial order confirmed that Bluberi was a "debtor company" within the meaning of s. 2(1) of the Act; stayed any proceedings against Bluberi or any director or officer of Bluberi; and appointed Ernst & Young Inc. as monitor ("Monitor").

[9] Working with the Monitor, Bluberi determined that a sale of its assets was necessary. On January 28, 2016, it proposed a sale solicitation process, which the supervising judge approved. That process led to Bluberi entering into an asset purchase agreement with Callidus. The agreement contemplated that Callidus would obtain all of Bluberi's assets in exchange for extinguishing almost the entirety of its secured claim against Bluberi, which had ballooned to approximately \$135.7 million. Callidus would maintain an undischarged secured claim of \$3 million against Bluberi. The agreement would also permit Bluberi to retain claims for damages against Callidus arising from its alleged involvement in Bluberi's financial difficulties ("Retained Claims").¹ Throughout these proceedings, Bluberi has asserted that the Retained Claims should amount to over \$200 million in damages.

[10] The supervising judge approved the asset purchase agreement, and the sale of Bluberi's assets to Callidus closed in February 2017. As a result, Callidus effectively acquired Bluberi's business, and has continued to operate it as a going concern.

¹ Bluberi does not appear to have filed this claim yet (see 2018 QCCS 1040, at para. 10 (CanLII)).

que ses problèmes de liquidité découlent du fait que Callidus exerce un contrôle de facto à l'égard de son entreprise et lui dicte un certain nombre de décisions d'affaires dans l'intention de lui nuire. Bluberi prétend que Callidus agit ainsi afin de réduire la valeur des actions dans le but de devenir propriétaire de Bluberi et ultimement de la vendre.

[8] Malgré l'objection de Callidus, la requête de Bluberi est accueillie. Le juge surveillant, le juge Michaud, rend une ordonnance initiale sous le régime de la LACC. Celle-ci confirme entre autres que Bluberi est une « compagnie débitrice » au sens du par. 2(1) de la Loi, suspend toute procédure introduite à l'encontre de Bluberi, de ses administrateurs ou dirigeants, et désigne Ernst & Young Inc. pour agir à titre de contrôleur (« contrôleur »).

[9] Travaillant en collaboration avec le contrôleur, Bluberi décide que la vente de ses actifs est nécessaire. Le 28 janvier 2016, elle propose un processus de mise en vente que le juge surveillant approuve. Ce processus débouche sur la conclusion d'une convention d'achat d'actifs entre Bluberi et Callidus. Cette convention prévoit que Callidus obtient l'ensemble des actifs de Bluberi en échange de l'extinction de la presque totalité de la créance garantie qu'elle détient à l'encontre de Bluberi, qui s'élevait à environ 135,7 millions de dollars. Callidus conserve une créance garantie non libérée de 3 millions de dollars contre Bluberi. La convention prévoit aussi que Bluberi se réserve le droit de réclamer des dommages-intérêts à Callidus en raison de l'implication alléguée de celle-ci dans ses difficultés financières (les « réclamations réservées »)¹. Tout au long de ces procédures, Bluberi affirme que la valeur des réclamations ainsi réservées représente plus de 200 millions de dollars en dommages-intérêts.

[10] Le juge surveillant approuve la convention d'achat d'actifs, et la vente des actifs de Bluberi à Callidus est conclue en février 2017. En conséquence, Callidus acquiert l'entreprise de Bluberi et en poursuit l'exploitation.

¹ Bluberi semble ne pas avoir encore déposé cette action (voir 2018 QCCS 1040, par. 10 (CanLII)).

[11] Since the sale, the Retained Claims have been Bluberi's sole remaining asset and thus the sole security for Callidus's \$3 million claim.

B. The Initial Competing Plans of Arrangement

[12] On September 11, 2017, Bluberi filed an application seeking the approval of a \$2 million interim financing credit facility to fund the litigation of the Retained Claims and other related relief. The lender was a joint venture numbered company incorporated as 9364-9739 Québec inc. This interim financing application was set to be heard on September 19, 2017.

[13] However, one day before the hearing, Callidus proposed a plan of arrangement ("First Plan") and applied for an order convening a creditors' meeting to vote on that plan. The First Plan proposed that Callidus would fund a \$2.5 million (later increased to \$2.63 million) distribution to Bluberi's creditors, except itself, in exchange for a release from the Retained Claims. This would have fully satisfied the claims of Bluberi's former employees and those creditors with claims worth less than \$3000; creditors with larger claims were to receive, on average, 31 percent of their respective claims.

[14] The supervising judge adjourned the hearing of both applications to October 5, 2017. In the meantime, Bluberi filed its own plan of arrangement. Among other things, the plan proposed that half of any proceeds resulting from the Retained Claims, after payment of expenses and Bluberi's creditors' claims, would be distributed to the unsecured creditors, as long as the net proceeds exceeded \$20 million.

[15] On October 5, 2017, the supervising judge ordered that the parties' plans of arrangement could be put to a creditors' vote. He ordered that both parties share the fees and expenses related to the

[11] Depuis la vente, les réclamations réservées sont le seul élément d'actif de Bluberi et représentent donc la seule garantie que possède Callidus pour sa créance de 3 millions de dollars.

B. Les premiers plans d'arrangement concurrents

[12] Le 11 septembre 2017, Bluberi dépose une demande par laquelle elle sollicite l'approbation d'un financement provisoire de 2 millions de dollars sous forme de facilité de crédit afin de financer le coût des procédures liées aux réclamations réservées ainsi que d'autres mesures de réparation accessoires. Le prêteur est une coentreprise constituée sous le numéro 9364-9739 Québec inc. Cette demande de financement provisoire devait être instruite le 19 septembre 2017.

[13] Toutefois, la veille de l'audience, Callidus propose un plan d'arrangement (« premier plan ») et demande une ordonnance pour convoquer les créanciers à une assemblée afin qu'ils votent sur ce plan. Le premier plan proposait que Callidus avance la somme de 2,5 millions de dollars (puis plus tard 2,63 millions de dollars) aux fins de distribution aux créanciers de Bluberi, sauf elle-même, en échange de quoi elle serait libérée des réclamations réservées. Cette somme aurait permis d'acquitter entièrement les créances des anciens employés de Bluberi et toutes celles de moins de 3 000 \$; les créanciers dont la créance était plus élevée devaient recevoir chacun en moyenne 31 pour 100 du montant de leur réclamation.

[14] Le juge surveillant ajourne donc l'audition des deux demandes au 5 octobre 2017. Entre-temps, Bluberi dépose son propre plan d'arrangement dans lequel elle propose notamment que la moitié de toute somme provenant des réclamations réservées, après paiement des dépenses et acquittement des réclamations des créanciers de Bluberi, soit distribuée aux créanciers non garantis, pourvu que la somme nette ainsi obtenue soit supérieure à 20 millions de dollars.

[15] Le 5 octobre 2017, le juge surveillant ordonne que les plans d'arrangement des parties soient soumis au vote des créanciers. Il ordonne que les honoraires et dépenses découlant de la présentation des

presentation of the plans of arrangement at a creditors' meeting, and that a party's failure to deposit those funds with the Monitor would bar the presentation of that party's plan of arrangement. Bluberi elected not to deposit the necessary funds, and, as a result, only Callidus's First Plan was put to the creditors.

C. *Creditors' Vote on Callidus's First Plan*

[16] On December 15, 2017, Callidus submitted its First Plan to a creditors' vote. The plan failed to receive sufficient support. Section 6(1) of the CCAA provides that, to be approved, a plan must receive a "double majority" vote in each class of creditors — that is, a majority in *number* of class members, which also represents two-thirds in *value* of the class members' claims. All of Bluberi's creditors, besides Callidus, formed a single voting class of unsecured creditors. Of the 100 voting unsecured creditors, 92 creditors (representing \$3,450,882 of debt) voted in favour, and 8 voted against (representing \$2,375,913 of debt). The First Plan failed because the creditors voting in favour only held 59.22 percent of the total value being voted, which did not meet the s. 6(1) threshold. Most notably, SMT Hautes Technologies ("SMT"), which held 36.7 percent of Bluberi's debt, voted against the plan.

[17] Callidus did not vote on the First Plan — despite the Monitor explicitly stating that Callidus could have "vote[d] . . . the portion of its claim, assessed by Callidus, to be an unsecured claim" (Joint R.R., vol. III, at p.188).

D. *Bluberi's Interim Financing Application and Callidus's New Plan*

[18] On February 6, 2018, Bluberi filed one of the applications underlying these appeals, seeking authorization of a proposed third party litigation funding agreement ("LFA") with a publicly traded

plans d'arrangement à l'assemblée des créanciers soient partagés entre les parties et qu'il soit interdit à toute partie qui ne dépose pas les fonds nécessaires auprès du contrôleur de présenter son plan d'arrangement. Bluberi choisit de ne pas déposer les fonds nécessaires et, en conséquence, seul le premier plan de Callidus est présenté aux créanciers.

C. *Le vote des créanciers sur le premier plan de Callidus*

[16] Le 15 décembre 2017, Callidus soumet son premier plan au vote des créanciers. Le plan n'obtient pas l'appui nécessaire. Le paragraphe 6(1) de la LACC prévoit que, pour être approuvé, le plan doit obtenir la « double majorité » de chaque catégorie de créanciers — c'est-à-dire, la majorité en *nombre* d'une catégorie de créanciers, qui représente aussi les deux tiers en *valeur* des réclamations de cette catégorie de créanciers. Tous les créanciers de Bluberi, hormis Callidus, forment une seule catégorie de créanciers non garantis ayant droit de vote. Des 100 créanciers non garantis, 92 (qui ont ensemble une créance de 3 450 882 \$) votent en faveur du plan, et 8 votent contre (qui ont ensemble une créance de 2 375 913 \$). Le premier plan échoue parce que les réclamations des créanciers ayant voté en sa faveur ne détiennent que 59,22 p. 100 en valeur des réclamations de ceux ayant voté, ce qui ne respectait pas le seuil établi au par. 6(1). Plus particulièrement, SMT Hautes Technologies (« SMT »), qui détient 36,7 p. 100 de la dette de Bluberi, vote contre le plan.

[17] Callidus ne vote pas sur le premier plan — malgré les propos explicites du contrôleur, selon qui Callidus pouvait [TRADUCTION] « voter [. . .] selon le pourcentage de sa créance qui, de l'avis de Callidus, était non garantie » (dossier conjoint des intimés, vol. III, p. 188).

D. *La demande de financement provisoire de Bluberi et le nouveau plan de Callidus*

[18] Le 6 février 2018, Bluberi dépose une des demandes à l'origine des présents pourvois. Elle demande au tribunal l'autorisation de conclure un accord de financement du litige par un tiers (« AFL »)

litigation funder, IMF Bentham Limited or its Canadian subsidiary, Bentham IMF Capital Limited (collectively, “Bentham”). Bluberi’s application also sought the placement of a \$20 million super-priority charge in favour of Bentham on Bluberi’s assets (“Litigation Financing Charge”).

[19] The LFA contemplated that Bentham would fund Bluberi’s litigation of the Retained Claims in exchange for receiving a portion of any settlement or award after trial. However, were Bluberi’s litigation to fail, Bentham would lose all of its invested funds. The LFA also provided that Bentham could terminate the litigation of the Retained Claims if, acting reasonably, it were no longer satisfied of the merits or commercial viability of the litigation.

[20] Callidus and certain unsecured creditors who voted in favour of its plan (who are now respondents and style themselves the “Creditors’ Group”) contested Bluberi’s application on the ground that the LFA was a plan of arrangement and, as such, had to be submitted to a creditors’ vote.²

[21] On February 12, 2018, Callidus filed the other application underlying these appeals, seeking to put another plan of arrangement to a creditors’ vote (“New Plan”). The New Plan was essentially identical to the First Plan, except that Callidus increased the proposed distribution by \$250,000 (from \$2.63 million to \$2.88 million). Further, Callidus filed an amended proof of claim, which purported to value the security attached to its \$3 million claim at *nil*. Callidus was of the view that this valuation was proper because Bluberi had no assets other than the Retained Claims. On this basis, Callidus asserted that it stood in the position of an unsecured creditor, and sought the supervising judge’s permission to vote on the New Plan with the other unsecured creditors.

² Notably, the Creditors’ Group advised Callidus that it would lend its support to the New Plan. It also asked Callidus to reimburse any legal fees incurred in association with that support. At the same time, the Creditors’ Group did not undertake to vote in any particular way, and confirmed that each of its members would assess all available alternatives individually.

avec un bailleur de fonds de litiges coté en bourse, IMF Bentham Limited ou sa filiale canadienne, Corporation Bentham IMF Capital (collectivement, « Bentham »). Bluberi demande également l’autorisation de grever son actif d’une charge super-prioritaire de 20 millions de dollars en faveur de Bentham (« charge liée au financement du litige »).

[19] L’AFL prévoit que Bentham financera le litige relatif aux réclamations réservées de Bluberi et qu’en retour elle recevra un pourcentage de toute somme convenue par règlement ou accordée à l’issue d’un procès. Toutefois, dans l’éventualité où Bluberi serait déboutée, Bentham perdra la totalité des fonds investis. L’AFL prévoit aussi que Bentham peut mettre fin au recours si, agissant de façon raisonnable, elle n’est plus convaincue du bien-fondé du litige ou de sa viabilité commerciale.

[20] Callidus et certains créanciers non garantis qui ont voté en faveur de son plan (qui sont maintenant intimés au présent pourvoi et se font appeler le « groupe de créanciers ») contestent la demande de Bluberi au motif que l’AFL est un plan d’arrangement et qu’à ce titre, il doit être soumis au vote des créanciers².

[21] Le 12 février 2018, Callidus dépose l’autre demande qui est à l’origine des présents pourvois, laquelle vise à soumettre un autre plan d’arrangement au vote des créanciers (« nouveau plan »). Le nouveau plan est pour l’essentiel identique au premier plan, sauf que Callidus propose que la somme à distribuer soit augmentée de 250 000 \$ (passant de 2,63 millions à 2,88 millions de dollars). Callidus a en outre déposé une preuve de réclamation modifiée qui ramène à *zéro* la valeur de la garantie liée à sa créance de 3 millions de dollars. Callidus considère que cette évaluation est juste parce que Bluberi n’a aucun autre élément d’actif que les revendications réservées. Sur cette base, elle fait valoir qu’elle se trouve dans la situation d’un créancier non garanti et

² Fait à remarquer, le groupe de créanciers a informé Callidus qu’il appuierait le nouveau plan. Il lui a aussi demandé de rembourser tous les frais juridiques découlant de cet appui. Par ailleurs, le groupe de créanciers ne s’est pas engagé à voter d’une certaine façon, et a confirmé que chacun de ses membres évaluerait toutes les possibilités qui s’offraient à lui.

Given the size of its claim, if Callidus were permitted to vote on the New Plan, the plan would necessarily pass a creditors' vote. Bluberi opposed Callidus's application.

[22] The supervising judge heard Bluberi's interim financing application and Callidus's application regarding its New Plan together. Notably, the Monitor supported Bluberi's position.

III. Decisions Below

A. *Quebec Superior Court, 2018 QCCS 1040 (Michaud J.)*

[23] The supervising judge dismissed Callidus's application, declining to submit the New Plan to a creditors' vote. He granted Bluberi's application, authorizing Bluberi to enter into a litigation funding agreement with Bentham on the terms set forth in the LFA and imposing the Litigation Financing Charge on Bluberi's assets.

[24] With respect to Callidus's application, the supervising judge determined Callidus should not be permitted to vote on the New Plan because it was acting with an "improper purpose" (para. 48 (CanLII)). He acknowledged that creditors are generally entitled to vote in their own self-interest. However, given that the First Plan — which was almost identical to the New Plan — had been defeated by a creditors' vote, the supervising judge concluded that Callidus's attempt to vote on the New Plan was an attempt to override the result of the first vote. In particular, he wrote:

Taking into consideration the creditors' interest, the Court accepted, in the fall of 2017, that Callidus' Plan be submitted to their vote with the understanding that, as a secured creditor, Callidus would not cast a vote. However, under the present circumstances, it would serve an improper purpose if Callidus was allowed to vote on its own plan, especially when its vote would very likely result in

demande au juge surveillant la permission de voter sur le nouveau plan avec les autres créanciers non garantis. Vu l'importance de sa réclamation, le plan serait nécessairement adopté par les créanciers si Callidus était autorisée à voter. Bluberi s'oppose à la demande de Callidus.

[22] Le juge surveillant instruit ensemble la demande de financement provisoire de Bluberi ainsi que la demande présentée par Callidus concernant son nouveau plan. Il est à souligner que le contrôleur appuie la position de Bluberi.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec, 2018 QCCS 1040 (le juge Michaud)*

[23] Le juge surveillant rejette la demande de Callidus et refuse de soumettre le nouveau plan au vote des créanciers. Il accueille la demande de Bluberi, l'autorisant ainsi à conclure un accord de financement du litige avec Bentham aux conditions énoncées dans l'AFL et ordonne que les actifs de Bluberi soient grevés de la charge liée au financement du litige.

[24] En ce qui a trait à la demande de Callidus, le juge surveillant décide que cette dernière ne peut voter sur le nouveau plan parce qu'elle agit dans un [TRADUCTION] « but illégitime » (par. 48 (CanLII)). Il reconnaît que les créanciers ont habituellement le droit de voter dans leur propre intérêt. Or, étant donné que le premier plan — qui était presque identique au nouveau plan — a été rejeté par les créanciers, le juge surveillant conclut qu'en demandant à voter sur le nouveau plan, Callidus tentait de contourner le résultat du premier vote. Il écrit notamment :

[TRADUCTION] Tenant compte de leur intérêt, la Cour a accepté à l'automne 2017 que le plan de Callidus soit soumis au vote des créanciers, étant entendu que, en tant que créancière garantie, celle-ci ne voterait pas. Toutefois, si, dans les circonstances actuelles, Callidus était autorisée à voter sur son propre plan, elle le ferait dans un but illégitime d'autant plus qu'il est probable que son vote

the New Plan meeting the two thirds threshold for approval under the CCAA.

As pointed out by SMT, the main unsecured creditor, Callidus' attempt to vote aims only at cancelling SMT's vote which prevented Callidus' Plan from being approved at the creditors' meeting.

It is one thing to let the creditors vote on a plan submitted by a secured creditor, it is another to allow this secured creditor to vote on its own plan in order to exert control over the vote for the sole purpose of obtaining releases. [paras. 45-47]

[25] The supervising judge concluded that, in these circumstances, allowing Callidus to vote would be both “unfair and unreasonable” (para. 47). He also observed that Callidus's conduct throughout the CCAA proceedings “lacked transparency” (at para. 41) and that Callidus was “solely motivated by the [pending] litigation” (para. 44). In sum, he found that Callidus's conduct was contrary to the “requirements of appropriateness, good faith, and due diligence”, and ordered that Callidus would not be permitted to vote on the New Plan (para. 48, citing *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 70).

[26] Because Callidus was not permitted to vote on the New Plan and SMT had unequivocally stated its intention to vote against it, the supervising judge concluded that the plan had no reasonable prospect of success. He therefore declined to submit it to a creditors' vote.

[27] With respect to Bluberi's application, the supervising judge considered three issues relevant to these appeals: (1) whether the LFA should be submitted to a creditors' vote; (2) if not, whether the LFA ought to be approved by the court; and (3) if so, whether the \$20 million Litigation Financing Charge should be imposed on Bluberi's assets.

[28] The supervising judge determined that the LFA did not need to be submitted to a creditors' vote because it was not a plan of arrangement. He considered a plan of arrangement to involve “an arrangement

permettrait d'atteindre le seuil de deux tiers nécessaire pour que le nouveau plan soit approuvé en vertu de la LACC.

Comme l'a souligné SMT, la principale créancière non garantie, Callidus souhaite voter afin d'annuler le vote de SMT, qui a empêché que son plan soit approuvé lors de l'assemblée des créanciers.

C'est une chose de laisser les créanciers voter sur un plan présenté par un créancier garanti, c'en est une autre de laisser ce créancier garanti voter sur son propre plan et exercer ainsi un contrôle sur le vote à seule fin d'être libéré de toute responsabilité. [par. 45-47]

[25] Le juge surveillant conclut que, dans les circonstances, permettre à Callidus de voter serait à la fois [TRADUCTION] « injuste et déraisonnable » (par. 47). Il note aussi que, tout au long de la procédure introduite en vertu de la LACC, Callidus a « manqué de transparence » (par. 41) et qu'elle « n'est motivée que par le litige [en cours] » (par. 44). En somme, il conclut que la conduite de Callidus est contraire à « l'opportunité, [à] la bonne foi et [à] la diligence » requises, et il ordonne que Callidus ne puisse pas voter sur le nouveau plan (par. 48, citant *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 70).

[26] Puisque Callidus n'a pas été autorisée à voter sur le nouveau plan et que SMT a manifesté sans équivoque son intention de voter contre celui-ci, le juge surveillant conclut que le plan n'a aucune possibilité raisonnable de recevoir l'aval des créanciers. Il refuse donc de le soumettre au vote des créanciers.

[27] Pour ce qui est de la demande de Bluberi, le juge surveillant examine trois questions qui sont pertinentes pour les présents pourvois : (1) si l'AFL devait être soumis au vote des créanciers; (2) dans la négative, si l'AFL devait être approuvé par le tribunal; et (3) le cas échéant, s'il devait ordonner que la charge liée au financement du litige de 20 millions de dollars grève les actifs de Bluberi.

[28] Le juge surveillant décide qu'il n'est pas nécessaire de soumettre l'AFL au vote des créanciers parce qu'il ne s'agit pas d'un plan d'arrangement. Il considère qu'un tel plan suppose [TRADUCTION] « un

or compromise between a debtor and its creditors” (para. 71, citing *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102, at para. 92 (“*Crystallex*”). In his view, the LFA lacked this essential feature. He also concluded that the LFA did not need to be accompanied by a plan, as Bluberi had stated its intention to file a plan in the future.

[29] After reviewing the terms of the LFA, the supervising judge found it met the criteria for approval of third party litigation funding set out in *Bayens v. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150, at para. 41, and *Hayes v. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125, at para. 4 (CanLII). In particular, he considered Bentham’s percentage of return to be reasonable in light of its level of investment and risk. Further, the supervising judge rejected Callidus and the Creditors’ Group’s argument that the LFA gave too much discretion to Bentham. He found that the LFA did not allow Bentham to exert undue influence on the litigation of the Retained Claims, noting similarly broad clauses had been approved in the CCAA context (para. 82, citing *Schenk v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332, at para. 23).

[30] Finally, the supervising judge imposed the Litigation Financing Charge on Bluberi’s assets. While significant, the supervising judge considered the amount to be reasonable given: the amount of damages that would be claimed from Callidus; Bentham’s financial commitment to the litigation; and the fact that Bentham was not charging any interim fees or interest (i.e., it would only profit in the event of successful litigation or settlement). Put simply, Bentham was taking substantial risks, and it was reasonable that it obtain certain guarantees in exchange.

[31] Callidus, again supported by the Creditors’ Group, appealed the supervising judge’s order, impleading Bentham in the process.

arrangement ou une transaction entre un débiteur et ses créanciers » (par. 71, citant *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102, par. 92 (« *Crystallex* »)). À son avis, l’AFL est dépourvu de cette caractéristique essentielle. Il conclut aussi qu’il n’est pas nécessaire que l’AFL soit assorti d’un plan étant donné que Bluberi a exprimé l’intention d’en déposer un plus tard.

[29] Après en avoir examiné les modalités, le juge surveillant conclut que l’AFL respecte le critère d’approbation applicable en matière de financement d’un litige par un tiers qui est établi dans les décisions *Bayens c. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150, par. 41, et *Hayes c. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125, par. 4 (CanLII). Plus particulièrement, il considère que le taux de retour de Bentham est raisonnable eu égard à son niveau d’investissement et de risque. Il rejette en outre l’argument avancé par Callidus et le groupe de créanciers, qui soutenaient que l’AFL donne trop de latitude à Bentham. Il conclut que l’AFL ne permet pas à Bentham d’exercer une influence indue sur le déroulement du litige lié aux réclamations réservées et souligne que des clauses générales semblables à celles qu’il contient ont déjà été approuvées dans le contexte de la LACC (par. 82, citant *Schenk c. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332, par. 23).

[30] Enfin, le juge surveillant ordonne que les actifs de Bluberi soient grevés de la charge liée au financement du litige. Il juge que, même s’il est élevé, le montant en question est raisonnable étant donné : le montant des dommages-intérêts qui sont réclamés à Callidus; l’engagement financier de Bentham dans le litige; et le fait que Bentham n’exige aucune provision pour frais ou intérêts (c.-à-d. qu’elle ne tirera profit de l’accord que si le procès ou le règlement est couronné de succès). En termes simples, Bentham prend des risques importants et il est raisonnable qu’elle obtienne certaines garanties en échange.

[31] Callidus, de nouveau appuyée par le groupe de créanciers, interjette appel de l’ordonnance du juge surveillant et met en cause Bentham.

B. *Quebec Court of Appeal, 2019 QCCA 171 (Dutil and Schragger J.J.A. and Dumas J. (ad hoc))*

[32] The Court of Appeal allowed the appeal, finding that “[t]he exercise of the judge’s discretion [was] not founded in law nor on a proper treatment of the facts so that irrespective of the standard of review applied, appellate intervention [was] justified” (para. 48 (CanLII)). In particular, the court identified two errors of relevance to these appeals.

[33] First, the court was of the view that the supervising judge erred in finding that Callidus had an improper purpose in seeking to vote on its New Plan. In its view, Callidus should have been permitted to vote. The court relied heavily on the notion that creditors have a right to vote in their own self-interest. It held that any judicial discretion to preclude voting due to improper purpose should be reserved for the “clearest of cases” (para. 62, referring to *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199, at para. 45). The court was of the view that Callidus’s transparent attempt to obtain a release from Bluberi’s claims against it did not amount to an improper purpose. The court also considered Callidus’s conduct prior to and during the CCAA proceedings to be incapable of justifying a finding of improper purpose.

[34] Second, the court concluded that the supervising judge erred in approving the LFA as interim financing because, in its view, the LFA was not connected to Bluberi’s commercial operations. The court concluded that the supervising judge had both “misconstrued in law the notion of interim financing and misapplied that notion to the factual circumstances of the case” (para. 78).

[35] In light of this perceived error, the court substituted its view that the LFA was a plan of arrangement and, as a result, should have been submitted

B. *Cour d’appel du Québec, 2019 QCCA 171 (les juges Dutil et Schragger et le juge Dumas (ad hoc))*

[32] La Cour d’appel accueille l’appel et conclut que [TRADUCTION] « [l]’exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire [n’était] pas fondé en droit, non plus qu’il ne reposait sur un traitement approprié des faits, de sorte que, peu importe la norme de contrôle appliquée, il [était] justifié d’intervenir en appel » (par. 48 (CanLII)). En particulier, la cour relève deux erreurs qui sont pertinentes pour les présents pourvois.

[33] D’une part, la cour conclut que le juge surveillant a commis une erreur en concluant que Callidus a agi dans un but illégitime en demandant l’autorisation de voter sur son nouveau plan. À son avis, Callidus aurait dû être autorisée à voter. La cour s’appuie grandement sur l’idée que les créanciers ont le droit de voter en fonction de leur propre intérêt. Elle juge que l’exercice du pouvoir discrétionnaire qui consiste à empêcher un créancier de voter dans un but illégitime devrait être [TRADUCTION] « réservé aux cas les plus évidents » (par. 62, renvoyant à *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199, par. 45). Selon elle, en tentant de façon transparente d’être libérée des réclamations de Bluberi à son égard, Callidus ne pouvait être considérée comme ayant agi dans un but illégitime. La cour conclut également que la conduite de Callidus, avant et pendant la procédure introduite en vertu de la LACC, ne pouvait justifier la conclusion qu’il existe un but illégitime.

[34] D’autre part, la cour conclut que le juge surveillant a eu tort d’approuver l’AFL en tant qu’accord de financement provisoire parce qu’à son avis, il n’est pas lié aux opérations commerciales de Bluberi. Elle conclut que le juge surveillant a [TRADUCTION] « donné à la notion de financement provisoire une interprétation non fondée en droit et qu’il a mal appliqué cette notion aux circonstances factuelles de l’affaire » (par. 78).

[35] À la lumière de ce qu’elle percevait comme une erreur, la cour substitue son opinion selon laquelle l’AFL est un plan d’arrangement et que pour

to a creditors' vote. It held that "[a]n arrangement or proposal can encompass both a compromise of creditors' claims as well as the process undertaken to satisfy them" (para. 85). The court considered the LFA to be a plan of arrangement because it affected the creditors' share in any eventual litigation proceeds, would cause them to wait for the outcome of any litigation, and could potentially leave them with nothing at all. Moreover, the court held that Bluberi's scheme "as a whole", being the prosecution of the Retained Claims and the LFA, should be submitted as a plan to the creditors for their approval (para. 89).

[36] Bluberi and Bentham (collectively, "appellants"), again supported by the Monitor, now appeal to this Court.

IV. Issues

[37] These appeals raise two issues:

- (1) Did the supervising judge err in barring Callidus from voting on its New Plan on the basis that it was acting for an improper purpose?
- (2) Did the supervising judge err in approving the LFA as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the CCAA?

V. Analysis

A. *Preliminary Considerations*

[38] Addressing the above issues requires situating them within the contemporary Canadian insolvency landscape and, more specifically, the CCAA regime. Accordingly, before turning to those issues, we review (1) the evolving nature of CCAA proceedings; (2) the role of the supervising judge in those proceedings; and (3) the proper scope of appellate review of a supervising judge's exercise of discretion.

cette raison, il aurait dû être soumis au vote des créanciers. Elle conclut [TRADUCTION] « [qu']un arrangement ou une proposition peut englober une transaction visant les réclamations des créanciers ainsi que le processus suivi pour y donner suite » (par. 85). La cour juge que l'AFL est un plan d'arrangement parce qu'il a une incidence sur la participation des créanciers à l'indemnité susceptible d'être accordée à la suite d'un litige, qu'il oblige ceux-ci à attendre l'issue de tout litige, et qu'il est possible que les créanciers se retrouvent les mains vides. De plus, la cour conclut que le projet de Bluberi « dans son entièreté », soit la poursuite des réclamations réservées et l'AFL, doit être soumis à l'approbation des créanciers (par. 89).

[36] Bluberi et Bentham (collectivement, les « appelantes »), encore une fois appuyées par le contrôleur, se pourvoient maintenant devant notre Cour.

IV. Questions en litige

[37] Les pourvois soulèvent deux questions :

- (1) Le juge surveillant a-t-il commis une erreur en empêchant Callidus de voter sur son nouveau plan au motif qu'elle agissait dans un but illégitime?
- (2) Le juge surveillant a-t-il commis une erreur en approuvant l'AFL en tant que plan de financement provisoire, selon les termes de l'art. 11.2 de la LACC?

V. Analyse

A. *Considérations préliminaires*

[38] Pour répondre aux questions ci-dessus, nous devons les situer dans le contexte contemporain de l'insolvabilité au Canada, et plus précisément du régime de la LACC. Ainsi, avant de passer à ces questions, nous examinons (1) la nature évolutive des procédures intentées sous le régime de la LACC; (2) le rôle que joue le juge surveillant dans ces procédures; et (3) la portée du contrôle, en appel, de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant.

(1) The Evolving Nature of CCAA Proceedings

[39] The CCAA is one of three principal insolvency statutes in Canada. The others are the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”), which covers insolvencies of both individuals and companies, and the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11 (“WURA”), which covers insolvencies of financial institutions and certain other corporations, such as insurance companies (WURA, s. 6(1)). While both the CCAA and the BIA enable reorganizations of insolvent companies, access to the CCAA is restricted to debtor companies facing total claims in excess of \$5 million (CCAA, s. 3(1)).

[40] Together, Canada’s insolvency statutes pursue an array of overarching remedial objectives that reflect the wide ranging and potentially “catastrophic” impacts insolvency can have (*Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, at para. 1). These objectives include: providing for timely, efficient and impartial resolution of a debtor’s insolvency; preserving and maximizing the value of a debtor’s assets; ensuring fair and equitable treatment of the claims against a debtor; protecting the public interest; and, in the context of a commercial insolvency, balancing the costs and benefits of restructuring or liquidating the company (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; J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2nd ed. 2013), at pp. 4-5 and 14; Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors Arrangement Act* (2003), at pp. 9-10; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2nd ed. 2015), at pp. 4-5).

(1) La nature évolutive des procédures intentées sous le régime de la LACC

[39] La LACC est l’une des trois principales lois canadiennes en matière d’insolvabilité. Les autres sont la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985 c. B-3 (« LFI »), qui traite de l’insolvabilité des personnes physiques et des sociétés, et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985 c. W-11 (« LLR »), qui traite de l’insolvabilité des institutions financières et de certaines autres personnes morales, telles que les compagnies d’assurance (LLR, par. 6(1)). Bien que la LACC et la LFI permettent toutes deux la restructuration de compagnies insolvables, l’accès à la LACC est limité aux sociétés débitrices qui sont aux prises avec des réclamations dont le montant total est supérieur à 5 millions de dollars (LACC, par. 3(1)).

[40] Ensemble, les lois canadiennes sur l’insolvabilité poursuivent un grand nombre d’objectifs réparateurs généraux qui témoignent de la vaste gamme des conséquences potentiellement « catastrophiques » qui peuvent découler de l’insolvabilité (*Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallus*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271, par. 1). Ces objectifs incluent les suivants : régler de façon rapide, efficace et impartiale l’insolvabilité d’un débiteur; préserver et maximiser la valeur des actifs d’un débiteur; assurer un traitement juste et équitable des réclamations déposées contre un débiteur; protéger l’intérêt public; et, dans le contexte d’une insolvabilité commerciale, établir un équilibre entre les coûts et les bénéfices découlant de la restructuration ou de la liquidation d’une compagnie (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; J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2^e éd. 2013), p. 4-5 et 14; 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 arrangements avec les créanciers des compagnies* (2003), p. 13-14; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2^e éd. 2015), p. 4-5).

[41] Among these objectives, the CCAA generally prioritizes “avoiding the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company” (*Century Services*, at para. 70). As a result, the typical CCAA case has historically involved an attempt to facilitate the reorganization and survival of the pre-filing debtor company in an operational state — that is, as a going concern. Where such a reorganization was not possible, the alternative course of action was seen as a liquidation through either a receivership or under the BIA regime. This is precisely the outcome that was sought in *Century Services* (see para. 14).

[42] That said, the CCAA is fundamentally insolvency legislation, and thus it also “has 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” (Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at p. 14; see also *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1 (“*Essar*”), at para. 103). In pursuit of those objectives, CCAA proceedings have evolved to permit outcomes that do not result in the emergence of the pre-filing debtor company in a restructured state, but rather involve some form of liquidation of the debtor’s assets under the auspices of the Act itself (Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, at pp. 19-21). Such scenarios are referred to as “liquidating CCAAs”, and they are now commonplace in the CCAA landscape (see *Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, at para. 70).

[41] Parmi ces objectifs, la LACC priorise en général le fait d’« éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d’une compagnie insolvable » (*Century Services*, par. 70). C’est pourquoi les affaires types qui relèvent de cette loi ont historiquement facilité la restructuration de l’entreprise débitrice qui n’a pas encore déposé de proposition en la maintenant dans un état opérationnel, c’est-à-dire en permettant qu’elle poursuive ses activités. Lorsqu’une telle restructuration n’était pas possible, on considérait qu’il fallait alors procéder à la liquidation par voie de mise sous séquestre ou sous le régime de la LFI. C’est précisément le résultat qui était recherché dans l’affaire *Century Services* (voir par. 14).

[42] Cela dit, la LACC est fondamentalement une loi sur l’insolvabilité, et à ce titre, elle a aussi [TRADUCTION] « 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 » (Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, p. 14; voir aussi *Ernst & Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1 (« *Essar* »), par. 103). Afin d’atteindre ces objectifs, les procédures intentées sous le régime de la LACC ont évolué de telle sorte qu’elles permettent des solutions qui évitent l’émergence, sous une forme restructurée, de la société débitrice qui existait avant le début des procédures, mais qui impliquent plutôt une certaine forme de liquidation des actifs du débiteur sous le régime même de la Loi (Sarra, « The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 19-21). Ces cas, qualifiés de [TRADUCTION] « procédures de liquidation sous le régime de la LACC », sont maintenant courants dans le contexte de la LACC (voir *Third Eye Capital Corporation c. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, par. 70).

[43] Liquidating CCAAs take diverse forms and may involve, among other things: the sale of the debtor company as a going concern; an “en bloc” sale of assets that are capable of being operationalized by a buyer; a partial liquidation or downsizing of business operations; or a piecemeal sale of assets (B. Kaplan, “Liquidating CCAAs: Discretion Gone Awry?”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law* (2008), 79, at pp. 87-89). The ultimate commercial outcomes facilitated by liquidating CCAAs are similarly diverse. Some may result in the continued operation of the business of the debtor under a different going concern entity (e.g., the liquidations in *Indalex* and *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), while others may result in a sale of assets and inventory with no such entity emerging (e.g., the proceedings in *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323, at paras. 7 and 31). Others still, like the case at bar, may involve a going concern sale of most of the assets of the debtor, leaving residual assets to be dealt with by the debtor and its stakeholders.

[44] CCAA courts first began approving these forms of liquidation pursuant to the broad discretion conferred by the Act. The emergence of this practice was not without criticism, largely on the basis that it appeared to be inconsistent with the CCAA being a “restructuring statute” (see, e.g., *Uti Energy Corp. v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, at paras. 15-16, aff’g 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204, at paras. 40-43; A. Nocilla, “The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada” (2014), 56 *Can. Bus. L.J.* 73, at pp. 88-92).

[45] However, since s. 36 of the CCAA came into force in 2009, courts have been using it to effect liquidating CCAAs. Section 36 empowers courts to authorize the sale or disposition of a debtor

[43] Les procédures de liquidation sous le régime de la *LACC* revêtent différentes formes et peuvent, entre autres, inclure la vente de la société débitrice à titre d’entreprise en activité; la vente « en bloc » des éléments d’actif susceptibles d’être exploités par un acquéreur; une liquidation partielle de l’entreprise ou une réduction de ses activités; ou encore une vente de ses actifs élément par élément (B. Kaplan, « Liquidating CCAAs : Discretion Gone Awry? » dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law* (2008), 79, p. 87-89). Les résultats commerciaux ultimement obtenus à l’issue des procédures de liquidation introduites sous le régime de la *LACC* sont eux aussi variés. Certaines procédures peuvent avoir pour résultat la continuité des activités de la débitrice sous la forme d’une autre entité viable (p. ex., les sociétés liquidées dans *Indalex* et *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (C.J. Ont., Div. gén.)), alors que d’autres peuvent simplement aboutir à la vente des actifs et de l’inventaire sans donner naissance à une nouvelle entité (p. ex., la procédure en cause dans *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323, par. 7 et 31). D’autres encore, comme dans le dossier qui nous occupe, peuvent donner lieu à la vente de la plupart des actifs de la débitrice en vue de la poursuite de son activité, laissant à la débitrice et aux parties intéressées le soin de s’occuper des actifs résiduels.

[44] Les tribunaux chargés de l’application de la *LACC* ont d’abord commencé à approuver ces formes de liquidation en exerçant le vaste pouvoir discrétionnaire que leur confère la Loi. L’émergence de cette pratique a fait l’objet de critiques, essentiellement parce qu’elle semblait incompatible avec l’objectif de « restructuration » de la *LACC* (voir, p. ex., *Uti Energy Corp. c. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, par. 15-16, conf. 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204, par. 40-43; A. Nocilla, « The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada » (2014), 56 *Rev. can. dr. comm.* 73, p. 88-92).

[45] Toutefois, depuis que l’art. 36 de la *LACC* est entré en vigueur en 2009, les tribunaux l’utilisent pour consentir à une liquidation sous le régime de la *LACC*. L’article 36 confère aux tribunaux le pouvoir

company's assets outside the ordinary course of business.³ Significantly, when the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce recommended the adoption of s. 36, it observed that liquidation is not necessarily inconsistent with the remedial objectives of the CCAA, and that it may be a means to “raise capital [to facilitate a restructuring], eliminate further loss for creditors or focus on the solvent operations of the business” (p. 147). Other commentators have observed that liquidation can be a “vehicle to restructure a business” by allowing the business to survive, albeit under a different corporate form or ownership (Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at p. 169; see also K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4th ed. 2019), at p. 311). Indeed, in *Indalex*, the company sold its assets under the CCAA in order to preserve the jobs of its employees, despite being unable to survive as their employer (see para. 51).

[46] Ultimately, the relative weight that the different objectives of the CCAA take on in a particular case may vary based on the factual circumstances, the stage of the proceedings, or the proposed solutions that are presented to the court for approval. Here, a parallel may be drawn with the BIA context. In *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150, at para. 67, this Court explained that, as a general matter, the BIA serves two purposes: (1) the bankrupt's financial rehabilitation and (2) the equitable distribution of the bankrupt's assets among creditors. However,

³ We note that while s. 36 now codifies the jurisdiction of a supervising court to grant a sale and vesting order, and enumerates factors to guide the court's discretion to grant such an order, it is silent on when courts ought to approve a liquidation under the CCAA as opposed to requiring the parties to proceed to liquidation under a receivership or the BIA regime (see Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at pp. 167-68; A. Nocilla, “Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36” (2012) 52 *Can. Bus. L.J.* 226, at pp. 243-44 and 247). This issue remains an open question and was not put to this Court in either *Indalex* or these appeals.

d'autoriser la vente ou la disposition des actifs d'une compagnie débitrice hors du cours ordinaire de ses affaires³. Fait important, lorsque le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a recommandé l'adoption de l'art. 36, il a fait observer que la liquidation n'est pas nécessairement incompatible avec les objectifs réparateurs de la LACC et qu'il pourrait s'agir d'un moyen « soit pour obtenir des capitaux [et faciliter la restructuration] ou éviter des pertes plus graves aux créanciers, soit pour se concentrer sur ses activités solvables » (p. 163). D'autres auteurs ont observé que la liquidation peut [TRADUCTION] « être un moyen de restructurer une entreprise » en lui permettant de survivre, quoique sous une forme corporative différente ou sous la gouverne de propriétaires différents (Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 169; voir aussi K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4^e éd. 2019), p. 311). D'ailleurs, dans l'arrêt *Indalex*, la compagnie a vendu ses actifs sous le régime de la LACC afin de protéger les emplois de son personnel, même si elle ne pouvait demeurer leur employeur (voir par. 51).

[46] En définitive, le poids relatif attribué aux différents objectifs de la LACC dans une affaire donnée peut varier en fonction des circonstances factuelles, de l'étape des procédures ou des solutions qui sont présentées à la cour pour approbation. En l'espèce, il est possible d'établir un parallèle avec le contexte de la LFI. Dans l'arrêt *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150, par. 67, notre Cour a expliqué que, de façon générale, la LFI vise deux objectifs : (1) la réhabilitation financière du failli, et (2) le partage équitable des actifs du failli entre les créanciers. Or, dans les cas où

³ Mentionnons que, bien que l'art. 36 codifie désormais le pouvoir du juge surveillant de rendre une ordonnance de vente et de dévolution, et qu'il énonce les facteurs devant orienter l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder une telle ordonnance, il est muet quant aux circonstances dans lesquelles les tribunaux doivent approuver une liquidation sous le régime de la LACC plutôt que d'exiger des parties qu'elles procèdent à la liquidation par voie de mise sous séquestre ou sous le régime de la LFI (voir Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 167-168; A. Nocilla, « Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36 » (2012) 52 *Rev. can. dr. comm.* 226, p. 243-244 et 247). Cette question demeure ouverte et n'a pas été soumise à la Cour dans *Indalex* non plus que dans les présents pourvois.

in circumstances where a debtor corporation will never emerge from bankruptcy, only the latter purpose is relevant (see para. 67). Similarly, under the CCAA, when a reorganization of the pre-filing debtor company is not a possibility, a liquidation that preserves going-concern value and the ongoing business operations of the pre-filing company may become the predominant remedial focus. Moreover, where a reorganization or liquidation is complete and the court is dealing with residual assets, the objective of maximizing creditor recovery from those assets may take centre stage. As we will explain, the architecture of the CCAA leaves the case-specific assessment and balancing of these remedial objectives to the supervising judge.

(2) The Role of a Supervising Judge in CCAA Proceedings

[47] One of the principal means through which the CCAA achieves its objectives is by carving out a unique supervisory role for judges (see Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at pp. 18-19). From beginning to end, each CCAA proceeding is overseen by a single supervising judge. The supervising judge acquires extensive knowledge and insight into the stakeholder dynamics and the business realities of the proceedings from their ongoing dealings with the parties.

[48] The CCAA capitalizes on this positional advantage by supplying supervising judges with broad discretion to make a variety of orders that respond to the circumstances of each case and “meet contemporary business and social needs” (*Century Services*, at para. 58) in “real-time” (para. 58, citing 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. 484). The anchor of this discretionary authority is s. 11, which empowers a judge “to make any order that [the judge] considers appropriate in the circumstances”. This section has been described as “the engine” driving the statutory scheme (*Stelco*

la société débitrice ne s’extirpera jamais de la faillite, seul le dernier objectif est pertinent (voir par. 67). Dans la même veine, sous le régime de la LACC, lorsque la restructuration d’une société débitrice qui n’a pas déposé de proposition est impossible, une liquidation visant à protéger sa valeur d’exploitation et à maintenir ses activités courantes peut devenir l’objectif réparateur principal. En outre, lorsque la restructuration ou la liquidation est terminée et que le tribunal doit décider du sort des actifs résiduels, l’objectif de maximiser le recouvrement des créanciers à partir de ces actifs peut passer au premier plan. Comme nous l’expliquerons, la structure de la LACC laisse au juge surveillant le soin de procéder à un examen et à une mise en balance au cas par cas de ces objectifs réparateurs.

(2) Le rôle du juge surveillant dans les procédures intentées sous le régime de la LACC

[47] Un des principaux moyens par lesquels la LACC atteint ses objectifs réside dans le rôle particulier de surveillance qu’elle réserve aux juges (voir Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 18-19). Chaque procédure fondée sur la LACC est supervisée du début à la fin par un seul juge surveillant. En raison de ses rapports continus avec les parties, ce dernier acquiert une connaissance approfondie de la dynamique entre les intéressés et des réalités commerciales entourant la procédure.

[48] La LACC mise sur la position avantageuse qu’occupe le juge surveillant en lui accordant le vaste pouvoir discrétionnaire de rendre toute une gamme d’ordonnances susceptibles de répondre aux circonstances de chaque cas et de « [s’adapter] aux besoins commerciaux et sociaux contemporains » (*Century Services*, par. 58) en « temps réel » (par. 58, citant 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. 484). Le point d’ancrage de ce pouvoir discrétionnaire est l’art. 11, qui confère au juge le pouvoir de « rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée ». Cette disposition a été décrite

Inc. (Re) (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (Ont. C.A.), at para. 36).

[49] The discretionary authority conferred by the CCAA, while broad in nature, is not boundless. This authority must be exercised in furtherance of the remedial objectives of the CCAA, which we have explained above (see *Century Services*, at para. 59). Additionally, the court must keep in mind three “baseline considerations” (at para. 70), which the applicant bears the burden of demonstrating: (1) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (2) that the applicant has been acting in good faith and (3) with due diligence (para. 69).

[50] The first two considerations of appropriateness and good faith are widely understood in the CCAA context. Appropriateness “is assessed by inquiring whether the order sought advances the policy objectives underlying the CCAA” (para. 70). Further, the well-established requirement that parties must act in good faith in insolvency proceedings has recently been made express in s. 18.6 of the CCAA, which provides:

Good faith

18.6 (1) Any interested person in any proceedings under this Act shall act in good faith with respect to those proceedings.

Good faith — powers of court

(2) If the court is satisfied that an interested person fails to act in good faith, on application by an interested person, the court may make any order that it considers appropriate in the circumstances.

(See also *BIA*, s. 4.2; *Budget Implementation Act, 2019, No. 1*, S.C. 2019, c. 29, ss. 133 and 140.)

[51] The third consideration of due diligence requires some elaboration. Consistent with the CCAA regime generally, the due diligence consideration discourages parties from sitting on their rights and ensures that creditors do not strategically manoeuvre or

comme étant le « moteur » du régime législatif (*Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (C.A. Ont.), par. 36).

[49] Quoique vaste, le pouvoir discrétionnaire conféré par la LACC n’est pas sans limites. Son exercice doit tendre à la réalisation des objectifs réparateurs de la LACC, que nous avons expliqués ci-dessus (voir *Century Services*, par. 59). En outre, la cour doit garder à l’esprit les trois « considérations de base » (par. 70) qu’il incombe au demandeur de démontrer : (1) que l’ordonnance demandée est indiquée, et (2) qu’il a agi de bonne foi et (3) avec la diligence voulue (par. 69).

[50] Les deux premières considérations, l’opportunité et la bonne foi, sont largement connues dans le contexte 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 » (par. 70). Par ailleurs, l’exigence bien établie selon laquelle les parties doivent agir de bonne foi dans les procédures d’insolvabilité est depuis peu mentionnée de façon expresse à l’art. 18.6 de la LACC, qui dispose :

Bonne foi

18.6 (1) Tout intéressé est tenu d’agir de bonne foi dans le cadre d’une procédure intentée au titre de la présente loi.

Bonne foi — pouvoirs du tribunal

(2) S’il est convaincu que l’intéressé n’agit pas de bonne foi, le tribunal peut, à la demande de tout intéressé, rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée.

(Voir aussi *LFI*, art. 4.2; *Loi n° 1 d’exécution du budget de 2019*, L.C. 2019, c. 29, art. 133 et 140.)

[51] La troisième considération, celle de la diligence, requiert qu’on s’y attarde. Conformément au régime de la LACC en général, la considération de diligence décourage les parties de rester sur leurs positions et fait en sorte que les créanciers n’usent

position themselves to gain an advantage (*Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at p. 31). The procedures set out in the CCAA rely on negotiations and compromise between the debtor and its stakeholders, as overseen by the supervising judge and the monitor. This necessarily requires that, to the extent possible, those involved in the proceedings be on equal footing and have a clear understanding of their respective rights (see *McElcheran*, at p. 262). 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).

[52] We pause to note that supervising judges are assisted in their oversight role by a court appointed monitor whose qualifications and duties are set out in the CCAA (see ss. 11.7, 11.8 and 23 to 25). The monitor is an independent and impartial expert, acting as “the eyes and the ears of the court” throughout the proceedings (*Essar*, at para. 109). 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 (see CCAA, s. 23(1)(d) and (i); *Sarra, Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at pp. 566 and 569).

pas stratégiquement de ruse ou ne se placent pas eux-mêmes dans une position pour obtenir un avantage (*Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (C.J. Ont. (Div. gén.)), p. 31). La procédure prévue par la LACC se fonde sur les négociations et les transactions entre le débiteur et les intéressés, le tout étant supervisé par le juge surveillant et le contrôleur. Il faut donc nécessairement que, dans la mesure du possible, ceux qui participent au processus soient sur un pied d'égalité et aient une compréhension claire de leurs droits respectifs (voir *McElcheran*, p. 262). 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. v. 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 v. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276 par. 11; *Caterpillar Financial Services Ltd. v. 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).

[52] Nous soulignons que les juges surveillants s'acquittent de leur rôle de supervision avec l'aide d'un contrôleur qui est nommé par le tribunal et dont les compétences et les attributions sont énoncées dans la LACC (voir art. 11.7, 11.8 et 23 à 25). 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 (*Essar*, par. 109). 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 (voir LACC, al. 23(1)d) et i); *Sarra, Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 566 et 569).

(3) Appellate Review of Exercises of Discretion by a Supervising Judge

[53] A high degree of deference is owed to discretionary decisions made by judges supervising CCAA proceedings. As such, appellate intervention will only be justified if the supervising judge erred in principle or exercised their discretion unreasonably (see *Grant Forest Products Inc. v. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426, at para. 98; *Bridging Finance Inc. v. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175, at para. 23). Appellate courts must be careful not to substitute their own discretion in place of the supervising judge's (*New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338, at para. 20).

[54] This deferential standard of review accounts for the fact that supervising judges are steeped in the intricacies of the CCAA proceedings they oversee. In this respect, the comments of Tysoe J.A. in *Canadian Metropolitan Properties Corp. v. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339 (“*Re Edgewater Casino Inc.*”), at para. 20, are apt:

... one of the principal functions of the judge supervising the CCAA proceeding is to attempt to balance the interests of the various stakeholders during the reorganization process, and it will often be inappropriate to consider an exercise of discretion by the supervising judge in isolation of other exercises of discretion by the judge in endeavoring to balance the various interests. ... CCAA proceedings are dynamic in nature and the supervising judge has intimate knowledge of the reorganization process. The nature of the proceedings often requires the supervising judge to make quick decisions in complicated circumstances.

[55] With the foregoing in mind, we turn to the issues on appeal.

(3) Le contrôle en appel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant

[53] Les décisions discrétionnaires des juges chargés de la supervision des procédures intentées sous le régime de la LACC commandent un degré élevé de déférence. Ainsi, les cours d'appel ne seront justifiées d'intervenir que si le juge surveillant a commis une erreur de principe ou exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable (voir *Grant Forest Products Inc. c. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426, par. 98; *Bridging Finance Inc. c. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175, par. 23). Elles doivent prendre garde de ne pas substituer leur propre pouvoir discrétionnaire à celui du juge surveillant (*New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338, par. 20).

[54] Cette norme déférente de contrôle tient compte du fait que le juge surveillant possède une connaissance intime des procédures intentées sous le régime de la LACC dont il assure la supervision. À cet égard, les observations formulées par le juge Tysoe dans *Canadian Metropolitan Properties Corp. c. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339 (« *Re Edgewater Casino Inc.* »), par. 20, sont pertinentes :

[TRADUCTION] ... une des fonctions principales du juge chargé de la supervision de la procédure fondée sur la LACC est d'essayer d'établir un équilibre entre les intérêts des différents intéressés durant le processus de restructuration, et il sera bien souvent inopportun d'examiner une des décisions qu'il aura rendues à cet égard isolément des autres. [...] Les procédures intentées sous le régime de la LACC sont de nature dynamique et le juge surveillant a une connaissance intime du processus de restructuration. La nature du processus l'oblige souvent à prendre des décisions rapides dans des situations complexes.

[55] En gardant ce qui précède à l'esprit, nous passons maintenant aux questions soulevées par le présent pourvoi.

B. *Callidus Should Not Be Permitted to Vote on Its New Plan*

[56] A creditor can generally vote on a plan of arrangement or compromise that affects its rights, subject to any specific provisions of the *CCAA* that may restrict its voting rights (e.g., s. 22(3)), or a proper exercise of discretion by the supervising judge to constrain or bar the creditor's right to vote. We conclude that one such constraint arises from s. 11 of the *CCAA*, which provides supervising judges with the discretion to bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose. Supervising judges are best-placed to determine whether this discretion should be exercised in a particular case. In our view, the supervising judge here made no error in exercising his discretion to bar *Callidus* from voting on the New Plan.

(1) Parameters of Creditors' Right to Vote on Plans of Arrangement

[57] Creditor approval of any plan of arrangement or compromise is a key feature of the *CCAA*, as is the supervising judge's oversight of that process. Where a plan is proposed, an application may be made to the supervising judge to order a creditors' meeting to vote on the proposed plan (*CCAA*, ss. 4 and 5). The supervising judge has the discretion to determine whether to order the meeting. For the purposes of voting at a creditors' meeting, the debtor company may divide the creditors into classes, subject to court approval (*CCAA*, s. 22(1)). Creditors may be included in the same class if "their interests or rights are sufficiently similar to give them a commonality of interest" (*CCAA*, s. 22(2); see also L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. P. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 4, at §149). If the requisite "double majority" in each class of creditors — again, a majority in *number* of class members, which also represents two-thirds in *value* of the class members' claims — vote in favour of the plan, the supervising judge may sanction the plan (*Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135, at para. 34; see *CCAA*, s. 6). The supervising judge will conduct what is

B. *Callidus ne devrait pas être autorisée à voter sur son nouveau plan*

[56] En général, un créancier peut voter sur un plan d'arrangement ou une transaction qui a une incidence sur ses droits, sous réserve des dispositions de la *LACC* qui peuvent limiter son droit de voter (p. ex., par. 22(3)), ou de l'exercice justifié par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire de limiter ou de supprimer ce droit. Nous concluons qu'une telle limite découle de l'art. 11 de la *LACC*, qui confère au juge surveillant le pouvoir discrétionnaire d'empêcher le créancier de voter lorsqu'il agit dans un but illégitime. Le juge surveillant est mieux placé que quiconque pour déterminer s'il doit exercer ce pouvoir dans un cas donné. À notre avis, le juge surveillant n'a, en l'espèce, commis aucune erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour empêcher *Callidus* de voter sur le nouveau plan.

(1) Les paramètres du droit d'un créancier de voter sur un plan d'arrangement

[57] L'approbation par les créanciers d'un plan d'arrangement ou d'une transaction est l'une des principales caractéristiques de la *LACC*, tout comme la supervision du processus assurée par le juge surveillant. Lorsqu'un plan est proposé, le juge surveillant peut, sur demande, ordonner que soit convoquée une assemblée des créanciers pour que ceux-ci puissent voter sur le plan proposé (*LACC*, art. 4 et 5). Le juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire de décider ou non d'ordonner qu'une assemblée soit convoquée. Pour les besoins du vote à l'assemblée des créanciers, la compagnie débitrice peut établir des catégories de créanciers, sous réserve de l'approbation du tribunal (*LACC*, par. 22(1)). Peuvent faire partie de la même catégorie les créanciers « ayant des droits ou intérêts à ce point semblables [. . .] qu'on peut en conclure qu'ils ont un intérêt commun » (*LACC*, par. 22(2); voir aussi L. W. Houlden, G. B. Morawetz, et J. P. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 4, §149). Si la « double majorité » requise dans chaque catégorie de créanciers — rappelons qu'il s'agit de la majorité en *nombre* d'une catégorie, qui représente aussi les deux-tiers en *valeur* des réclamations de cette catégorie — vote

commonly referred to as a “fairness hearing” to determine, among other things, whether the plan is fair and reasonable (Wood, at pp. 490-92; see also Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at p. 529; Houlden, Morawetz and Sarra at §45). Once sanctioned by the supervising judge, the plan is binding on each class of creditors that participated in the vote (CCAA, s. 6(1)).

[58] Creditors with a provable claim against the debtor whose interests are affected by a proposed plan are usually entitled to vote on plans of arrangement (Wood, at p. 470). Indeed, there is no express provision in the CCAA barring such a creditor from voting on a plan of arrangement, including a plan it sponsors.

[59] Notwithstanding the foregoing, the appellants submit that a purposive interpretation of s. 22(3) of the CCAA reveals that, as a general matter, a creditor should be precluded from voting on its own plan. Section 22(3) provides:

Related creditors

(3) A creditor who is related to the company may vote against, but not for, a compromise or arrangement relating to the company.

The appellants note that s. 22(3) was meant to harmonize the CCAA scheme with s. 54(3) of the BIA, which provides that “[a] creditor who is related to the debtor may vote against but not for the acceptance of the proposal.” The appellants point out that, under s. 50(1) of the BIA, only debtors can sponsor plans; as a result, the reference to “debtor” in s. 54(3) captures *all* plan sponsors. They submit that if s. 54(3) captures all plan sponsors, s. 22(3) of the CCAA must do the same. On this basis, the appellants ask us to extend the voting restriction in s. 22(3) to apply not only to creditors who are “related to the company”, as the provision states, but to any

en faveur du plan, le juge surveillant peut homologuer celui-ci (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135, par. 34; voir la LACC, art. 6). Le juge surveillant tiendra ce qu’on appelle communément une [TRADUCTION] « audience d’équité » pour décider, entre autres choses, si le plan est juste et raisonnable (Wood, p. 490-492; Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, p. 529; Houlden, Morawetz et Sarra, §45). Une fois homologué par le juge surveillant, le plan lie chaque catégorie de créanciers qui a participé au vote (LACC, par. 6(1)).

[58] Les créanciers qui ont une réclamation prouvable contre le débiteur et dont les intérêts sont touchés par un plan d’arrangement proposé ont habituellement le droit de voter sur un tel plan (Wood, p. 470). En fait, aucune disposition expresse de la LACC n’interdit à un créancier de voter sur un plan d’arrangement, y compris sur un plan dont il fait la promotion.

[59] Nonobstant ce qui précède, les appelantes soutiennent qu’une interprétation téléologique du par. 22(3) de la LACC révèle que, de façon générale, un créancier ne devrait pas pouvoir voter sur son propre plan. Le paragraphe 22(3) prévoit :

Créancier lié

(3) Le créancier lié à la compagnie peut voter contre, mais non pour, l’acceptation de la transaction ou de l’arrangement.

Les appelantes font remarquer que le par. 22(3) devait permettre d’harmoniser le régime de la LACC avec le par. 54(3) de la LFI, qui dispose que « [u]n créancier qui est lié au débiteur peut voter contre, mais non pour, l’acceptation de la proposition. » Elles soulignent que, en vertu du par. 50(1) de la LFI, seuls les débiteurs peuvent faire la promotion d’un plan; ainsi, le « débiteur » auquel renvoie le par. 54(3) s’entend de *tous* les promoteurs de plan. Elles soutiennent que, si le par. 54(3) vise tous les promoteurs de plan, le par. 22(3) de la LACC doit également les viser. Pour cette raison, les appelantes nous demandent d’étendre la restriction au droit de

creditor who sponsors a plan. They submit that this interpretation gives effect to the underlying intention of both provisions, which they say is to ensure that a creditor who has a conflict of interest cannot “dilute” or overtake the votes of other creditors.

[60] We would not accept this strained interpretation of s. 22(3). Section 22(3) makes no mention of conflicts of interest between creditors and plan sponsors generally. The wording of s. 22(3) only places voting restrictions on creditors who are “related to the [debtor] company”. These words are “precise and unequivocal” and, as such, must “play a dominant role in the interpretive process” (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 10). In our view, the appellants’ analogy to the *BIA* is not sufficient to overcome the plain wording of this provision.

[61] While the appellants are correct that s. 22(3) was enacted to harmonize the treatment of related parties in the *CCAA* and *BIA*, its history demonstrates that it is not a general conflict of interest provision. Prior to the amendments incorporating s. 22(3) into the *CCAA*, the *CCAA* clearly allowed creditors to put forward a plan of arrangement (see Houlden, Morawetz and Sarra, at §33, *Red Cross; Re 1078385 Ontario Inc.* (2004), 206 O.A.C. 17). In contrast, under the *BIA*, only debtors could make proposals. Parliament is presumed to have been aware of this obvious difference between the two statutes (see *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 59; see also *Third Eye*, at para. 57). Despite this difference, Parliament imported, with necessary modification, the wording of the *BIA* related creditor provision into the *CCAA*. Going beyond this language entails accepting that Parliament failed to choose the right words to give effect to its intention, which we do not.

voter imposée par le par. 22(3) de manière à ce qu’elle s’applique non seulement aux créanciers « lié[s] à la compagnie », comme le prévoit la disposition, mais aussi à tous les créanciers qui font la promotion d’un plan. Elles soutiennent que cette interprétation donne effet à l’intention sous-jacente aux deux dispositions, intention qui, de dire les appelantes, est de faire en sorte qu’un créancier qui est en conflit d’intérêts ne puisse pas « diluer » ou supplanter le vote des autres créanciers.

[60] Nous n’acceptons pas cette interprétation forcée du par. 22(3). Il n’est nullement question dans cette disposition de conflit d’intérêts entre les créanciers et les promoteurs d’un plan en général. Les restrictions au droit de voter imposées par le par. 22(3) ne s’appliquent qu’aux créanciers qui sont « lié[s] à la compagnie [débitrice] ». Ce libellé est « précis et non équivoque », et il doit ainsi « jouer un rôle primordial dans le processus d’interprétation » (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 10). À notre avis, l’analogie que les appelantes font avec la *LFI* ne suffit pas à écarter le libellé clair de cette disposition.

[61] Bien que les appelantes aient raison de dire que l’adoption du par. 22(3) visait à harmoniser le traitement réservé aux parties liées par la *LACC* et la *LFI*, son historique montre qu’il ne s’agit pas d’une disposition générale relative aux conflits d’intérêts. Avant qu’elle soit modifiée et qu’on y incorpore le par. 22(3), la *LACC* permettait clairement aux créanciers de présenter un plan d’arrangement (voir Houlden, Morawetz et Sarra, §33, *Red Cross; Re 1078385 Ontario Inc.* (2004), 206 O.A.C. 17). À l’opposé, en vertu de la *LFI*, seuls les débiteurs pouvaient déposer une proposition. Il faut présumer que le législateur était au fait de cette différence évidente entre les deux lois (voir *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 59; voir aussi *Third Eye*, par. 57). Le législateur a malgré tout importé dans la *LACC*, avec les adaptations nécessaires, le texte de la disposition de la *LFI* portant sur les créanciers liés. Aller au-delà de ce libellé suppose d’accepter que le législateur n’a pas choisi les bons mots pour donner effet à son intention, ce que nous ne ferons pas.

[62] Indeed, Parliament did not mindlessly reproduce s. 54(3) of the *BIA* in s. 22(3) of the *CCAA*. Rather, it made two modifications to the language of s. 54(3) to bring it into conformity with the language of the *CCAA*. First, it changed “proposal” (a defined term in the *BIA*) to “compromise or arrangement” (a term used throughout the *CCAA*). Second, it changed “debtor” to “company”, recognizing that companies are the only kind of debtor that exists in the *CCAA* context.

[63] Our view is further supported by Industry Canada’s explanation of the rationale for s. 22(3) as being to “reduce the ability of debtor companies to organize a restructuring plan that confers additional benefits to related parties” (Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada, *Bill C-12: Clause by Clause Analysis* (online), cl. 71, s. 22 (emphasis added); see also Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, at p. 151).

[64] Finally, we note that the *CCAA* contains other mechanisms that attenuate the concern that a creditor with conflicting legal interests with respect to a plan it proposes may distort the creditors’ vote. Although we reject the appellants’ interpretation of s. 22(3), that section still bars creditors who are related to the debtor company from voting in favour of *any* plan. Additionally, creditors who do not share a sufficient commonality of interest may be forced to vote in separate classes (s. 22(1) and (2)), and, as we will explain, a supervising judge may bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose.

(2) Discretion to Bar a Creditor From Voting in Furtherance of an Improper Purpose

[65] There is no dispute that the *CCAA* is silent on when a creditor who is otherwise entitled to vote on a plan can be barred from voting. However, *CCAA* supervising judges are often called upon “to sanction measures for which there is no explicit authority in the *CCAA*” (*Century Services*, at para. 61; see also para. 62). In *Century Services*, this Court endorsed

[62] En fait, le législateur n’a pas reproduit de façon irréfléchie, au par. 22(3) de la *LACC*, le texte du par. 54(3) de la *LFI*. Au contraire, il a apporté deux modifications au libellé du par. 54(3) pour l’adapter à celui employé dans la *LACC*. Premièrement, il a remplacé le terme « proposition » (défini dans la *LFI*) par les mots « transaction ou arrangement » (employés tout au long dans la *LACC*). Deuxièmement, il a remplacé « débiteur » par « compagnie », reconnaissant ainsi que les compagnies sont les seuls débiteurs qui existent dans le contexte de la *LACC*.

[63] Notre opinion est en outre appuyée par Industrie Canada, selon qui l’adoption du par. 22(3) se justifie par la volonté de « réduire la capacité des compagnies débitrices d’établir un plan de restructuration apportant des avantages supplémentaires à des personnes qui leur sont liées » (Bureau du surintendant des faillites Canada, *Projet de loi C-12 : analyse article par article* (en ligne), cl. 71, art. 22 (nous soulignons); voir aussi Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, p. 166).

[64] Enfin, nous soulignons que la *LACC* prévoit d’autres mécanismes qui réduisent le risque qu’un créancier en situation de conflit d’intérêts par rapport au plan qu’il propose puisse biaiser le vote des créanciers. Bien que nous rejetions l’interprétation donnée par les appelantes au par. 22(3), ce paragraphe interdit tout de même aux créanciers liés à la compagnie débitrice de voter en faveur de *tout* plan. De plus, les créanciers qui n’ont pas suffisamment d’intérêts en commun pourraient être contraints de voter dans des catégories distinctes (par. 22(1) et (2)); et, comme nous l’expliquerons, le juge surveillant peut empêcher un créancier de voter si ce dernier agit dans un but illégitime.

(2) Le pouvoir discrétionnaire d’interdire à un créancier de voter dans un but illégitime

[65] Il est acquis aux débats que la *LACC* ne contient aucune disposition énonçant les circonstances dans lesquelles un créancier, autrement admissible à voter sur un plan, peut être empêché de le faire. Toutefois, les juges chargés d’appliquer la *LACC* sont souvent appelés à « sanctionner des mesures non expressément prévues par la *LACC* »

a “hierarchical” approach to determining whether jurisdiction exists to sanction a proposed measure: “. . . courts [must] rely first on an interpretation of the provisions of the CCAA text before turning to inherent or equitable jurisdiction to anchor measures taken in a CCAA proceeding” (para. 65). In most circumstances, a purposive and liberal interpretation of the provisions of the CCAA will be sufficient “to ground measures necessary to achieve its objectives” (para. 65).

[66] Applying this approach, we conclude that jurisdiction exists under s. 11 of the CCAA to bar a creditor from voting on a plan of arrangement or compromise where the creditor is acting for an improper purpose.

[67] Courts have long recognized that s. 11 of the CCAA signals legislative endorsement of the “broad reading of CCAA authority developed by the jurisprudence” (*Century Services*, at para. 68). Section 11 states:

General power of court

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

On the plain wording of the provision, the jurisdiction granted by s. 11 is constrained only by restrictions set out in the CCAA itself, and the requirement that the order made be “appropriate in the circumstances”.

[68] Where a party seeks an order relating to a matter that falls within the supervising judge’s purview, and for which there is no CCAA provision conferring more specific jurisdiction, s. 11 necessarily is the

(*Century Services*, par. 61; voir aussi par. 62). Dans l’arrêt *Century Services*, notre Cour a souscrit à l’approche « hiérarchisée » qui vise à déterminer si le tribunal a compétence pour sanctionner une mesure proposée : « . . . les tribunaux procéderaient 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 » (par. 65). Dans la plupart des cas, une interprétation téléologique et large des dispositions de la LACC suffira à « justifier les mesures nécessaires à la réalisation de ses objectifs » (par. 65).

[66] Après avoir appliqué cette approche, nous concluons que l’art. 11 de la LACC confère au tribunal le pouvoir d’interdire à un créancier de voter sur un plan d’arrangement ou une transaction s’il agit dans un but illégitime.

[67] Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que le libellé de l’art. 11 de la LACC indique que le législateur a sanctionné « l’interprétation large du pouvoir conféré par la LACC qui a été élaborée par la jurisprudence » (*Century Services*, par. 68). L’article 11 est ainsi libellé :

Pouvoir général du tribunal

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

Selon le libellé clair de la disposition, le pouvoir conféré par l’art. 11 n’est limité que par les restrictions imposées par la LACC elle-même, ainsi que par l’exigence que l’ordonnance soit « indiquée » dans les circonstances.

[68] Lorsqu’une partie sollicite une ordonnance relativement à une question qui entre dans le champ de compétence du juge surveillant, mais pour laquelle aucune disposition de la LACC ne confère plus

provision of first resort in anchoring jurisdiction. As Blair J.A. put it in *Stelco*, s. 11 “for the most part supplants the need to resort to inherent jurisdiction” in the CCAA context (para. 36).

[69] Oversight of the plan negotiation, voting, and approval process falls squarely within the supervising judge’s purview. As indicated, there are no specific provisions in the CCAA which govern when a creditor who is otherwise eligible to vote on a plan may nonetheless be barred from voting. Nor is there any provision in the CCAA which suggests that a creditor has an absolute right to vote on a plan that cannot be displaced by a proper exercise of judicial discretion. However, given that the CCAA regime contemplates creditor participation in decision-making as an integral facet of the workout regime, creditors should only be barred from voting where the circumstances demand such an outcome. In other words, it is necessarily a discretionary, circumstance-specific inquiry.

[70] Thus, it is apparent that s. 11 serves as the source of the supervising judge’s jurisdiction to issue a discretionary order barring a creditor from voting on a plan of arrangement. The exercise of this discretion must further the remedial objectives of the CCAA and be guided by the baseline considerations of appropriateness, good faith, and due diligence. This means that, where a creditor is seeking to exercise its voting rights in a manner that frustrates, undermines, or runs counter to those objectives — that is, acting for an “improper purpose” — the supervising judge has the discretion to bar that creditor from voting.

[71] The discretion to bar a creditor from voting in furtherance of an improper purpose under the CCAA parallels the similar discretion that exists under the BIA, which was recognized in *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296. In *Laserworks*, the Nova Scotia

précisément compétence, l’art. 11 est nécessairement la disposition à laquelle on peut recourir d’emblée pour fonder la compétence du tribunal. Comme l’a dit le juge Blair dans l’arrêt *Stelco*, l’art. 11 [TRA-DUCTION] « fait en sorte que la plupart du temps, il est inutile de recourir à la compétence inhérente » dans le contexte de la LACC (par. 36).

[69] La supervision des négociations entourant le plan, tout comme le vote et le processus d’approbation, relève nettement de la compétence du juge surveillant. Comme nous l’avons dit, aucune disposition de la LACC ne vise le cas où un créancier par ailleurs admissible à voter sur un plan peut néanmoins être empêché de le faire. Il n’existe non plus aucune disposition de la LACC selon laquelle le droit que possède un créancier de voter sur un plan est absolu et que ce droit ne peut pas être écarté par l’exercice légitime du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Toutefois, étant donné le régime de la LACC, dont l’un des aspects essentiels tient à la participation du créancier au processus décisionnel, les créanciers ne devraient être empêchés de voter que si les circonstances l’exigent. Autrement dit, il faut nécessairement procéder à un examen discrétionnaire axé sur les circonstances propres à chaque situation.

[70] L’article 11 constitue donc manifestement la source de la compétence du juge surveillant pour rendre une ordonnance discrétionnaire empêchant un créancier de voter sur un plan d’arrangement. L’exercice du pouvoir discrétionnaire doit favoriser la réalisation des objets réparateurs de la LACC et être fondé sur les considérations de base que sont l’opportunité, la bonne foi et la diligence. Cela signifie que, lorsqu’un créancier cherche à exercer ses droits de vote de manière à contrecarrer, à miner ces objectifs ou à aller à l’encontre de ceux-ci — c’est-à-dire à agir dans un « but illégitime » — le juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire d’empêcher le créancier de voter.

[71] Le pouvoir discrétionnaire d’empêcher un créancier de voter dans un but illégitime au sens de la LACC s’apparente au pouvoir discrétionnaire semblable qui existe en vertu de la LFI, lequel a été reconnu dans l’arrêt *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R.

Court of Appeal concluded that the discretion to bar a creditor from voting in this way stemmed from the court's power, inherent in the scheme of the *BIA*, to supervise “[e]ach step in the bankruptcy process” (at para. 41), as reflected in ss. 43(7), 108(3), and 187(9) of the Act. The court explained that s. 187(9) specifically grants the power to remedy a “substantial injustice”, which arises “when the *BIA* is used for an improper purpose” (para. 54). The court held that “[a]n improper purpose is any purpose collateral to the purpose for which the bankruptcy and insolvency legislation was enacted by Parliament” (para. 54).

[72] While not determinative, the existence of this discretion under the *BIA* lends support to the existence of similar discretion under the *CCAA* for two reasons.

[73] First, this conclusion would be consistent with this Court's recognition that the *CCAA* “offers a more flexible mechanism with greater judicial discretion” than the *BIA* (*Century Services*, at para. 14 (emphasis added)).

[74] Second, this Court has recognized the benefits of harmonizing the two statutes to the extent possible. For example, in *Indalex*, the Court observed that “in order to avoid a race to liquidation under the *BIA*, courts will favour an interpretation of the *CCAA* that affords creditors analogous entitlements” to those received under the *BIA* (para. 51; see also *Century Services*, at para. 24; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283, at paras. 34-46). Thus, where the statutes are capable of bearing a harmonious interpretation, that interpretation ought to be preferred “to avoid the ills that can arise from [insolvency] ‘statute-shopping’” (*Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274, at para. 78; see also para. 73). In our view, the articulation of “improper purpose” set out in *Laserworks* — that is, any purpose collateral to the purpose of insolvency legislation — is entirely harmonious with the nature and scope of judicial discretion afforded by the *CCAA*. Indeed, as we have explained, this

(2d) 296. Dans *Laserworks*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter de cette façon découlait du pouvoir du tribunal, inhérent au régime établi par la *LFI*, de superviser [TRADUCTION] « [c]haque étape du processus de faillite » (par. 41), comme l'indiquent les par. 43(7), 108(3) et 187(9) de la Loi. La cour a expliqué que le par. 187(9) confère expressément le pouvoir de remédier à une « injustice grave », laquelle se produit « lorsque la *LFI* est utilisée dans un but illégitime » (par. 54). La cour a statué que « [l]e but illégitime est un but qui est accessoire à l'objet pour lequel la loi en matière de faillite et d'insolvabilité a été adoptée par le législateur » (par. 54).

[72] Bien qu'elle ne soit pas déterminante, l'existence de ce pouvoir discrétionnaire en vertu de la *LFI* étaye l'existence d'un pouvoir discrétionnaire semblable en vertu de la *LACC* pour deux raisons.

[73] D'abord, cette conclusion serait compatible avec le fait que la Cour a reconnu que la *LACC* « établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire » que sous le régime de la *LFI* (*Century Services*, par. 14 (nous soulignons)).

[74] Ensuite, la Cour a reconnu les bienfaits de l'harmonisation, dans la mesure du possible, des deux lois. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Indalex*, la Cour a souligné que « pour éviter de précipiter une liquidation sous le régime de la *LFI*, les tribunaux privilégieront une interprétation de la *LACC* qui confère [. . .] aux créanciers [des droits analogues] » à ceux dont ils jouissent en vertu de la *LFI* (par. 51; voir également *Century Services*, par. 24; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283, par. 34-46). Ainsi, lorsque les lois permettent une interprétation harmonieuse, il y a lieu de retenir cette interprétation [TRADUCTION] « afin d'écartier les embûches pouvant découler du choix des créanciers de “recourir à la loi la plus favorable” [en matière d'insolvabilité] » (*Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274, par. 78; voir aussi par. 73). À notre avis, la manière dont a été formulé le « but illégitime » dans l'arrêt *Laserworks* — c'est-à-dire un but accessoire à l'objet de la loi en

discretion is to be exercised in accordance with the CCAA's objectives as an insolvency statute.

[75] We also observe that the recognition of this discretion under the CCAA advances the basic fairness that “permeates Canadian insolvency law and practice” (Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, at p. 27; see also *Century Services*, at paras. 70 and 77). As Professor Sarra observes, fairness demands that supervising judges be in a position to recognize and meaningfully address circumstances in which parties are working against the goals of the statute:

The Canadian insolvency regime is based on the assumption that creditors and the debtor share a common goal of maximizing recoveries. The substantive aspect of fairness in the insolvency regime is based on the assumption that all involved parties face real economic risks. Unfairness resides where only some face these risks, while others actually benefit from the situation . . . If the CCAA is to be interpreted in a purposive way, the courts must be able to recognize when people have conflicting interests and are working actively against the goals of the statute. [Emphasis added.]

(“The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, at p. 30)

In this vein, the supervising judge’s oversight of the CCAA voting regime must not only ensure strict compliance with the Act, but should further its goals as well. We are of the view that the policy objectives of the CCAA necessitate the recognition of the discretion to bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose.

matière d’insolvabilité — s’harmonise parfaitement avec la nature et la portée du pouvoir discrétionnaire judiciaire que confère la LACC. En effet, comme nous l’avons expliqué, ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément aux objets de la LACC en tant que loi en matière d’insolvabilité.

[75] Nous soulignons également que la reconnaissance de l’existence de ce pouvoir discrétionnaire sous le régime de la LACC favorise l’équité fondamentale qui [TRADUCTION] « imprègne le droit et la pratique en matière d’insolvabilité au Canada » (Sarra, « The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 27; voir également *Century Services*, par. 70 et 77). Comme le fait observer la professeure Sarra, l’équité commande que les juges surveillants soient en mesure de reconnaître les situations où les parties empêchent la réalisation des objectifs de la loi et de prendre des mesures utiles à leur égard :

[TRADUCTION] Le régime d’insolvabilité canadien repose sur la présomption que les créanciers et le débiteur ont pour objectif commun de maximiser les recouvrements. L’aspect substantiel de la justice dans le régime d’insolvabilité repose sur la présomption que toutes les parties concernées sont exposées à de réels risques économiques. L’injustice réside dans les situations où seules certaines personnes sont exposées aux risques, tandis que d’autres tirent en fait avantage de la situation. [. . .] Si l’on veut que la LACC reçoive une interprétation téléologique, les tribunaux doivent être en mesure de reconnaître les situations où les gens ont des intérêts opposés et s’emploient activement à contrecarrer les objectifs de la loi. [Nous soulignons.]

(« The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 30)

Dans le même ordre d’idées, la surveillance du régime de droit de vote prévu par la LACC qu’exerce le juge surveillant ne doit pas seulement assurer une application stricte de la Loi, mais doit aussi favoriser la réalisation de ses objectifs. Nous estimons que la réalisation des objectifs de politique de la LACC nécessite la reconnaissance du pouvoir discrétionnaire d’empêcher un créancier de voter s’il agit dans un but illégitime.

[76] Whether this discretion ought to be exercised in a particular case is a circumstance-specific inquiry that must balance the various objectives of the CCAA. As this case demonstrates, the supervising judge is best-positioned to undertake this inquiry.

(3) The Supervising Judge Did Not Err in Prohibiting Callidus From Voting

[77] In our view, the supervising judge's decision to bar Callidus from voting on the New Plan discloses no error justifying appellate intervention. As we have explained, discretionary decisions like this one must be approached from the appropriate posture of deference. It bears mentioning that, when he made this decision, the supervising judge was intimately familiar with Bluberi's CCAA proceedings. He had presided over them for over 2 years, received 15 reports from the Monitor, and issued approximately 25 orders.

[78] The supervising judge considered the whole of the circumstances and concluded that Callidus's vote would serve an improper purpose (paras. 45 and 48). We agree with his determination. He was aware that, prior to the vote on the First Plan, Callidus had chosen not to value *any* of its claim as unsecured and later declined to vote at all — despite the Monitor explicitly inviting it to do so.⁴ The supervising judge was also aware that Callidus's First Plan had failed to receive the other creditors' approval at the creditors' meeting of December 15, 2017, and that Callidus had chosen not to take the opportunity to amend or increase the value of its plan at that time, which it was entitled to do (see CCAA, ss. 6 and 7; Monitor, I.F., at para. 17). Between the failure of the First Plan and the proposal of the New Plan — which was identical to the First Plan, save for a modest increase of \$250,000 — none of the factual circumstances relating to Bluberi's financial or business

⁴ It bears noting that the Monitor's statement in this regard did not decide whether Callidus would ultimately have been entitled to vote on the First Plan. Because Callidus did not even attempt to vote on the First Plan, this question was never put to the supervising judge.

[76] La question de savoir s'il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée appelle une analyse fondée sur les circonstances propres à chaque situation qui doit mettre en balance les divers objectifs de la LACC. Comme le démontre le présent dossier, le juge surveillant est le mieux placé pour procéder à cette analyse.

(3) Le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en interdisant à Callidus de voter

[77] À notre avis, la décision du juge surveillant d'empêcher Callidus de voter sur le nouveau plan ne révèle aucune erreur justifiant l'intervention d'une cour d'appel. Comme nous l'avons expliqué, il faut adopter l'attitude de déférence appropriée à l'égard des décisions discrétionnaires de ce genre. Il convient de mentionner que, lorsqu'il a rendu sa décision, le juge surveillant connaissait très bien les procédures fondées sur la LACC relatives à Bluberi. Il les avait présidées pendant plus de 2 ans, avait reçu 15 rapports du contrôleur et avait délivré environ 25 ordonnances.

[78] Le juge surveillant a tenu compte de l'ensemble des circonstances et a conclu que le vote de Callidus viserait un but illégitime (par. 45 et 48). Nous sommes d'accord avec cette conclusion. Il savait qu'avant le vote sur le premier plan, Callidus avait choisi de n'évaluer *aucune partie* de sa réclamation à titre de créancier non garanti et s'était par la suite abstenue de voter — bien que le contrôleur l'ait expressément invité à le faire⁴. Le juge surveillant savait aussi que le premier plan de Callidus n'avait pas reçu l'aval des autres créanciers à l'assemblée des créanciers tenue le 15 décembre 2017, et que Callidus avait choisi de ne pas profiter de l'occasion pour modifier ou augmenter la valeur de son plan à ce moment-là, ce qu'elle était en droit de faire (voir LACC, art. 6 et 7; contrôleur, m.i., par. 17). Entre l'insuccès du premier plan et la proposition du nouveau plan — qui était identique au premier plan, hormis la modeste augmentation de 250 000 \$ — les

⁴ Il convient de souligner que la déclaration du contrôleur à cet égard ne permettait pas de décider si Callidus aurait finalement eu le droit de voter sur le premier plan. Comme Callidus n'a même pas essayé de voter sur le premier plan, cette question n'a jamais été soumise au juge surveillant.

affairs had materially changed. However, Callidus sought to value the *entirety* of its security at *nil* and, on that basis, sought leave to vote on the New Plan as an unsecured creditor. If Callidus were permitted to vote in this way, the New Plan would certainly have met the s. 6(1) threshold for approval. In these circumstances, the inescapable inference was that Callidus was attempting to strategically value its security to acquire control over the outcome of the vote and thereby circumvent the creditor democracy the CCAA protects. Put simply, Callidus was seeking to take a “second kick at the can” and manipulate the vote on the New Plan. The supervising judge made no error in exercising his discretion to prevent Callidus from doing so.

[79] Indeed, as the Monitor observes, “[o]nce a plan of arrangement or proposal has been submitted to the creditors of a debtor for voting purposes, to order a second creditors’ meeting to vote on a substantially similar plan would not advance the policy objectives of the CCAA, nor would it serve and enhance the public’s confidence in the process or otherwise serve the ends of justice” (I.F., at para. 18). This is particularly the case given that the cost of having another meeting to vote on the New Plan would have been upwards of \$200,000 (see supervising judge’s reasons, at para. 72).

[80] We add that Callidus’s course of action was plainly contrary to the expectation that parties act with due diligence in an insolvency proceeding — which, in our view, includes acting with due diligence in valuing their claims and security. At all material times, Bluberi’s Retained Claims have been the sole asset securing Callidus’s claim. Callidus has pointed to nothing in the record that indicates that the value of the Retained Claims has changed. Had Callidus been of the view that the Retained Claims had no value, one would have expected Callidus to have valued its security accordingly prior to the vote on the First Plan, if not earlier. Parenthetically, we note that, irrespective of the timing, an attempt at

circonstances factuelles se rapportant aux affaires financières ou commerciales de Bluberi n’avaient pas réellement changé. Pourtant, Callidus a tenté d’évaluer la *totalité* de sa sûreté à *zéro* et, sur cette base, a demandé l’autorisation de voter sur le nouveau plan à titre de créancier non garanti. Si Callidus avait été autorisée à voter de cette façon, le nouveau plan aurait certainement satisfait au critère d’approbation prévu par le par. 6(1). Dans ces circonstances, la seule conclusion possible était que Callidus tentait d’évaluer stratégiquement la valeur de sa sûreté afin de prendre le contrôle du vote et ainsi contourner la démocratie entre les créanciers que défend la LACC. En termes simples, Callidus cherchait à « se donner une seconde chance » et à manipuler le vote sur le nouveau plan. Le juge surveillant n’a pas commis d’erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour empêcher Callidus de le faire.

[79] En effet, comme le fait observer le contrôleur, [TRADUCTION] « [u]ne fois que le plan d’arrangement ou la proposition ont été présentés aux créanciers du débiteur aux fins d’un vote, le fait d’ordonner la tenue d’une seconde assemblée des créanciers pour voter sur un plan à peu près semblable ne favoriserait pas la réalisation des objectifs de politique de la LACC, pas plus qu’il ne servirait ou n’accroîtrait la confiance du public dans le processus ou ne servirait par ailleurs les fins de la justice » (m.i., par. 18). C’est particulièrement le cas en l’espèce étant donné que la tenue d’une autre assemblée pour voter sur le nouveau plan aurait coûté plus de 200 000 \$ (voir les motifs du juge surveillant, par. 72).

[80] Ajoutons que la façon d’agir de Callidus était manifestement contraire à l’attente selon laquelle les parties agissent avec diligence dans les procédures d’insolvabilité — ce qui, à notre avis, comprend le fait de faire preuve de diligence raisonnable dans l’évaluation de leurs réclamations et sûretés. Pendant toute la période pertinente, les réclamations retenues de Bluberi ont constitué les seuls éléments d’actif garantissant la réclamation de Callidus. Cette dernière n’a rien relevé dans le dossier qui indique que la valeur des réclamations retenues a changé. Si Callidus estimait que les réclamations retenues n’avaient aucune valeur, on se serait attendu à ce qu’elle ait évalué sa sûreté en conséquence avant

such a valuation may well have failed. This would have prevented Callidus from voting as an unsecured creditor, even in the absence of Callidus's improper purpose.

[81] As we have indicated, discretionary decisions attract a highly deferential standard of review. Deference demands that review of a discretionary decision begin with a proper characterization of the basis for the decision. Respectfully, the Court of Appeal failed in this regard. The Court of Appeal seized on the supervising judge's somewhat critical comments relating to Callidus's goal of being released from the Retained Claims and its conduct throughout the proceedings as being incapable of grounding a finding of improper purpose. However, as we have explained, these considerations did not drive the supervising judge's conclusion. His conclusion was squarely based on Callidus' attempt to manipulate the creditors' vote to ensure that its New Plan would succeed where its First Plan had failed (see supervising judge's reasons, at paras. 45-48). We see nothing in the Court of Appeal's reasons that grapples with this decisive impropriety, which goes far beyond a creditor merely acting in its own self-interest.

[82] In sum, we see nothing in the supervising judge's reasons on this point that would justify appellate intervention. Callidus was properly barred from voting on the New Plan.

[83] Before moving on, we note that the Court of Appeal addressed two further issues: whether Callidus is "related" to Bluberi within the meaning of s. 22(3) of the *CCAA*; and whether, if permitted to vote, Callidus should be ordered to vote in a separate class from Bluberi's other creditors (see *CCAA*, s. 22(1) and (2)). Given our conclusion that the supervising judge did not err in barring Callidus from voting on the New Plan on the basis that Callidus was acting for an improper purpose, it is unnecessary to

le vote sur le premier plan, voire même plus tôt. Nous ouvrons une parenthèse pour souligner que, peu importe le moment, la tentative d'évaluer ainsi la sûreté aurait pu fort bien échouer. Cela aurait empêché Callidus de voter à titre de créancier non garanti même si elle ne poursuivait pas de but illégitime.

[81] Comme nous l'avons indiqué, les décisions discrétionnaires appellent une norme de contrôle empreinte d'une grande déférence. La déférence commande que l'examen d'une décision discrétionnaire commence par la qualification appropriée du fondement de la décision. Soit dit en tout respect, la Cour d'appel a échoué à cet égard. La Cour d'appel s'est saisie des commentaires quelque peu critiques formulés par le juge surveillant à l'égard de l'objectif de Callidus d'être libérée des réclamations retenues et de la conduite de celle-ci tout au long des procédures pour affirmer qu'il ne s'agissait pas de considérations pouvant donner lieu à une conclusion de but illégitime. Toutefois, comme nous l'avons expliqué, ce ne sont pas ces considérations qui ont amené le juge surveillant à tirer sa conclusion. Sa conclusion reposait nettement sur la tentative de Callidus de manipuler le vote des créanciers pour faire en sorte que son nouveau plan soit retenu alors que son premier plan ne l'avait pas été (voir les motifs du juge surveillant, par. 45-48). Nous ne voyons rien dans les motifs de la Cour d'appel qui s'attaque à cette irrégularité déterminante, qui va beaucoup plus loin que le simple fait pour un créancier d'agir dans son propre intérêt.

[82] En résumé, nous ne voyons rien dans les motifs du juge surveillant sur ce point qui justifie l'intervention d'une cour d'appel. Callidus a été à juste titre empêchée de voter sur le nouveau plan.

[83] Avant de passer au prochain point, soulignons que la Cour d'appel a abordé deux questions supplémentaires : Callidus est-elle « liée » à Bluberi au sens du par. 22(3) de la *LACC*? Si Callidus est autorisée à voter, convient-il de lui ordonner de voter dans une catégorie distincte des autres créanciers de Bluberi (voir la *LACC*, par. 22(1) et (2))? Vu notre conclusion que le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en interdisant à Callidus de voter sur le nouveau plan au motif qu'elle avait agi dans un but illégitime, il n'est

address either of these issues. However, nothing in our reasons should be read as endorsing the Court of Appeal’s analysis of them.

C. Bluberi’s LFA Should Be Approved as Interim Financing

[84] In our view, the supervising judge made no error in approving the LFA as interim financing pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*. Interim financing is a flexible tool that may take on a range of forms. As we will explain, third party litigation funding may be one such form. Whether third party litigation funding should be approved as interim financing is a case-specific inquiry that should have regard to the text of s. 11.2 and the remedial objectives of the *CCAA* more generally.

(1) Interim Financing and Section 11.2 of the *CCAA*

[85] Interim financing, despite being expressly provided for in s. 11.2 of the *CCAA*, is not defined in the Act. Professor Sarra has described it as “refer[ring] primarily to the working capital that the debtor corporation requires in order to keep operating during restructuring proceedings, as well as to the financing to pay the costs of the workout process” (*Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at p. 197). Interim financing used in this way — sometimes referred to as “debtor-in-possession” financing — protects the going-concern value of the debtor company while it develops a workable solution to its insolvency issues (p. 197; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at paras. 7, 9 and 24; *Boutiques San Francisco Inc. v. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955 (Que. Sup. Ct.), at para. 32). That said, interim financing is not limited to providing debtor companies with immediate operating capital. Consistent with the remedial objectives of the *CCAA*, interim financing

pas nécessaire de se prononcer sur l’une ou l’autre de ces questions. Cependant, rien dans les présents motifs ne doit être interprété comme souscrivant à l’analyse que la Cour d’appel a faite de ces questions.

C. L’AFL de Bluberi devrait être approuvé à titre de financement temporaire

[84] À notre avis, le juge surveillant n’a commis aucune erreur en approuvant l’AFL à titre de financement temporaire en vertu de l’art. 11.2 de la *LACC*. Le financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes. Comme nous l’expliquerons, le financement d’un litige par un tiers peut constituer l’une de ces formes. La question de savoir s’il y a lieu d’approuver le financement d’un litige par un tiers à titre de financement temporaire commande une analyse fondée sur les faits de l’espèce qui doit tenir compte du libellé de l’art. 11.2 et des objectifs réparateurs de la *LACC* de façon plus générale.

(1) Le financement temporaire et l’art. 11.2 de la *LACC*

[85] Bien qu’il soit expressément prévu par l’art. 11.2 de la *LACC*, le financement temporaire n’est pas défini dans la Loi. La professeure Sarra l’a décrit comme [TRADUCTION] « vis[ant] principalement le fonds de roulement dont a besoin la société débitrice pour continuer de fonctionner pendant la restructuration ainsi que les fonds nécessaires pour payer les frais liés au processus de sauvetage » (*Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, p. 197). Utilisé de cette façon, le financement temporaire — parfois appelé financement de [TRADUCTION] « débiteur-exploitant » — protège la valeur d’exploitation de la compagnie débitrice pendant qu’elle met au point une solution viable à ses problèmes d’insolvabilité (p. 197; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 7, 9 et 24; *Boutiques San Francisco Inc. c. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955 (C.S. Qc), par. 32). Cela dit, le financement temporaire ne se limite pas à fournir un fonds de roulement

at its core enables the preservation and realization of the value of a debtor's assets.

[86] Since 2009, s. 11.2(1) of the CCAA has codified a supervising judge's discretion to approve interim financing, and to grant a corresponding security or charge in favour of the lender in the amount the judge considers appropriate:

Interim financing

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 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.

[87] The breadth of a supervising judge's discretion to approve interim financing is apparent from the wording of s. 11.2(1). Aside from the protections regarding notice and pre-filing security, s. 11.2(1) does not mandate any standard form or terms.⁵ It simply provides that the financing must be in an amount that is "appropriate" and "required by the company, having regard to its cash-flow statement".

⁵ A further exception has been codified in the 2019 amendments to the CCAA, which create s. 11.2(5) (see *Budget Implementation Act, 2019, No. 1*, s. 138). This section provides that at the time an initial order is sought, "no order shall be made under subsection [11.2](1) unless the court is also satisfied that the terms of the loan are limited to what is reasonably necessary for the continued operations of the debtor company in the ordinary course of business during that period". This provision does not apply in this case, and the parties have not relied on it. However, it may be that it restricts the ability of supervising judges to approve LFAs as interim financing at the time of granting an Initial Order.

immédiat aux compagnies débitrices. Conformément aux objectifs réparateurs de la LACC, le financement temporaire permet essentiellement de préserver et de réaliser la valeur des éléments d'actif du débiteur.

[86] Depuis 2009, le par. 11.2(1) de la LACC a codifié le pouvoir discrétionnaire du juge surveillant d'approuver le financement temporaire et d'accorder une charge ou une sûreté correspondante, d'un montant qu'il estime indiqué, en faveur du prêteur :

Financement temporaire

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 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.

[87] L'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant d'approuver le financement temporaire ressort du libellé du par. 11.2(1). Abstraction faite des protections concernant le préavis et les sûretés constituées avant le dépôt des procédures, le par. 11.2(1) ne prescrit aucune forme ou condition type⁵. Il prévoit simplement que le financement doit être d'un montant qui est « indiqué » et qui tient compte de « l'état de l'évolution de l'encaisse et des besoins de [la compagnie] ».

⁵ Une autre exception a été codifiée dans les modifications apportées en 2019 à la LACC qui créent le par. 11.2(5) (voir *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2019*, art. 138). Cet article prévoit que, lorsqu'une ordonnance relative à la demande initiale a été demandée, « le tribunal ne rend l'ordonnance visée au paragraphe [11.2](1) que s'il est également convaincu que les modalités du financement temporaire demandé sont limitées à ce qui est normalement nécessaire à la continuation de l'exploitation de la compagnie débitrice dans le cours ordinaire de ses affaires durant cette période ». Cette disposition ne s'applique pas en l'espèce, et les parties ne l'ont pas invoquée. Toutefois, il se peut qu'elle ait pour effet d'empêcher les juges surveillants d'approuver des AFL à titre de financement temporaire au moment où l'ordonnance relative à la demande initiale est rendue.

[88] The supervising judge may also grant the lender a “super-priority charge” that will rank in priority over the claims of any secured creditors, pursuant to s. 11.2(2):

Priority — secured creditors

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

[89] Such charges, also known as “priming liens”, reduce lenders’ risks, thereby incentivizing them to assist insolvent companies (Innovation, Science and Economic Development Canada, *Archived — Bill C-55: clause by clause analysis*, last updated December 29, 2016 (online), cl. 128, s. 11.2; Wood, at p. 387). As a practical matter, these charges are often the only way to encourage this lending. Normally, a lender protects itself against lending risk by taking a security interest in the borrower’s assets. However, debtor companies under CCAA protection will often have pledged all or substantially all of their assets to other creditors. Accordingly, without the benefit of a super-priority charge, an interim financing lender would rank behind those other creditors (McElcheran, at pp. 298-99). Although super-priority charges do subordinate secured creditors’ security positions to the interim financing lender’s — a result that was controversial at common law — Parliament has indicated its general acceptance of the trade-offs associated with these charges by enacting s. 11.2(2) (see M. B. Rotsztain and A. Dostal, “Debtor-In-Possession Financing”, in S. Ben-Ishai and A. Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond* (2007), 227, at pp. 228-29 and 240-50). Indeed, this balance was expressly considered by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce that recommended codifying interim financing in the CCAA (pp. 100-104).

[90] Ultimately, whether proposed interim financing should be approved is a question that the supervising judge is best-placed to answer. The CCAA

[88] Le juge surveillant peut également accorder au prêteur une « charge super prioritaire » qui aura priorité sur toute réclamation des créanciers garantis, en vertu du par. 11.2(2) :

Priorité — créanciers garantis

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

[89] Ces charges, également appelées « superprivilèges », réduisent les risques des prêteurs, les incitant ainsi à aider les compagnies insolubles (Innovation, Sciences et Développement économique Canada, *Archivé — Projet de loi C-55 : analyse article par article*, dernière mise à jour le 29 décembre 2016 (en ligne), cl. 128, art. 11.2; Wood, p. 387). Sur le plan pratique, ces charges constituent souvent le seul moyen d’encourager ce type de prêt. Généralement, le prêteur se protège contre le risque de crédit en prenant une sûreté sur les éléments d’actifs de l’emprunteur. Or, les compagnies débitrices qui sont sous la protection de la LACC ont souvent donné en gage la totalité ou la presque totalité de leurs actifs à d’autres créanciers. En l’absence d’une charge super prioritaire, le prêteur qui accepte d’apporter un financement temporaire prendrait rang derrière les autres créanciers (McElcheran, p. 298-299). Bien que la charge super prioritaire subordonne les sûretés des créanciers garantis à celle du prêteur qui apporte un financement temporaire — un résultat qui a suscité la controverse en common law — le législateur a signifié son acceptation générale des transactions allant de pair avec ces charges en adoptant le par. 11.2(2) (voir M. B. Rotsztain et A. Dostal, « Debtor-In-Possession Financing », dans S. Ben-Ishai et A. Duggan, dir., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law : Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond* (2007), 227, p. 228-229 et 240-250). En effet, cet équilibre a été expressément pris en considération par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, qui a recommandé la codification du financement temporaire dans la LACC (p. 111-115).

[90] Au bout du compte, la question de savoir s’il y a lieu d’approuver le financement temporaire projeté est une question à laquelle le juge surveillant est le

sets out a number of factors that help guide the exercise of this discretion. The inclusion of these factors in s. 11.2 was informed by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce’s view that they would help meet the “fundamental principles” that have guided the development of Canadian insolvency law, including “fairness, predictability and efficiency” (p. 103; see also Innovation, Science and Economic Development Canada, cl. 128, s. 11.2). In deciding whether to grant interim financing, the supervising judge is to consider the following non-exhaustive list of factors:

Factors to be considered

(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.

(CCAA, s. 11.2(4))

[91] Prior to the coming into force of the above provisions in 2009, courts had been using the general discretion conferred by s. 11 to authorize interim financing and associated super-priority charges

mieux placé pour répondre. La LACC énonce un certain nombre de facteurs qui encadrent l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire. L’inclusion de ces facteurs dans le par. 11.2 reposait sur le point de vue du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce selon lequel ils permettraient de respecter les « principes fondamentaux » ayant guidé la conception des lois en matière d’insolvabilité au Canada, notamment « l’équité, la prévisibilité et l’efficience » (p. 115; voir également Innovation, Sciences et Développement économique Canada, cl. 128, art. 11.2). Pour décider s’il y a lieu d’accorder le financement temporaire, le juge surveillant doit prendre en considération les facteurs non exhaustifs suivants :

Facteurs à prendre en considération

(4) Pour décider s’il rend l’ordonnance, le tribunal prend en considération, entre autres, les facteurs suivants :

- 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).

(LACC, par. 11.2(4))

[91] Avant l’entrée en vigueur en 2009 des dispositions susmentionnées, les tribunaux utilisaient le pouvoir discrétionnaire général que confère l’art. 11 pour autoriser le financement temporaire

(*Century Services*, at para. 62). Section 11.2 largely codifies the approaches those courts have taken (Wood, at p. 388; McElcheran, at p. 301). As a result, where appropriate, guidance may be drawn from the pre-codification interim financing jurisprudence.

[92] As with other measures available under the CCAA, interim financing is a flexible tool that may take different forms or attract different considerations in each case. Below, we explain that third party litigation funding may, in appropriate cases, be one such form.

(2) Supervising Judges May Approve Third Party Litigation Funding as Interim Financing

[93] Third party litigation funding generally involves “a third party, otherwise unconnected to the litigation, agree[ing] to pay some or all of a party’s litigation costs, in exchange for a portion of that party’s recovery in damages or costs” (R. K. Agarwal and D. Fenton, “Beyond Access to Justice: Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context” (2017), 59 *Can. Bus. L.J.* 65, at p. 65). Third party litigation funding can take various forms. A common model involves the litigation funder agreeing to pay a plaintiff’s disbursements and indemnify the plaintiff in the event of an adverse cost award in exchange for a share of the proceeds of any successful litigation or settlement (see *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Bayens*).

[94] Outside of the CCAA context, the approval of third party litigation funding agreements has been somewhat controversial. Part of that controversy arises from the potential of these agreements to offend the common law doctrines of champerty and

et la constitution des charges super prioritaires s’y rattachant (*Century Services*, par. 62). L’article 11.2 codifie en grande partie les approches adoptées par ces tribunaux (Wood, p. 388; McElcheran, p. 301). En conséquence, il est possible, le cas échéant, de s’inspirer de la jurisprudence relative au financement temporaire antérieure à la codification.

[92] Comme c’est le cas pour les autres mesures susceptibles d’être prises sous le régime de la LACC, le financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes ou faire intervenir différentes considérations dans chaque cas. Comme nous l’expliquerons plus loin, le financement d’un litige par un tiers peut, dans les cas qui s’y prêtent, constituer l’une de ces formes.

(2) Les juges surveillants peuvent approuver le financement d’un litige par un tiers à titre de financement temporaire

[93] Le financement d’un litige par un tiers met généralement en cause [TRADUCTION] « un tiers, n’ayant par ailleurs aucun lien avec le litige, [qui] accepte de payer une partie ou la totalité des frais de litige d’une partie, en échange d’une portion de la somme recouvrée par cette partie au titre des dommages-intérêts ou des dépens » (R. K. Agarwal et D. Fenton, « Beyond Access to Justice : Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context » (2017), 59 *Rev. can. dr. comm.* 65, p. 65). Le financement d’un litige par un tiers peut revêtir diverses formes. Un modèle courant met en cause un bailleur de fonds de litiges qui s’engage à payer les débours du demandeur et à indemniser ce dernier dans l’éventualité d’une adjudication des dépens défavorable, en échange d’une partie de la somme obtenue dans le cadre d’un procès ou d’un règlement couronné de succès (voir *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Bayens*).

[94] En dehors du cadre de la LACC, l’approbation des accords de financement d’un litige par un tiers a été quelque peu controversée. Une partie de cette controverse découle de la possibilité que ces accords portent atteinte aux doctrines de common

maintenance.⁶ The tort of maintenance prohibits “officious intermeddling with a lawsuit which in no way belongs to one” (L. N. Klar et al., *Remedies in Tort* (loose-leaf), vol. 1, by L. Berry, ed., at p. 14-11, citing *Langtry v. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644 (Ch. Div.), at p. 661). Champerty is a species of maintenance that involves an agreement to share in the proceeds or otherwise profit from a successful suit (*McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193 (Ont. C.A.), at para. 26).

[95] Building on jurisprudence holding that *contingency fee* arrangements are not champertous where they are not motivated by an improper purpose (e.g., *McIntyre Estate*), lower courts have increasingly come to recognize that *litigation funding* agreements are also not *per se* champertous. This development has been focussed within class action proceedings, where it arose as a response to barriers like adverse cost awards, which were stymieing litigants’ access to justice (see *Dugal*, at para. 33; *Marcotte v. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915, at paras. 43-44 (CanLII); *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, at para. 52, aff’d 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739 (Div. Ct.); see also *Stanway v. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192, at para. 13). The jurisprudence on the approval of third party litigation funding agreements in the class action context — and indeed, the parameters of their legality generally — is still evolving, and no party before this Court has invited us to evaluate it.

⁶ The extent of this controversy varies by province. In Ontario, champertous agreements are forbidden by statute (see *An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327). In Quebec, concerns associated with champerty and maintenance do not arise as acutely because champerty and maintenance are not part of the law as such (see *Montgrain v. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; G. Michaud, “New Frontier: The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape” in J. P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018* (2019), 221, at p. 231).

law concernant la champartie (*champerty*) et le soutien abusif (*maintenance*)⁶. Le délit de soutien abusif interdit [TRADUCTION] « l’immixtion trop empressée dans une action avec laquelle on n’a rien à voir » (L. N. Klar et autres, *Remedies in Tort* (feuilles mobiles), vol. 1, par L. Berry, dir., p. 14-11, citant *Langtry c. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644 (Ch. Div.), p. 661). La champartie est une sorte de soutien abusif qui comporte un accord prévoyant le partage de la somme obtenue ou de tout autre profit réalisé dans le cadre d’une action réussie (*McIntyre Estate c. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193 (C.A. Ont.), par. 26).

[95] S’appuyant sur la jurisprudence voulant que les conventions d’honoraires conditionnels ne constituent pas de la champartie lorsqu’elles ne sont pas motivées par un but illégitime (p. ex., *McIntyre Estate*), les tribunaux d’instance inférieure en sont venus progressivement à reconnaître que les accords de *financement d’un litige* ne constituent pas non plus de la champartie *en soi*. Cette évolution s’est opérée surtout dans le contexte des recours collectifs, en réaction aux obstacles, comme les adjudications de dépens défavorables, qui entravaient l’accès des parties à la justice (voir *Dugal*, par. 33; *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915, par. 43-44 (CanLII); *Houle c. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, par. 52, conf. par 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739 (C. div.); voir également *Stanway c. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192, par. 13). La jurisprudence relative à l’approbation des accords de financement de litige par un tiers dans le contexte des recours collectifs — et même les paramètres de leur légalité en général — continue d’évoluer, et aucune des parties au présent pourvoi ne nous a invités à l’analyser.

⁶ L’ampleur de la controverse varie selon les provinces. En Ontario, les accords de champartie sont interdits par la loi (voir *An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327). Au Québec, les questions relatives à la champartie et au soutien abusif ne se posent pas de façon aussi aiguë parce que la champartie et le soutien abusif ne font pas partie du droit comme tel (voir *Montgrain c. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; G. Michaud, « New Frontier : The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvabilité Landscape » dans J. P. Sarra et autres, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2018* (2019), 221, p. 231).

[96] That said, insofar as third party litigation funding agreements are not *per se* illegal, there is no principled basis upon which to restrict supervising judges from approving such agreements as interim financing in appropriate cases. We acknowledge that this funding differs from more common forms of interim financing that are simply designed to help the debtor “keep the lights on” (see *Royal Oak*, at paras. 7 and 24). However, in circumstances like the case at bar, where there is a single litigation asset that could be monetized for the benefit of creditors, the objective of maximizing creditor recovery has taken centre stage. In those circumstances, litigation funding furthers the basic purpose of interim financing: allowing the debtor to realize on the value of its assets.

[97] We conclude that third party litigation funding agreements may be approved as interim financing in CCAA proceedings when the supervising judge determines that doing so would be fair and appropriate, having regard to all the circumstances and the objectives of the Act. This requires consideration of the specific factors set out in s. 11.2(4) of the CCAA. That said, these factors need not be mechanically applied or individually reviewed by the supervising judge. Indeed, not all of them will be significant in every case, nor are they exhaustive. Further guidance may be drawn from other areas in which third party litigation funding agreements have been approved.

[98] The foregoing is consistent with the practice that is already occurring in lower courts. Most notably, in *Crystallex*, the Ontario Court of Appeal approved a third party litigation funding agreement in circumstances substantially similar to the case at bar. *Crystallex* involved a mining company that had the right to develop a large gold deposit in Venezuela. *Crystallex* eventually became insolvent and (similar to *Bluberi*) was left with only a single significant asset: a US\$3.4 billion arbitration claim against Venezuela. After entering CCAA protection,

[96] Cela dit, dans la mesure où les accords de financement de litige par un tiers ne sont pas illégaux *en soi*, il n’y a aucune raison de principe qui permet d’empêcher les juges surveillants d’approuver ce type d’accord à titre de financement temporaire dans les cas qui s’y prêtent. Nous reconnaissons que cette forme de financement diffère des formes plus courantes de financement temporaire qui visent simplement à aider le débiteur à [TRADUCTION] « payer les frais courants » (voir *Royal Oak*, par. 7 et 24). Toutefois, dans des circonstances semblables à celles en l’espèce, lorsqu’il existait un seul élément d’actif susceptible de monétisation au bénéfice des créanciers, l’objectif visant à maximiser le recouvrement des créanciers a occupé le devant de la scène. En pareilles circonstances, le financement de litige favorise la réalisation de l’objectif fondamental du financement temporaire : permettre au débiteur de réaliser la valeur de ses éléments d’actif.

[97] Nous concluons que les accords de financement de litige par un tiers peuvent être approuvés à titre de financement temporaire dans le cadre des procédures fondées sur la LACC lorsque le juge surveillant estime qu’il serait juste et approprié de le faire, compte tenu de l’ensemble des circonstances et des objectifs de la Loi. Cela implique la prise en considération des facteurs précis énoncés au par. 11.2(4) de la LACC. Cela dit, ces facteurs ne doivent pas être appliqués machinalement ou examinés individuellement par le juge surveillant. En effet, ils ne seront pas tous importants dans tous les cas, et ils ne sont pas non plus exhaustifs. Des enseignements supplémentaires peuvent être tirés d’autres domaines où des accords de financement de litige par un tiers ont été approuvés.

[98] Ce qui précède est compatible avec la pratique qui a déjà cours devant les tribunaux d’instance inférieure. Plus particulièrement, dans *Crystallex*, la Cour d’appel de l’Ontario a approuvé un accord de financement de litige par un tiers dans des circonstances très semblables à celles en l’espèce. Cette affaire mettait en cause une société minière ayant le droit d’exploiter un grand gisement d’or au Venezuela. *Crystallex* est finalement devenue insolvable, et (comme *Bluberi*) il ne lui restait plus qu’un seul élément d’actif important : une réclamation

Crystallex sought the approval of a third party litigation funding agreement. The agreement contemplated that the lender would advance substantial funds to finance the arbitration in exchange for, among other things, a percentage of the net proceeds of any award or settlement. The supervising judge approved the agreement as interim financing pursuant to s. 11.2. The Court of Appeal unanimously found no error in the supervising judge's exercise of discretion. It concluded that s. 11.2 "does not restrict the ability of the supervising judge, where appropriate, to approve the grant of a charge securing financing before a plan is approved that may continue after the company emerges from CCAA protection" (para. 68).

[99] A key argument raised by the creditors in *Crystallex* — and one that Callidus and the Creditors' Group have put before us now — was that the litigation funding agreement at issue was a plan of arrangement and not interim financing. This was significant because, if the agreement was in fact a plan, it would have had to be put to a creditors' vote pursuant to ss. 4 and 5 of the CCAA prior to receiving court approval. The court in *Crystallex* rejected this argument, as do we.

[100] There is no definition of plan of arrangement in the CCAA. In fact, the CCAA does not refer to plans at all — it only refers to an "arrangement" or "compromise" (see ss. 4 and 5). The authors of *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* offer the following general definition of these terms, relying on early English case law:

A "compromise" presupposes some dispute about the rights compromised and a settling of that dispute on terms that are satisfactory to the debtor and the creditor. An agreement to accept less than 100¢ on the dollar would be a compromise where the debtor disputes the debt or lacks the means to pay it. "Arrangement" is a broader word

d'arbitrage de 3,4 milliards de dollars américains contre le Venezuela. Après s'être placée sous la protection de la LACC, Crystallex a demandé l'approbation d'un accord de financement de litige par un tiers. L'accord prévoyait que le prêteur avancerait des fonds importants pour financer l'arbitrage en échange, notamment, d'un pourcentage de la somme nette obtenue à la suite d'une sentence ou d'un règlement. Le juge surveillant a approuvé l'accord à titre de financement temporaire en vertu de l'art. 11.2. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que le juge surveillant n'avait commis aucune erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Elle a conclu que l'art. 11.2 [TRADUCTION] « n'empêche pas le juge surveillant d'approuver, s'il y a lieu, avant qu'un plan soit approuvé, l'octroi d'une charge garantissant un financement qui pourra continuer après que la compagnie aura émergé de la protection de la LACC » (par. 68).

[99] Dans *Crystallex*, l'un des principaux arguments soulevés par les créanciers — et l'un de ceux qu'ont soulevés Callidus et le groupe de créanciers dans le présent pourvoi — était que l'accord de financement de litige en cause était un plan d'arrangement et non pas un financement temporaire. Il s'agissait d'un argument important car, si l'accord était en fait un plan, il aurait dû être soumis à un vote des créanciers conformément aux art. 4 et 5 de la LACC avant de recevoir l'aval du tribunal. La cour, dans *Crystallex*, a rejeté cet argument, et nous en faisons autant.

[100] La LACC ne définit pas le plan d'arrangement. En fait, la LACC ne fait aucunement allusion aux plans — elle fait uniquement état d'un « arrangement » ou d'une « transaction » (voir art. 4 et 5). S'appuyant sur l'ancienne jurisprudence anglaise, les auteurs de *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* proposent la définition générale suivante de ces termes :

[TRADUCTION] La « transaction » suppose d'emblée l'existence d'un différend au sujet des droits visés par la transaction et d'un règlement de ce différend selon des conditions jugées satisfaisantes par le débiteur et le créancier. L'accord visant à accepter une somme inférieure à 100 ¢ par dollar constituerait une transaction lorsque

than “compromise” and is not limited to something analogous to a compromise. It would include any scheme for reorganizing the affairs of the debtor: *Re Guardian Assur. Co.*, [1917] 1 Ch. 431, 61 Sol. Jo 232, [1917] H.B.R. 113 (C.A.); *Re Refund of Dues under Timber Regulations*, [1935] A.C. 185 (P.C.).

(Houlden, Morawetz and Sarra, at §33)

[101] The apparent breadth of these terms notwithstanding, they do have some limits. More recent jurisprudence suggests that they require, at minimum, some compromise of creditors’ rights. For example, in *Crystallex* the litigation funding agreement at issue (known as the Tenor DIP facility) was held not to be a plan of arrangement because it did not “compromise the terms of [the creditors’] indebtedness or take away . . . their legal rights” (para. 93). The Court of Appeal adopted the following reasoning from the lower court’s decision, with which we substantially agree:

A “plan of arrangement” or a “compromise” is not defined in the CCAA. It is, however, to be an arrangement or compromise between a debtor and its creditors. The Tenor DIP facility is not on its face such an arrangement or compromise between *Crystallex* and its creditors. Importantly the rights of the noteholders are not taken away from them by the Tenor DIP facility. The noteholders are unsecured creditors. Their rights are to sue to judgment and enforce the judgment. If not paid, they have a right to apply for a bankruptcy order under the BIA. Under the CCAA, they have the right to vote on a plan of arrangement or compromise. None of these rights are taken away by the Tenor DIP.

(*Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169, at para. 50)

[102] Setting out an exhaustive definition of plan of arrangement or compromise is unnecessary to resolve these appeals. For our purposes, it is sufficient to conclude that plans of arrangement require at least

le débiteur conteste la dette ou n’a pas les moyens de la payer. Le mot « arrangement » a un sens plus large que le mot « transaction » et ne se limite pas à quelque chose qui ressemble à une transaction. Il viserait tout plan de réorganisation des affaires du débiteur : *Re Guardian Assur. Co.*, [1917] 1 Ch. 431, 61 Sol. Jo 232, [1917] H.B.R. 113 (C.A.); *Re Refund of Dues under Timber Regulations*, [1935] A.C. 185 (C.P.).

(Houlden, Morawetz et Sarra, §33)

[101] Malgré leur vaste portée apparente, ces termes connaissent quand même certaines limites. Selon une jurisprudence plus récente, ils exigeraient, à tout le moins, une certaine transaction à l’égard des droits des créanciers. Dans *Crystallex*, par exemple, on a conclu que l’accord de financement de litige en cause (également appelé [TRADUCTION] « facilité de DE Tenor ») ne constituait pas un plan d’arrangement parce qu’il ne comportait pas [TRADUCTION] « une transaction visant les conditions [des] dettes envers [des créanciers] ni ne [. . .] privait [ceux-ci] de [. . .] leurs droits reconnus par la loi » (par. 93). La Cour d’appel a fait sien le raisonnement suivant du tribunal de première instance, auquel nous souscrivons pour l’essentiel :

[TRADUCTION] Le « plan d’arrangement » et la « transaction » ne sont pas définis dans la LACC. Il doit toutefois s’agir d’un arrangement ou d’une transaction entre un débiteur et ses créanciers. La facilité de DE Tenor ne constitue pas, à première vue, un arrangement ou une transaction entre *Crystallex* et ses créanciers. Fait important, les détenteurs de billets ne sont pas privés de leurs droits par la facilité de DE Tenor. Les détenteurs de billets sont des créanciers non garantis. Leurs droits se résument à poursuivre en vue d’obtenir un jugement et à faire exécuter ce jugement. S’ils ne sont pas payés, ils ont le droit de demander une ordonnance de faillite en vertu de la LFI. Sous le régime de la LACC, ils ont le droit de voter sur un plan d’arrangement ou une transaction. La facilité de DE Tenor ne les prive d’aucun de ces droits.

(*Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169, par. 50)

[102] Il n’est pas nécessaire de définir exhaustivement les notions de plan d’arrangement ou de transaction pour trancher les présents pourvois. Il suffit de conclure que les plans d’arrangement doivent au

some compromise of creditors' rights. It follows that a third party litigation funding agreement aimed at extending financing to a debtor company to realize on the value of a litigation asset does not necessarily constitute a plan of arrangement. We would leave it to supervising judges to determine whether, in the particular circumstances of the case before them, a particular third party litigation funding agreement contains terms that effectively convert it into a plan of arrangement. So long as the agreement does not contain such terms, it may be approved as interim financing pursuant to s. 11.2 of the CCAA.

[103] We add that there may be circumstances in which a third party litigation funding agreement may contain or incorporate a plan of arrangement (e.g., if it contemplates a plan for distribution of litigation proceeds among creditors). Alternatively, a supervising judge may determine that, despite an agreement itself not being a plan of arrangement, it should be packaged with a plan and submitted to a creditors' vote. That said, we repeat that third party litigation funding agreements are not necessarily, or even generally, plans of arrangement.

[104] None of the foregoing is seriously contested before us. The parties essentially agree that third party litigation funding agreements *can* be approved as interim financing. The dispute between them focusses on whether the supervising judge erred in exercising his discretion to approve the LFA in the absence of a vote of the creditors, either because it was a plan of arrangement or because it should have been accompanied by a plan of arrangement. We turn to these issues now.

(3) The Supervising Judge Did Not Err in Approving the LFA

[105] In our view, there is no basis upon which to interfere with the supervising judge's exercise of his discretion to approve the LFA as interim financing.

moins comporter une certaine transaction à l'égard des droits des créanciers. Il s'ensuit que l'accord de financement de litige par un tiers visant à apporter un financement à la compagnie débitrice pour réaliser la valeur d'un élément d'actif ne constitue pas nécessairement un plan d'arrangement. Nous sommes d'avis de laisser aux juges surveillants le soin de déterminer si, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire dont ils sont saisis, l'accord de financement de litige par un tiers comporte des conditions qui le convertissent effectivement en plan d'arrangement. Si l'accord ne comporte pas de telles conditions, il peut être approuvé à titre de financement temporaire en vertu de l'art. 11.2 de la LACC.

[103] Ajoutons que, dans certaines circonstances, l'accord de financement de litige par un tiers peut contenir ou incorporer un plan d'arrangement (p. ex., s'il contient un plan prévoyant la distribution aux créanciers des sommes obtenues dans le cadre du litige). Subsidiairement, le juge surveillant peut décider que, bien que l'accord lui-même ne constitue pas un plan d'arrangement, il y a lieu de l'accompagner d'un plan et de le soumettre à un vote des créanciers. Cela dit, nous le répétons, les accords de financement de litige par un tiers ne constituent pas nécessairement, ni même généralement, des plans d'arrangement.

[104] Rien de ce qui précède n'est sérieusement contesté en l'espèce. Les parties s'entendent essentiellement pour dire que les accords de financement de litige par un tiers *peuvent* être approuvés à titre de financement temporaire. Le différend qui les oppose porte sur la question de savoir si le juge surveillant a commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'AFL en l'absence d'un vote des créanciers, soit parce qu'il constituait un plan d'arrangement, soit parce qu'il aurait dû être accompagné d'un plan d'arrangement. Nous abordons maintenant cette question.

(3) Le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en approuvant l'AFL

[105] À notre avis, il n'y a aucune raison d'intervenir dans l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'AFL à titre de

The supervising judge considered the LFA to be fair and reasonable, drawing guidance from the principles relevant to approving similar agreements in the class action context (para. 74, citing *Bayens*, at para. 41; *Hayes*, at para. 4). In particular, he canvassed the terms upon which Bentham and Bluberi's lawyers would be paid in the event the litigation was successful, the risks they were taking by investing in the litigation, and the extent of Bentham's control over the litigation going forward (paras. 79 and 81). The supervising judge also considered the unique objectives of CCAA proceedings in distinguishing the LFA from ostensibly similar agreements that had not received approval in the class action context (paras. 81-82, distinguishing *Houle*). His consideration of those objectives is also apparent from his reliance on *Crystallex*, which, as we have explained, involved the approval of interim financing in circumstances substantially similar to the case at bar (see paras. 67 and 71). We see no error in principle or unreasonableness to this approach.

[106] While the supervising judge did not canvass each of the factors set out in s. 11.2(4) of the CCAA individually before reaching his conclusion, this was not itself an error. A review of the supervising judge's reasons as a whole, combined with a recognition of his manifest experience with Bluberi's CCAA proceedings, leads us to conclude that the factors listed in s. 11.2(4) concern matters that could not have escaped his attention and due consideration. It bears repeating that, at the time of his decision, the supervising judge had been seized of these proceedings for well over two years and had the benefit of the Monitor's assistance. With respect to each of the s. 11.2(4) factors, we note that:

- the judge's supervisory role would have made him aware of the potential length of Bluberi's CCAA proceedings and the extent of creditor support for Bluberi's management (s. 11.2(4)(a) and (c)), though we observe that these factors

financement temporaire. Se fondant sur les principes applicables à l'approbation d'accords semblables dans le contexte des recours collectifs (par. 74, citant *Bayens*, par. 41; *Hayes*, par. 4), le juge surveillant a estimé que l'AFL était juste et raisonnable. Plus particulièrement, il a examiné soigneusement les conditions selon lesquelles les avocats de Bentham et de Bluberi seraient payés si le litige était couronné de succès, les risques qu'ils prenaient en investissant dans le litige et l'étendue du contrôle qu'exercerait désormais Bentham sur le litige (par. 79 et 81). Le juge surveillant a également pris en compte les objectifs uniques des procédures fondées sur la LACC en établissant une distinction entre l'AFL et des accords apparemment semblables qui n'avaient pas été approuvés dans le contexte des recours collectifs (par. 81-82, établissant une distinction avec l'affaire *Houle*). Sa prise en compte de ces objectifs ressort également du fait qu'il s'est fondé sur *Crystallex*, qui, comme nous l'avons expliqué, portait sur l'approbation d'un financement temporaire dans des circonstances très semblables à celles en l'espèce (voir par. 67 et 71). Nous ne voyons aucune erreur de principe ni rien de déraisonnable dans cette approche.

[106] Certes, le juge surveillant n'a pas examiné à fond chacun des facteurs énoncés au par. 11.2(4) de la LACC de façon individuelle avant de tirer sa conclusion, mais cela ne constituait pas une erreur en soi. L'examen des motifs du juge surveillant dans leur ensemble, conjugué à la reconnaissance de son expérience évidente des procédures intentées par Bluberi sous le régime de la LACC, nous mène à conclure que les facteurs énumérés au par. 11.2(4) concernent des questions qui n'auraient pu échapper à son attention et à son examen adéquat. Il convient de rappeler qu'au moment où il a rendu sa décision, le juge surveillant était saisi des procédures en question depuis plus de deux ans et avait pu bénéficier de l'aide du contrôleur. En ce qui a trait à chacun des facteurs énoncés au par. 11.2(4), nous soulignons ce qui suit :

- le rôle de surveillance du juge lui aurait permis de connaître la durée prévue des procédures intentées par Bluberi sous le régime de la LACC ainsi que la mesure dans laquelle les dirigeants de Bluberi bénéficiaient du soutien des créanciers

appear to be less significant than the others in the context of this particular case (see para. 96);

- the LFA itself explains “how the company’s business and financial affairs are to be managed during the proceedings” (s. 11.2(4)(b));
- the supervising judge was of the view that the LFA would enhance the prospect of a viable plan, as he accepted (1) that Bluberi intended to submit a plan and (2) Bluberi’s submission that approval of the LFA would assist it in finalizing a plan “with a view towards achieving maximum realization” of its assets (para. 68, citing 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.’s application, at para. 99; s. 11.2(4)(d));
- the supervising judge was apprised of the “nature and value” of Bluberi’s property, which was clearly limited to the Retained Claims (s. 11.2(4)(e));
- the supervising judge implicitly concluded that the creditors would not be materially prejudiced by the Litigation Financing Charge, as he stated that “[c]onsidering the results of the vote [on the First Plan], and given the particular circumstances of this matter, the only potential recovery lies with the lawsuit that the Debtors will launch” (para. 91 (emphasis added); s. 11.2(4)(f)); and
- the supervising judge was also well aware of the Monitor’s reports, and drew from the most recent report at various points in his reasons (see, e.g., paras. 64-65 and fn. 1; s. 11.2(4)(g)). It is worth noting that the Monitor supported approving the LFA as interim financing.

[107] In our view, it is apparent that the supervising judge was focussed on the fairness at stake to all parties, the specific objectives of the CCAA, and the particular circumstances of this case when he approved the LFA as interim financing. We cannot say that he erred in the exercise of his discretion.

(al. 11.2(4)a et c)), mais nous constatons que ces facteurs semblent revêtir beaucoup moins d’importance que les autres dans le contexte de la présente affaire (voir par. 96);

- l’AFL lui-même indique « la façon dont les affaires financières et autres de la compagnie seront gérées au cours de ces procédures » (al. 11.2(4)b));
- le juge surveillant était d’avis que l’AFL favoriserait la conclusion d’un plan viable, car il a accepté (1) le fait que Bluberi avait l’intention de présenter un plan et (2) l’argument de Bluberi selon lequel l’approbation de l’AFL l’aiderait à conclure un plan [TRADUCTION] « visant à atteindre une réalisation maximale » de ses éléments d’actif (par. 68, citant la demande de 9354-9186 Québec inc. et de 9354-9178 Québec inc., par. 99; al. 11.2(4)d));
- le juge surveillant était au courant de la « nature et [de] la valeur » des biens de Bluberi, qui se limitaient clairement aux réclamations retenues (al. 11.2(4)e));
- le juge surveillant a conclu implicitement que la charge relative au financement de litige ne causerait pas un préjudice sérieux aux créanciers, car il a affirmé que [TRADUCTION] « [c]ompte tenu du résultat du vote [sur le premier plan] et des circonstances particulières de la présente affaire, la seule possibilité de recouvrement réside dans l’action que vont tenter les débiteurs » (par. 91 (nous soulignons); al. 11.2(4)f));
- le juge surveillant était aussi bien au fait des rapports du contrôleur, et s’est appuyé sur le plus récent d’entre eux à divers endroits dans ses motifs (voir, p. ex., par. 64-65 et note 1; al. 11.2(4)g)). Il convient de souligner que le contrôleur appuyait l’approbation de l’AFL à titre de financement temporaire.

[107] À notre avis, il est manifeste que le juge surveillant a mis l’accent sur l’équité envers toutes les parties, les objectifs précis de la LACC et les circonstances particulières de la présente affaire lorsqu’il a approuvé l’AFL à titre de financement temporaire. Nous ne pouvons affirmer qu’il a commis une erreur

Although we are unsure whether the LFA was as favourable to Bluberi’s creditors as it might have been — to some extent, it does prioritize Bentham’s recovery over theirs — we nonetheless defer to the supervising judge’s exercise of discretion.

[108] To the extent the Court of Appeal held otherwise, we respectfully do not agree. Generally speaking, our view is that the Court of Appeal again failed to afford the supervising judge the necessary deference. More specifically, we wish to comment on three of the purported errors in the supervising judge’s decision that the Court of Appeal identified.

[109] First, it follows from our conclusion that LFAs can constitute interim financing that the Court of Appeal was incorrect to hold that approving the LFA as interim financing “transcended the nature of such financing” (para. 78).

[110] Second, in our view, the Court of Appeal was wrong to conclude that the LFA was a plan of arrangement, and that *Crystallex* was distinguishable on its facts. The Court of Appeal held that the LFA and associated super-priority Litigation Financing Charge formed a plan because they subordinated the rights of Bluberi’s creditors to those of Bentham.

[111] We agree with the supervising judge that the LFA is not a plan of arrangement because it does not propose any compromise of the creditors’ rights. To borrow from the Court of Appeal in *Crystallex*, Bluberi’s litigation claim is akin to a “pot of gold” (para. 4). Plans of arrangement determine how to distribute that pot. They do not generally determine what a debtor company should do to fill it. The fact that the creditors may walk away with more or less money at the end of the day does not change the nature or existence of their rights to access the pot once it is filled, nor can it be said to “compromise” those rights. When the “pot of gold” is secure — that

dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Nous ne savons pas avec certitude si l’AFL était aussi favorable aux créanciers de Bluberi qu’il aurait pu l’être — dans une certaine mesure, il donne priorité au recouvrement de Bentham sur le leur — mais nous nous en remettons néanmoins à l’exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire.

[108] Dans la mesure où la Cour d’appel a conclu le contraire, en toute déférence, nous ne sommes pas d’accord. De façon générale, nous estimons que la Cour d’appel a encore une fois omis de faire preuve de la déférence nécessaire à l’égard du juge surveillant. Plus particulièrement, nous souhaitons faire des observations sur trois des erreurs qu’aurait décelées la Cour d’appel dans la décision du juge surveillant.

[109] Premièrement, il découle de notre conclusion selon laquelle les AFL peuvent constituer un financement temporaire que la Cour d’appel a eu tort de conclure que l’approbation de l’AFL à titre de financement temporaire [TRADUCTION] « transcendait la nature de ce type de financement » (par. 78).

[110] Deuxièmement, à notre avis, la Cour d’appel a eu tort de conclure que l’AFL était un plan d’arrangement, et qu’il était possible d’établir une distinction entre l’espèce et les faits de l’affaire *Crystallex*. La Cour d’appel a conclu que l’AFL et la charge relative au financement de litige super prioritaire s’y rattachant constituaient un plan parce qu’ils subordonnaient les droits des créanciers de Bluberi à ceux de Bentham.

[111] Nous souscrivons à l’opinion du juge surveillant selon laquelle l’AFL ne constitue pas un plan d’arrangement parce qu’il ne propose aucune transaction visant les droits des créanciers. Pour reprendre la formule qu’a employée la Cour d’appel dans *Crystallex*, la réclamation de Bluberi s’apparente à une [TRADUCTION] « marmite d’or » (par. 4). Les plans d’arrangement établissent la façon dont le contenu de cette marmite sera distribué. Ils n’indiquent généralement pas ce que la compagnie débitrice devra faire pour la remplir. Le fait que les créanciers puissent en fin de compte remporter plus ou moins d’argent ne modifie en rien la nature ou

is, in the event of any litigation or settlement — the net funds will be distributed to the creditors. Here, if the Retained Claims generate funds in excess of Bluberi’s total liabilities, the creditors will be paid in full; if there is a shortfall, a plan of arrangement or compromise will determine how the funds are distributed. Bluberi has committed to proposing such a plan (see supervising judge’s reasons, at para. 68, distinguishing *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577).

[112] This is the very same conclusion that was reached in *Crystallex* in similar circumstances:

The facts of this case are unusual: there is a single “pot of gold” asset which, if realized, will provide significantly more than required to repay the creditors. The supervising judge was in the best position to balance the interests of all stakeholders. I am of the view that the supervising judge’s exercise of discretion in approving the Tenor DIP Loan was reasonable and appropriate, despite having the effect of constraining the negotiating position of the creditors.

...

... While the approval of the Tenor DIP Loan affected the Noteholders’ leverage in negotiating a plan, and has made the negotiation of a plan more complex, it did not compromise the terms of their indebtedness or take away any of their legal rights. It is accordingly not an arrangement, and a creditor vote was not required. [paras. 82 and 93]

[113] We disagree with the Court of Appeal that *Crystallex* should be distinguished on the basis that it involved a single option for creditor recovery (i.e., the arbitration) while this case involves two (i.e., litigation of the Retained Claims and Callidus’s New

l’existence de leurs droits d’avoir accès à la marmite une fois qu’elle est remplie, pas plus qu’on ne saurait dire qu’il s’agit d’une « transaction » à l’égard de leurs droits. Lorsque la « marmite d’or » aura été obtenue — c’est-à-dire dans l’éventualité d’une action ou d’un règlement — les sommes nettes seront distribuées aux créanciers. En l’espèce, si les réclamations retenues permettent de recouvrer des sommes qui dépassent le total des dettes de Bluberi, les créanciers seront payés en entier; si les sommes sont insuffisantes, un plan d’arrangement ou une transaction établira la façon dont les sommes seront distribuées. Bluberi s’est engagée à proposer un tel plan (voir les motifs du juge surveillant, par. 68, établissant une distinction avec *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577).

[112] C’est exactement la même conclusion qui a été tirée dans *Crystallex* dans des circonstances semblables :

[TRADUCTION] Les faits de l’espèce sont inhabituels : la « marmite d’or » ne contient qu’un seul élément d’actif qui, s’il est réalisé, rapportera beaucoup plus que ce qui est nécessaire pour rembourser les créanciers. Le juge surveillant était le mieux placé pour établir un équilibre entre les intérêts de toutes les parties intéressées. J’estime que l’exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d’approuver le prêt de DE Tenor était raisonnable et approprié, bien qu’il ait eu pour effet de limiter la position de négociation des créanciers.

...

... L’approbation du prêt de DE Tenor a certes amoindri l’influence que pouvaient exercer les détenteurs de billets lors de la négociation d’un plan, et rendu plus complexe la négociation d’un plan, mais ce prêt ne constituait pas une transaction visant les conditions de leurs dettes ni ne les privait de l’un de leurs droits reconnus par la loi. Il ne s’agit donc pas d’un arrangement, et un vote des créanciers n’était pas nécessaire. [par. 82 et 93]

[113] Nous ne souscrivons pas à l’opinion de la Cour d’appel selon laquelle il y a lieu d’établir une distinction avec *Crystallex* parce que, dans cette affaire, les créanciers disposaient d’un seul moyen de recouvrement (c.-à-d. l’arbitrage) tandis que, dans la

Plan). Given the supervising judge’s conclusion that Callidus could not vote on the New Plan, that plan was not a viable alternative to the LFA. This left the LFA and litigation of the Retained Claims as the “only potential recovery” for Bluberi’s creditors (supervising judge’s reasons, at para. 91). Perhaps more significantly, even if there were multiple options for creditor recovery in either *Crystallex* or this case, the mere presence of those options would not necessarily have changed the character of the third party litigation funding agreements at issue or converted them into plans of arrangement. The question for the supervising judge in each case is whether the agreement before them ought to be approved as interim financing. While other options for creditor recovery may be relevant to that discretionary decision, they are not determinative.

[114] We add that the Litigation Financing Charge does not convert the LFA into a plan of arrangement by “subordinat[ing]” creditors’ rights (C.A. reasons, at para. 90). We accept that this charge would have the effect of placing secured creditors like Callidus behind in priority to Bentham. However, this result is expressly provided for in s. 11.2 of the *CCAA*. This “subordination” does not convert statutorily authorized interim financing into a plan of arrangement. Accepting this interpretation would effectively extinguish the supervising judge’s authority to approve these charges without a creditors’ vote pursuant to s. 11.2(2).

[115] Third, we are of the view that the Court of Appeal was wrong to decide that the supervising judge should have submitted the LFA together with a plan to the creditors for their approval (para. 89). As we have indicated, whether to insist that a debtor package their third party litigation funding agreement

présente affaire, il y en a deux (c.-à-d. l’introduction d’une action à l’égard des réclamations retenues et le nouveau plan de Callidus). Étant donné que le juge surveillant avait conclu que Callidus ne pouvait pas voter sur le nouveau plan, ce plan ne constituait pas une solution de rechange viable à l’AFL. La [TRADUCTION] « seule possibilité de recouvrement » qui s’offrait aux créanciers de Bluberi résidait donc dans l’AFL et l’introduction d’une action à l’égard des réclamations retenues (motifs du juge surveillant, par. 91). Fait peut-être plus important, même si les créanciers avaient disposé de plusieurs moyens de recouvrement, tant dans l’affaire *Crystallex* que dans la présente affaire, la simple existence de ces moyens n’aurait pas nécessairement modifié la nature des accords de financement de litige par un tiers en cause ni n’aurait eu pour effet de les convertir en plans d’arrangement. La question que doit se poser le juge surveillant dans chaque affaire est de savoir si l’accord qui lui est soumis doit être approuvé à titre de financement temporaire. Certes, les autres moyens de recouvrement dont disposent les créanciers peuvent entrer en ligne de compte dans la prise de cette décision discrétionnaire, mais ils ne sont pas déterminants.

[114] Ajoutons que la charge relative au financement de litige ne convertit pas l’AFL en plan d’arrangement en [TRADUCTION] « subordonn[ant] » les droits des créanciers (motifs de la Cour d’appel, par. 90). Nous reconnaissons que cette charge aurait pour effet de placer les créanciers garantis comme Callidus derrière Bentham dans l’ordre de priorité, mais ce résultat est expressément prévu par l’art. 11.2 de la *LACC*. Cette « subordination » ne convertit pas le financement temporaire autorisé par la loi en plan d’arrangement. Retenir cette interprétation aurait pour effet d’annihiler le pouvoir du juge surveillant d’approuver ces charges sans un vote des créanciers en vertu du par. 11.2(2).

[115] Troisièmement, nous estimons que la Cour d’appel a eu tort de conclure que le juge surveillant aurait dû soumettre l’AFL accompagné d’un plan à l’approbation des créanciers (par. 89). Comme nous l’avons indiqué, la décision d’exiger que le débiteur accompagne d’un plan son accord de financement

with a plan is a discretionary decision for the supervising judge to make.

[116] Finally, at the appellants' insistence, we point out that the Court of Appeal's suggestion that the LFA is somehow "akin to an equity investment" was unhelpful and potentially confusing (para. 90). That said, this characterization was clearly *obiter dictum*. To the extent that the Court of Appeal relied on it as support for the conclusion that the LFA was a plan of arrangement, we have already explained why we believe the Court of Appeal was mistaken on this point.

VI. Conclusion

[117] For these reasons, at the conclusion of the hearing we allowed these appeals and reinstated the supervising judge's order. Costs were awarded to the appellants in this Court and the Court of Appeal.

Appeals allowed with costs in the Court and in the Court of Appeal.

Solicitors for the appellants/intervenors 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the appellants/intervenors IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway Limited) and Bentham IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital (Canada) Limited): Woods, Montréal.

Solicitors for the respondent Callidus Capital Corporation: Gowling WLG (Canada), Montréal.

Solicitors for the respondents International Game Technology, Deloitte LLP, Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx and François Pelletier: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the intervenor Ernst & Young Inc.: Stikeman Elliott, Montréal.

de litige par un tiers est une décision discrétionnaire qui appartient au juge surveillant.

[116] Enfin, sur les instances des appelantes, nous soulignons que l'affirmation de la Cour d'appel selon laquelle l'AFL [TRADUCTION] « s'apparente [en quelque sorte] à un placement à échéance non déterminée » était inutile et pouvait prêter à confusion (par. 90). Cela dit, il s'agissait manifestement d'une remarque incidente. Dans la mesure où la Cour d'appel s'est fondée sur cette qualification pour conclure que l'AFL constituait un plan d'arrangement, nous avons déjà expliqué pourquoi nous croyons que la Cour d'appel a fait erreur sur ce point.

VI. Conclusion

[117] Pour ces motifs, à l'issue de l'audience, nous avons accueilli les pourvois et rétabli l'ordonnance du juge surveillant. Les dépens devant notre Cour et la Cour d'appel ont été adjugés aux appelantes.

Pourvois accueillis avec dépens devant la Cour et la Cour d'appel.

Procureurs des appelantes/intervenantes 9354-9186 Québec inc. et 9354-9178 Québec inc. : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs des appelantes/intervenantes IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom d'Omni Bridgeway Limited) et Corporation Bentham IMF Capital (maintenant connue sous le nom de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada)) : Woods, Montréal.

Procureurs de l'intimée Callidus Capital Corporation : Gowling WLG (Canada), Montréal.

Procureurs des intimés International Game Technology, Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx et François Pelletier : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Ernst & Young Inc. : Stikeman Elliott, Montréal.

Solicitors for the interveners the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs des intervenants l'Institut d'insolvabilité du Canada et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Her Majesty The Queen in Right of Canada
Appellant

v.

**Canada North Group Inc.,
Canada North Camps Inc.,
Campcorp Structures Ltd.,
DJ Catering Ltd.,
816956 Alberta Ltd.,
1371047 Alberta Ltd.,
1919209 Alberta Ltd.,
Ernst & Young Inc. in its capacity as
monitor and
Business Development Bank of Canada**
Respondents

and

**Insolvency Institute of Canada and
Canadian Association of Insolvency and
Restructuring Professionals** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADA v. CANADA NORTH
GROUP INC.**

2021 SCC 30

File No.: 38871.

2020: December 1; 2021: July 28.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and
Kasirer JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF
ALBERTA**

Bankruptcy and insolvency — Priority — Source deductions — Priming charges — Employee source deductions not remitted to Crown by companies in receivership — Judge supervising restructuring proceedings under Companies' Creditors Arrangement Act ordering priming charges over debtor companies' assets in favour of interim lender, monitor and directors — Order giving priority to priming charges over claims of secured creditors and providing that they are not to be limited or impaired in any way by provisions of any federal or

Sa Majesté la Reine du chef du Canada
Appelante

c.

**Canada North Group Inc.,
Canada North Camps Inc.,
Campcorp Structures Ltd.,
DJ Catering Ltd.,
816956 Alberta Ltd.,
1371047 Alberta Ltd.,
1919209 Alberta Ltd.,
Ernst & Young Inc. en sa qualité de
contrôleur et
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

**RÉPERTORIÉ : 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 surveiller la procédure de restructuration intentée sous le régime de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies ordonnant que les actifs des compagnies soient grevés de charges super prioritaires en faveur du prêteur temporaire, du contrôleur et des administrateurs — Ordonnance accordant aux charges super

provincial statute — Property of debtor companies subject to deemed trust in favour of Crown for unremitted source deductions under Income Tax Act — Whether court has authority to rank priming charges ahead of Crown’s deemed trust for unremitted source deductions — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 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, plaidant 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 dérogoratoire 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 assujétiées 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; *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 Métallous*, 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^o 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.
- Penner, J. E. « The (True) Nature of a Beneficiary’s Equitable Proprietary Interest under a Trust » (2014), 27 *Can. J.L. & Jur.* 473.
- Prévost, Alain. « Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite? » (2016), 75 *R. du B.* 23.
- Salembier, Paul. *Legal and Legislative Drafting*, 2nd ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2013.
- Sarra, Janis P., Geoffrey B. Morawetz and L. W. Houlden. *The 2020-2021 Annotated Bankruptcy And Insolvency Act*, Toronto, Thomson Reuters, 2020.
- Simard, Roger P. « Priorités et droits spéciaux de la couronne », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Sûretés*, vol. 1, par Pierre-Claude Lafond, dir., Montréal, LexisNexis, 2011, fascicule 4 (feuilles mobiles mises à jour novembre 2020, envoi n° 17).
- Smith, Lionel D. *The Law of Tracing*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- Smith, Lionel D. « Trust and Patrimony » (2008), 38 *R.G.D.* 379.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Waters, D. W. M. « The Nature of the Trust Beneficiary’s Interest » (1967), 45 *R. du B. can.* 219.
- Waters’ Law of Trusts in Canada*, 4th ed., by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen, and Lionel D. Smith, Toronto, Carswell, 2012.
- Wood, Roderick J. « Irresistible Force Meets Immovable Object : *Canada v. Canada North Group Inc.* » (2020), 63 *Rev. can. dr. comm.* 85.
- Wood, Roderick J. « The Floating Charge in Canada » (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191.
- Wood, Roderick J., and Rick T. G. Reeson. « The Continuing Saga of the Statutory Deemed Trust : *Royal Bank v. Tuxedo Transportation Ltd.* » (2000), 15 *B.F.L.R.* 515.
- Ziegel, Jacob S. « Crown Priorities, Deemed Trusts and Floating Charges : *First Vancouver Finance v. Minister of National Revenue* » (2004), 45 *C.B.R.* (4th) 244.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Rowbotham, Wakeling and Schutz J.J.A.), 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29, 437 D.L.R. (4th) 122, 72 C.B.R. (6th) 161, 95 B.L.R. (5th) 222, [2019] 12 W.W.R. 635, 11 P.P.S.A.C. (4th) 157, 2019 D.T.C. 5111, [2019] A.J. No. 1154 (QL), 2019 CarswellAlta 1815 (WL Can.), affirming a decision of Topolniski J., 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103, 52 C.B.R. (6th) 308, [2018] 2 W.W.R. 731, [2017] A.J. No. 930 (QL), 2017 CarswellAlta 1631

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Rowbotham, Wakeling et Schutz), 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29, 437 D.L.R. (4th) 122, 72 C.B.R. (6th) 161, 95 B.L.R. (5th) 222, [2019] 12 W.W.R. 635, 11 P.P.S.A.C. (4th) 157, 2019 D.T.C. 5111, [2019] A.J. No. 1154 (QL), 2019 CarswellAlta 1815 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Topolniski, 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103, 52 C.B.R. (6th) 308, [2018] 2 W.W.R. 731, [2017] A.J. No. 930 (QL),

(WL Can.). Appeal dismissed, Abella, Moldaver, Brown and Rowe JJ. dissenting.

Michael Taylor and Louis L'Heureux, for the appellant.

Darren R. Bieganek, Q.C., and *Brad Angove*, for the respondents Canada North Group Inc., Canada North Camps Inc., Campcorp Structures Ltd., DJ Catering Ltd., 816956 Alberta Ltd., 1371047 Alberta Ltd., 1919209 Alberta Ltd. and Ernst & Young Inc. in its capacity as monitor.

Jeffrey Oliver and Mary I. A. Buttery, Q.C., for the respondent the Business Development Bank of Canada.

Kelly J. Bourassa, for the 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 insolubles dont le passif excède cinq millions de dollars la possibilité de restructurer leurs affaires au moyen d'un plan d'arrangement. Le processus qu'elle prévoit a pour but d'éviter la faillite et de maximiser la valeur pour toutes les parties prenantes.

[2] Afin de faciliter le processus de restructuration, les tribunaux chargés de le surveiller peuvent autoriser

authorize an insolvent company to incur certain critical costs associated with this process. Supervising courts may also secure payment of these costs by ordering a super-priority charge against the insolvent company's assets. Today, our Court is called upon to determine whether a supervising court may order super-priority charges over assets that are subject to a claim of Her Majesty protected by a deemed trust created by s. 227(4.1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("*ITA*").

[3] The Crown raises two arguments as to why a supervising court should be unable to subordinate Her Majesty's interest to super-priority charges. First, the Crown says that s. 227(4.1) creates a proprietary interest in a debtor's assets and a court cannot attach a super-priority charge to assets subject to Her Majesty's interest. Second, the Crown says that even if s. 227(4.1) does not create a proprietary interest, it creates a security interest that has statutory priority over all other security interests, including super-priority charges.

[4] Both of these arguments must fail. As this Court has previously held, the *CCAA* generally empowers supervising judges to order super-priority charges that have priority over all other claims, including claims protected by deemed trusts. In all cases where a supervising court is faced with a deemed trust, the court must assess the nature of the interest established by the empowering enactment, and not simply rely on the title of deemed trust. In this case, when the relevant provisions of the *ITA* are examined in their entirety, it is clear that the *ITA* does not establish a proprietary interest because Her Majesty's claim does not attach to any specific asset. Further, there is no conflict between the *CCAA* order and the *ITA*, as the deemed trust created by the *ITA* has priority only over a defined set of security interests. A super-priority charge ordered under s. 11 of the *CCAA* does not fall within that definition. For the reasons that follow, I would therefore dismiss the appeal.

une compagnie insolvable à effectuer certaines dépenses importantes dans le cadre de ce processus. Ces tribunaux peuvent également garantir le paiement de ces dépenses par la constitution d'une charge super prioritaire grevant l'actif de la compagnie insolvable. Aujourd'hui, la Cour est appelée à décider si le juge surveillant peut grever de charges super prioritaires les actifs qui font l'objet d'une créance de Sa Majesté protégée par une fiducie réputée créée en vertu du par. 227(4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^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’appêtait 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.N.R.*, 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 Métallos*, 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] « [I]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 « [I]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’equity, 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 expressément 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 (par. 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 (par. 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 [TRANSDUCTION] « 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 propriétairel 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. Analysis

A. *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. Analyse

A. *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 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.

[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 greve 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 (débitéur 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 [TRANSLATION] « 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 débiteurs 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, « [I]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 :

- | | |
|---|---|
| <p>(a) the period during which the company is expected to be subject to proceedings under this Act;</p> | <p>a) la durée prévue des procédures intentées à l'égard de la compagnie sous le régime de la présente loi;</p> |
| <p>(b) how the company's business and financial affairs are to be managed during the proceedings;</p> | <p>b) la façon dont les affaires financières et autres de la compagnie seront gérées au cours de ces procédures;</p> |
| <p>(c) whether the company's management has the confidence of its major creditors;</p> | <p>c) la question de savoir si ses dirigeants ont la confiance de ses créanciers les plus importants;</p> |
| <p>(d) whether the loan would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made in respect of the company;</p> | <p>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;</p> |
| <p>(e) the nature and value of the company's property;</p> | <p>e) la nature et la valeur des biens de la compagnie;</p> |
| <p>(f) whether any creditor would be materially prejudiced as a result of the security or charge; and</p> | <p>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;</p> |
| <p>(g) the monitor's report referred to in paragraph 23(1)(b), if any.</p> | <p>g) le rapport du contrôleur visé à l'alinéa 23(1)b).</p> |

[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 bénéficiaire 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 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[ve] 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 appartaient 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 *inévitabile* : il n’y a tout simplement *aucun* conflit. Le législateur a *évitée* 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 intimés 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'écarte 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;

- | | |
|---|--|
| <p>2. under the <i>CCAA</i>, the Crown is not a “secured creditor” in respect of its deemed trust claims under the Fiscal Statutes;</p> <p>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;</p> <p>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</p> <p>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>.</p> <p>D. <i>Policy Reasons Do Not Support a Different Interpretation</i></p> | <p>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;</p> <p>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;</p> <p>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;</p> <p>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>.</p> <p>D. <i>Des considérations de politique générale n’appuient pas une interprétation différente</i></p> |
|---|--|

[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 [TRADUCTION] « 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 présence 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 Supp.) (“*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 *priority* 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.

Royal Bank of Canada v. Soundair Corp., Canadian Pension
Capital Ltd. and Canadian Insurers Capital Corp.

Indexed as: Royal Bank of Canada v. Soundair Corp.
(C.A.)

4 O.R. (3d) 1
[1991] O.J. No. 1137
Action No. 318/91

ONTARIO
Court of Appeal for Ontario
Goodman, McKinlay and Galligan JJ.A.
July 3, 1991

Debtor and creditor -- Receivers -- Court-appointed receiver accepting offer to purchase assets against wishes of secured creditors -- Receiver acting properly and prudently -- Wishes of creditors not determinative -- Court approval of sale confirmed on appeal.

Air Toronto was a division of Soundair. In April 1990, one of Soundair's creditors, the Royal Bank, appointed a receiver to operate Air Toronto and sell it as a going concern. The receiver was authorized to sell Air Toronto to Air Canada, or, if that sale could not be completed, to negotiate and sell Air Toronto to another person. Air Canada made an offer which the receiver rejected. The receiver then entered into negotiations with Canadian Airlines International (Canadian); two subsidiaries of Canadian, Ontario Express Ltd. and Frontier Airlines Ltd., made an offer to purchase on March 6, 1991 (the OEL offer). Air Canada and a creditor of Soundair, CCFL, presented an offer to purchase to the receiver on March 7, 1991 through 922, a company formed for that purpose (the 922 offer). The receiver declined the 922 offer because it contained an unacceptable condition and accepted the OEL offer. 922 made a

second offer, which was virtually identical to the first one except that the unacceptable condition had been removed. In proceedings before Rosenberg J., an order was made approving the sale of Air Toronto to OEL and dismissing the 922 offer. CCFL appealed.

Held, the appeal should be dismissed.

Per Galligan J.A.: When deciding whether a receiver has acted providently, the court should examine the conduct of the receiver in light of the information the receiver had when it agreed to accept an offer, and should be very cautious before deciding that the receiver's conduct was improvident based upon information which has come to light after it made its decision. The decision to sell to OEL was a sound one in the circumstances faced by the receiver on March 8, 1991. Prices in other offers received after the receiver has agreed to a sale have relevance only if they show that the price contained in the accepted offer was so unreasonably low as to demonstrate that the receiver was improvident in accepting it. If they do not do so, they should not be considered upon a motion to confirm a sale recommended by a court-appointed receiver. If the 922 offer was better than the OEL offer, it was only marginally better and did not lead to an inference that the disposition strategy of the receiver was improvident.

While the primary concern of a receiver is the protecting of the interests of creditors, a secondary but important consideration is the integrity of the process by which the sale is effected. The court must exercise extreme caution before it interferes with the process adopted by a receiver to sell an unusual asset. It is important that prospective purchasers know that, if they are acting in good faith, bargain seriously with a receiver and enter into an agreement with it, a court will not lightly interfere with the commercial judgment of the receiver to sell the asset to them.

The failure of the receiver to give an offering memorandum to those who expressed an interest in the purchase of Air Toronto did not result in the process being unfair, as there was no proof that if an offering memorandum had been widely

distributed among persons qualified to have purchased Air Toronto, a viable offer would have come forth from a party other than 922 or OEL.

The fact that the 922 offer was supported by Soundair's secured creditors did not mean that the court should have given effect to their wishes. Creditors who asked the court to appoint a receiver to dispose of assets (and therefore insulated themselves from the risks of acting privately) should not be allowed to take over control of the process by the simple expedient of supporting another purchaser if they do not agree with the sale by the receiver. If the court decides that a court-appointed receiver has acted providently and properly (as the receiver did in this case), the views of creditors should not be determinative.

Per McKinlay J.A. (concurring in the result): While the procedure carried out by the receiver in this case was appropriate, given the unfolding of events and the unique nature of the assets involved, it was not a procedure which was likely to be appropriate in many receivership sales.

Per Goodman J.A. (dissenting): The fact that a creditor has requested an order of the court appointing a receiver does not in any way diminish or derogate from his right to obtain the maximum benefit to be derived from any disposition of the debtor's assets. The creditors in this case were convinced that acceptance of the 922 offer was in their best interest and the evidence supported that belief. Although the receiver acted in good faith, the process which it used was unfair insofar as 922 was concerned and improvident insofar as the secured creditors were concerned.

Cases referred to

Beauty Counsellors of Canada Ltd. (Re) (1986), 58 C.B.R. (N.S.) 237 (Ont. Bkcy.); British Columbia Development Corp. v. Spun Cast Industries Inc. (1977), 5 B.C.L.R. 94, 26 C.B.R. (N.S.) 28 (S.C.); Cameron v. Bank of Nova Scotia (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 1, 45 N.S.R. (2d) 303, 86 A.P.R. 303 (C.A.); Crown Trust Co. v. Rosenberg (1986), 60 O.R. (2d) 87, 22 C.P.C.

(2d) 131, 67 C.B.R. (N.S.) 320 (note), 39 D.L.R. (4th) 526 (H.C.J.); *Salima Investments Ltd. v. Bank of Montreal* (1985), 41 Alta. L.R. (2d) 58, 65 A.R. 372, 59 C.B.R. (N.S.) 242, 21 D.L.R. (4th) 473 (C.A.); *Selkirk (Re)* (1986), 58 C.B.R. (N.S.) 245 (Ont. Bkcy.); *Selkirk (Re)* (1987), 64 C.B.R. (N.S.) 140 (Ont. Bkcy.)

Statutes referred to

Employment Standards Act, R.S.O. 1980, c. 137

Environmental Protection Act, R.S.O. 1980, c. 141

APPEAL from the judgment of the General Division, Rosenberg J., May 1, 1991, approving the sale of an airline by a receiver.

J.B. Berkow and Steven H. Goldman, for appellants.

John T. Morin, Q.C., for Air Canada.

L.A.J. Barnes and Lawrence E. Ritchie, for Royal Bank of Canada.

Sean F. Dunphy and G.K. Ketcheson for Ernst & Young Inc., receiver of Soundair Corp., respondent.

W.G. Horton, for Ontario Express Ltd.

Nancy J. Spies, for Frontier Air Ltd.

GALLIGAN J.A.:-- This is an appeal from the order of Rosenberg J. made on May 1, 1991 (Gen. Div.). By that order, he approved the sale of Air Toronto to Ontario Express Limited and Frontier Air Limited and he dismissed a motion to approve an offer to purchase Air Toronto by 922246 Ontario Limited.

It is necessary at the outset to give some background to the dispute. Soundair Corporation (Soundair) is a corporation

engaged in the air transport business. It has three divisions. One of them is Air Toronto. Air Toronto operates a scheduled airline from Toronto to a number of mid-sized cities in the United States of America. Its routes serve as feeders to several of Air Canada's routes. Pursuant to a connector agreement, Air Canada provides some services to Air Toronto and benefits from the feeder traffic provided by it. The operational relationship between Air Canada and Air Toronto is a close one.

In the latter part of 1989 and the early part of 1990, Soundair was in financial difficulty. Soundair has two secured creditors who have an interest in the assets of Air Toronto. The Royal Bank of Canada (the Royal Bank) is owed at least \$65,000,000. The appellants Canadian Pension Capital Limited and Canadian Insurers Capital Corporation (collectively called CCFL) are owed approximately \$9,500,000. Those creditors will have a deficiency expected to be in excess of \$50,000,000 on the winding-up of Soundair.

On April 26, 1990, upon the motion of the Royal Bank, O'Brien J. appointed Ernst & Young Inc. (the receiver) as receiver of all of the assets, property and undertakings of Soundair. The order required the receiver to operate Air Toronto and sell it as a going concern. Because of the close relationship between Air Toronto and Air Canada, it was contemplated that the receiver would obtain the assistance of Air Canada to operate Air Toronto. The order authorized the receiver:

(b) to enter into contractual arrangements with Air Canada to retain a manager or operator, including Air Canada, to manage and operate Air Toronto under the supervision of Ernst & Young Inc. until the completion of the sale of Air Toronto to Air Canada or other person ...

Also because of the close relationship, it was expected that Air Canada would purchase Air Toronto. To that end, the order of O'Brien J. authorized the receiver:

(c) to negotiate and do all things necessary or desirable to complete a sale of Air Toronto to Air Canada and, if a sale

to Air Canada cannot be completed, to negotiate and sell Air Toronto to another person, subject to terms and conditions approved by this Court.

Over a period of several weeks following that order, negotiations directed towards the sale of Air Toronto took place between the receiver and Air Canada. Air Canada had an agreement with the receiver that it would have exclusive negotiating rights during that period. I do not think it is necessary to review those negotiations, but I note that Air Canada had complete access to all of the operations of Air Toronto and conducted due diligence examinations. It became thoroughly acquainted with every aspect of Air Toronto's operations.

Those negotiations came to an end when an offer made by Air Canada on June 19, 1990, was considered unsatisfactory by the receiver. The offer was not accepted and lapsed. Having regard to the tenor of Air Canada's negotiating stance and a letter sent by its solicitors on July 20, 1990, I think that the receiver was eminently reasonable when it decided that there was no realistic possibility of selling Air Toronto to Air Canada.

The receiver then looked elsewhere. Air Toronto's feeder business is very attractive, but it only has value to a national airline. The receiver concluded reasonably, therefore, that it was commercially necessary for one of Canada's two national airlines to be involved in any sale of Air Toronto. Realistically, there were only two possible purchasers whether direct or indirect. They were Air Canada and Canadian Airlines International.

It was well known in the air transport industry that Air Toronto was for sale. During the months following the collapse of the negotiations with Air Canada, the receiver tried unsuccessfully to find viable purchasers. In late 1990, the receiver turned to Canadian Airlines International, the only realistic alternative. Negotiations began between them. Those negotiations led to a letter of intent dated February 11, 1991. On March 6, 1991, the receiver received an offer from Ontario

Express Limited and Frontier Airlines Limited, who are subsidiaries of Canadian Airlines International. This offer is called the OEL offer.

In the meantime, Air Canada and CCFL were having discussions about making an offer for the purchase of Air Toronto. They formed 922246 Ontario Limited (922) for the purpose of purchasing Air Toronto. On March 1, 1991, CCFL wrote to the receiver saying that it proposed to make an offer. On March 7, 1991, Air Canada and CCFL presented an offer to the receiver in the name of 922. For convenience, its offers are called the 922 offers.

The first 922 offer contained a condition which was unacceptable to the receiver. I will refer to that condition in more detail later. The receiver declined the 922 offer and on March 8, 1991, accepted the OEL offer. Subsequently, 922 obtained an order allowing it to make a second offer. It then submitted an offer which was virtually identical to that of March 7, 1991, except that the unacceptable condition had been removed.

The proceedings before Rosenberg J. then followed. He approved the sale to OEL and dismissed a motion for the acceptance of the 922 offer. Before Rosenberg J., and in this court, both CCFL and the Royal Bank supported the acceptance of the second 922 offer.

There are only two issues which must be resolved in this appeal. They are:

- (1) Did the receiver act properly when it entered into an agreement to sell Air Toronto to OEL?
- (2) What effect does the support of the 922 offer by the secured creditors have on the result?

I will deal with the two issues separately.

I. DID THE RECEIVER ACT PROPERLY

IN AGREEING TO SELL TO OEL?

Before dealing with that issue there are three general observations which I think I should make. The first is that the sale of an airline as a going concern is a very complex process. The best method of selling an airline at the best price is something far removed from the expertise of a court. When a court appoints a receiver to use its commercial expertise to sell an airline, it is inescapable that it intends to rely upon the receiver's expertise and not upon its own. Therefore, the court must place a great deal of confidence in the actions taken and in the opinions formed by the receiver. It should also assume that the receiver is acting properly unless the contrary is clearly shown. The second observation is that the court should be reluctant to second-guess, with the benefit of hindsight, the considered business decisions made by its receiver. The third observation which I wish to make is that the conduct of the receiver should be reviewed in the light of the specific mandate given to him by the court.

The order of O'Brien J. provided that if the receiver could not complete the sale to Air Canada that it was "to negotiate and sell Air Toronto to another person". The court did not say how the receiver was to negotiate the sale. It did not say it was to call for bids or conduct an auction. It told the receiver to negotiate and sell. It obviously intended, because of the unusual nature of the asset being sold, to leave the method of sale substantially in the discretion of the receiver. I think, therefore, that the court should not review minutely the process of the sale when, broadly speaking, it appears to the court to be a just process.

As did Rosenberg J., I adopt as correct the statement made by Anderson J. in *Crown Trust Co. v. Rosenberg* (1986), 60 O.R. (2d) 87, 39 D.L.R. (4th) 526 (H.C.J.), at pp. 92-94 O.R., pp. 531-33 D.L.R., of the duties which a court must perform when deciding whether a receiver who has sold a property acted properly. When he set out the court's duties, he did not put them in any order of priority, nor do I. I summarize those duties as follows:

1. It should consider whether the receiver has made a sufficient effort to get the best price and has not acted improvidently.
2. It should consider the interests of all parties.
3. It should consider the efficacy and integrity of the process by which offers are obtained.
4. It should consider whether there has been unfairness in the working out of the process.

I intend to discuss the performance of those duties separately.

1. Did the receiver make a sufficient effort to get the best price and did it act providently?

Having regard to the fact that it was highly unlikely that a commercially viable sale could be made to anyone but the two national airlines, or to someone supported by either of them, it is my view that the receiver acted wisely and reasonably when it negotiated only with Air Canada and Canadian Airlines International. Furthermore, when Air Canada said that it would submit no further offers and gave the impression that it would not participate further in the receiver's efforts to sell, the only course reasonably open to the receiver was to negotiate with Canadian Airlines International. Realistically, there was nowhere else to go but to Canadian Airlines International. In doing so, it is my opinion that the receiver made sufficient efforts to sell the airline.

When the receiver got the OEL offer on March 6, 1991, it was over ten months since it had been charged with the responsibility of selling Air Toronto. Until then, the receiver had not received one offer which it thought was acceptable. After substantial efforts to sell the airline over that period, I find it difficult to think that the receiver acted improvidently in accepting the only acceptable offer which it had.

On March 8, 1991, the date when the receiver accepted the OEL offer, it had only two offers, the OEL offer which was acceptable, and the 922 offer which contained an unacceptable condition. I cannot see how the receiver, assuming for the moment that the price was reasonable, could have done anything but accept the OEL offer.

When deciding whether a receiver had acted providently, the court should examine the conduct of the receiver in light of the information the receiver had when it agreed to accept an offer. In this case, the court should look at the receiver's conduct in the light of the information it had when it made its decision on March 8, 1991. The court should be very cautious before deciding that the receiver's conduct was improvident based upon information which has come to light after it made its decision. To do so, in my view, would derogate from the mandate to sell given to the receiver by the order of O'Brien J. I agree with and adopt what was said by Anderson J. in *Crown Trust v. Rosenberg*, supra, at p. 112 O.R., p. 551 D.L.R.:

Its decision was made as a matter of business judgment on the elements then available to it. It is of the very essence of a receiver's function to make such judgments and in the making of them to act seriously and responsibly so as to be prepared to stand behind them.

If the court were to reject the recommendation of the Receiver in any but the most exceptional circumstances, it would materially diminish and weaken the role and function of the Receiver both in the perception of receivers and in the perception of any others who might have occasion to deal with them. It would lead to the conclusion that the decision of the Receiver was of little weight and that the real decision was always made upon the motion for approval. That would be a consequence susceptible of immensely damaging results to the disposition of assets by court-appointed receivers.

(Emphasis added)

I also agree with and adopt what was said by Macdonald J.A.

in *Cameron v. Bank of Nova Scotia* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 1, 45 N.S.R. (2d) 303 (C.A.), at p. 11 C.B.R., p. 314 N.S.R.:

In my opinion if the decision of the receiver to enter into an agreement of sale, subject to court approval, with respect to certain assets is reasonable and sound under the circumstances at the time existing it should not be set aside simply because a later and higher bid is made. To do so would literally create chaos in the commercial world and receivers and purchasers would never be sure they had a binding agreement.

(Emphasis added)

On March 8, 1991, the receiver had two offers. One was the OEL offer which it considered satisfactory but which could be withdrawn by OEL at any time before it was accepted. The receiver also had the 922 offer which contained a condition that was totally unacceptable. It had no other offers. It was faced with the dilemma of whether it should decline to accept the OEL offer and run the risk of it being withdrawn, in the hope that an acceptable offer would be forthcoming from 922. An affidavit filed by the president of the receiver describes the dilemma which the receiver faced, and the judgment made in the light of that dilemma:

24. An asset purchase agreement was received by Ernst & Young on March 7, 1991 which was dated March 6, 1991. This agreement was received from CCFL in respect of their offer to purchase the assets and undertaking of Air Toronto. Apart from financial considerations, which will be considered in a subsequent affidavit, the Receiver determined that it would not be prudent to delay acceptance of the OEL agreement to negotiate a highly uncertain arrangement with Air Canada and CCFL. Air Canada had the benefit of an "exclusive" in negotiations for Air Toronto and had clearly indicated its intention to take itself out of the running while ensuring that no other party could seek to purchase Air Toronto and maintain the Air Canada connector arrangement vital to its survival. The CCFL offer represented a radical reversal of this position by Air Canada at the eleventh hour. However, it

contained a significant number of conditions to closing which were entirely beyond the control of the Receiver. As well, the CCFL offer came less than 24 hours before signing of the agreement with OEL which had been negotiated over a period of months, at great time and expense.

(Emphasis added)

I am convinced that the decision made was a sound one in the circumstances faced by the receiver on March 8, 1991.

I now turn to consider whether the price contained in the OEL offer was one which it was provident to accept. At the outset, I think that the fact that the OEL offer was the only acceptable one available to the receiver on March 8, 1991, after ten months of trying to sell the airline, is strong evidence that the price in it was reasonable. In a deteriorating economy, I doubt that it would have been wise to wait any longer.

I mentioned earlier that, pursuant to an order, 922 was permitted to present a second offer. During the hearing of the appeal, counsel compared at great length the price contained in the second 922 offer with the price contained in the OEL offer. Counsel put forth various hypotheses supporting their contentions that one offer was better than the other.

It is my opinion that the price contained in the 922 offer is relevant only if it shows that the price obtained by the Receiver in the OEL offer was not a reasonable one. In *Crown Trust v. Rosenberg*, supra, Anderson J., at p. 113 O.R., p. 551 D.L.R., discussed the comparison of offers in the following way:

No doubt, as the cases have indicated, situations might arise where the disparity was so great as to call in question the adequacy of the mechanism which had produced the offers. It is not so here, and in my view that is substantially an end of the matter.

In two judgments, Saunders J. considered the circumstances in which an offer submitted after the receiver had agreed to a

sale should be considered by the court. The first is *Re Selkirk* (1986), 58 C.B.R. (N.S.) 245 (Ont. Bkcy.), at p. 247:

If, for example, in this case there had been a second offer of a substantially higher amount, then the court would have to take that offer into consideration in assessing whether the receiver had properly carried out his function of endeavouring to obtain the best price for the property.

The second is *Re Beauty Counsellors of Canada Ltd.* (1986), 58 C.B.R. (N.S.) 237 (Ont. Bkcy.), at p. 243:

If a substantially higher bid turns up at the approval stage, the court should consider it. Such a bid may indicate, for example, that the trustee has not properly carried out its duty to endeavour to obtain the best price for the estate.

In *Re Selkirk* (1987), 64 C.B.R. (N.S.) 140 (Ont. Bkcy.), at p. 142, McRae J. expressed a similar view:

The court will not lightly withhold approval of a sale by the receiver, particularly in a case such as this where the receiver is given rather wide discretionary authority as per the order of Mr. Justice Trainor and, of course, where the receiver is an officer of this court. Only in a case where there seems to be some unfairness in the process of the sale or where there are substantially higher offers which would tend to show that the sale was improvident will the court withhold approval. It is important that the court recognize the commercial exigencies that would flow if prospective purchasers are allowed to wait until the sale is in court for approval before submitting their final offer. This is something that must be discouraged.

(Emphasis added)

What those cases show is that the prices in other offers have relevance only if they show that the price contained in the offer accepted by the receiver was so unreasonably low as to demonstrate that the receiver was improvident in accepting it. I am of the opinion, therefore, that if they do not tend to

show that the receiver was improvident, they should not be considered upon a motion to confirm a sale recommended by a court-appointed receiver. If they were, the process would be changed from a sale by a receiver, subject to court approval, into an auction conducted by the court at the time approval is sought. In my opinion, the latter course is unfair to the person who has entered bona fide into an agreement with the receiver, can only lead to chaos, and must be discouraged.

If, however, the subsequent offer is so substantially higher than the sale recommended by the receiver, then it may be that the receiver has not conducted the sale properly. In such circumstances, the court would be justified itself in entering into the sale process by considering competitive bids. However, I think that that process should be entered into only if the court is satisfied that the receiver has not properly conducted the sale which it has recommended to the court.

It is necessary to consider the two offers. Rosenberg J. held that the 922 offer was slightly better or marginally better than the OEL offer. He concluded that the difference in the two offers did not show that the sale process adopted by the receiver was inadequate or improvident.

Counsel for the appellants complained about the manner in which Rosenberg J. conducted the hearing of the motion to confirm the OEL sale. The complaint was, that when they began to discuss a comparison of the two offers, Rosenberg J. said that he considered the 922 offer to be better than the OEL offer. Counsel said that when that comment was made, they did not think it necessary to argue further the question of the difference in value between the two offers. They complain that the finding that the 922 offer was only marginally better or slightly better than the OEL offer was made without them having had the opportunity to argue that the 922 offer was substantially better or significantly better than the OEL offer. I cannot understand how counsel could have thought that by expressing the opinion that the 922 offer was better, Rosenberg J. was saying that it was a significantly or substantially better one. Nor can I comprehend how counsel took the comment to mean that they were foreclosed from arguing that

the offer was significantly or substantially better. If there was some misunderstanding on the part of counsel, it should have been raised before Rosenberg J. at the time. I am sure that if it had been, the misunderstanding would have been cleared up quickly. Nevertheless, this court permitted extensive argument dealing with the comparison of the two offers.

The 922 offer provided for \$6,000,000 cash to be paid on closing with a royalty based upon a percentage of Air Toronto profits over a period of five years up to a maximum of \$3,000,000. The OEL offer provided for a payment of \$2,000,000 on closing with a royalty paid on gross revenues over a five-year period. In the short term, the 922 offer is obviously better because there is substantially more cash up front. The chances of future returns are substantially greater in the OEL offer because royalties are paid on gross revenues while the royalties under the 922 offer are paid only on profits. There is an element of risk involved in each offer.

The receiver studied the two offers. It compared them and took into account the risks, the advantages and the disadvantages of each. It considered the appropriate contingencies. It is not necessary to outline the factors which were taken into account by the receiver because the manager of its insolvency practice filed an affidavit outlining the considerations which were weighed in its evaluation of the two offers. They seem to me to be reasonable ones. That affidavit concluded with the following paragraph:

24. On the basis of these considerations the Receiver has approved the OEL offer and has concluded that it represents the achievement of the highest possible value at this time for the Air Toronto division of SoundAir.

The court appointed the receiver to conduct the sale of Air Toronto and entrusted it with the responsibility of deciding what is the best offer. I put great weight upon the opinion of the receiver. It swore to the court which appointed it that the OEL offer represents the achievement of the highest possible value at this time for Air Toronto. I have not been convinced

that the receiver was wrong when he made that assessment. I am, therefore, of the opinion that the 922 offer does not demonstrate any failure upon the part of the receiver to act properly and providently.

It follows that if Rosenberg J. was correct when he found that the 922 offer was in fact better, I agree with him that it could only have been slightly or marginally better. The 922 offer does not lead to an inference that the disposition strategy of the receiver was inadequate, unsuccessful or improvident, nor that the price was unreasonable.

I am, therefore, of the opinion that the receiver made a sufficient effort to get the best price and has not acted improvidently.

2. Consideration of the interests of all parties

It is well established that the primary interest is that of the creditors of the debtor: see *Crown Trust Co. v. Rosenberg*, supra, and *Re Selkirk* (1986, Saunders J.), supra. However, as Saunders J. pointed out in *Re Beauty Counsellors*, supra, at p. 244 C.B.R., "it is not the only or overriding consideration".

In my opinion, there are other persons whose interests require consideration. In an appropriate case, the interests of the debtor must be taken into account. I think also, in a case such as this, where a purchaser has bargained at some length and doubtless at considerable expense with the receiver, the interests of the purchaser ought to be taken into account. While it is not explicitly stated in such cases as *Crown Trust Co. v. Rosenberg*, supra, *Re Selkirk* (1986, Saunders J.), supra, *Re Beauty Counsellors*, supra, *Re Selkirk* (1987, McRae J.), supra, and *Cameron*, supra, I think they clearly imply that the interests of a person who has negotiated an agreement with a court-appointed receiver are very important.

In this case, the interests of all parties who would have an interest in the process were considered by the receiver and by Rosenberg J.

3. Consideration of the efficacy and integrity of the process by which the offer was obtained

While it is accepted that the primary concern of a receiver is the protecting of the interests of the creditors, there is a secondary but very important consideration and that is the integrity of the process by which the sale is effected. This is particularly so in the case of a sale of such a unique asset as an airline as a going concern.

The importance of a court protecting the integrity of the process has been stated in a number of cases. First, I refer to *Re Selkirk* (1986), *supra*, where Saunders J. said at p. 246 C.B.R.:

In dealing with the request for approval, the court has to be concerned primarily with protecting the interest of the creditors of the former bankrupt. A secondary but important consideration is that the process under which the sale agreement is arrived at should be consistent with commercial efficacy and integrity.

In that connection I adopt the principles stated by Macdonald J.A. of the Nova Scotia Supreme Court (Appeal Division) in *Cameron v. Bank of N.S.* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 1, 45 N.S.R. (2d) 303, 86 A.P.R. 303 (C.A.), where he said at p. 11:

In my opinion if the decision of the receiver to enter into an agreement of sale, subject to court approval, with respect to certain assets is reasonable and sound under the circumstances at the time existing it should not be set aside simply because a later and higher bid is made. To do so would literally create chaos in the commercial world and receivers and purchasers would never be sure they had a finding agreement. On the contrary, they would know that other bids could be received and considered up until the application for court approval is heard -- this would be an intolerable situation.

While those remarks may have been made in the context of a

bidding situation rather than a private sale, I consider them to be equally applicable to a negotiation process leading to a private sale. Where the court is concerned with the disposition of property, the purpose of appointing a receiver is to have the receiver do the work that the court would otherwise have to do.

In *Salima Investments Ltd. v. Bank of Montreal* (1985), 41 Alta. L.R. (2d) 58, 21 D.L.R. (4th) 473 (C.A.), at p. 61 Alta. L.R., p. 476 D.L.R., the Alberta Court of Appeal said that sale by tender is not necessarily the best way to sell a business as an ongoing concern. It went on to say that when some other method is used which is provident, the court should not undermine the process by refusing to confirm the sale.

Finally, I refer to the reasoning of Anderson J. in *Crown Trust Co. v. Rosenberg*, supra, at p. 124 O.R., pp. 562-63 D.L.R.:

While every proper effort must always be made to assure maximum recovery consistent with the limitations inherent in the process, no method has yet been devised to entirely eliminate those limitations or to avoid their consequences. Certainly it is not to be found in loosening the entire foundation of the system. Thus to compare the results of the process in this case with what might have been recovered in some other set of circumstances is neither logical nor practical.

(Emphasis added)

It is my opinion that the court must exercise extreme caution before it interferes with the process adopted by a receiver to sell an unusual asset. It is important that prospective purchasers know that, if they are acting in good faith, bargain seriously with a receiver and enter into an agreement with it, a court will not lightly interfere with the commercial judgment of the receiver to sell the asset to them.

Before this court, counsel for those opposing the confirmation of the sale to OEL suggested many different ways

in which the receiver could have conducted the process other than the way which he did. However, the evidence does not convince me that the receiver used an improper method of attempting to sell the airline. The answer to those submissions is found in the comment of Anderson J. in *Crown Trust Co. v. Rosenberg*, supra, at p. 109 O.R., p. 548 D.L.R.:

The court ought not to sit as on appeal from the decision of the Receiver, reviewing in minute detail every element of the process by which the decision is reached. To do so would be a futile and duplicitous exercise.

It would be a futile and duplicitous exercise for this court to examine in minute detail all of the circumstances leading up to the acceptance of the OEL offer. Having considered the process adopted by the receiver, it is my opinion that the process adopted was a reasonable and prudent one.

4. Was there unfairness in the process?

As a general rule, I do not think it appropriate for the court to go into the minutia of the process or of the selling strategy adopted by the receiver. However, the court has a responsibility to decide whether the process was fair. The only part of this process which I could find that might give even a superficial impression of unfairness is the failure of the receiver to give an offering memorandum to those who expressed an interest in the purchase of Air Toronto.

I will outline the circumstances which relate to the allegation that the receiver was unfair in failing to provide an offering memorandum. In the latter part of 1990, as part of its selling strategy, the receiver was in the process of preparing an offering memorandum to give to persons who expressed an interest in the purchase of Air Toronto. The offering memorandum got as far as draft form, but was never released to anyone, although a copy of the draft eventually got into the hands of CCFL before it submitted the first 922 offer on March 7, 1991. A copy of the offering memorandum forms part of the record and it seems to me to be little more than puffery, without any hard information which a sophisticated

purchaser would require in order to make a serious bid.

The offering memorandum had not been completed by February 11, 1991. On that date, the receiver entered into the letter of intent to negotiate with OEL. The letter of intent contained a provision that during its currency the receiver would not negotiate with any other party. The letter of intent was renewed from time to time until the OEL offer was received on March 6, 1991.

The receiver did not proceed with the offering memorandum because to do so would violate the spirit, if not the letter, of its letter of intent with OEL.

I do not think that the conduct of the receiver shows any unfairness towards 922. When I speak of 922, I do so in the context that Air Canada and CCFL are identified with it. I start by saying that the receiver acted reasonably when it entered into exclusive negotiations with OEL. I find it strange that a company, with which Air Canada is closely and intimately involved, would say that it was unfair for the receiver to enter into a time-limited agreement to negotiate exclusively with OEL. That is precisely the arrangement which Air Canada insisted upon when it negotiated with the receiver in the spring and summer of 1990. If it was not unfair for Air Canada to have such an agreement, I do not understand why it was unfair for OEL to have a similar one. In fact, both Air Canada and OEL in its turn were acting reasonably when they required exclusive negotiating rights to prevent their negotiations from being used as a bargaining lever with other potential purchasers. The fact that Air Canada insisted upon an exclusive negotiating right while it was negotiating with the receiver demonstrates the commercial efficacy of OEL being given the same right during its negotiations with the receiver. I see no unfairness on the part of the receiver when it honoured its letter of intent with OEL by not releasing the offering memorandum during the negotiations with OEL.

Moreover, I am not prepared to find that 922 was in any way prejudiced by the fact that it did not have an offering memorandum. It made an offer on March 7, 1991, which it

contends to this day was a better offer than that of OEL. 922 has not convinced me that if it had an offering memorandum its offer would have been any different or any better than it actually was. The fatal problem with the first 922 offer was that it contained a condition which was completely unacceptable to the receiver. The receiver properly, in my opinion, rejected the offer out of hand because of that condition. That condition did not relate to any information which could have conceivably been in an offering memorandum prepared by the receiver. It was about the resolution of a dispute between CCFL and the Royal Bank, something the receiver knew nothing about.

Further evidence of the lack of prejudice which the absence of an offering memorandum has caused 922 is found in CCFL's stance before this court. During argument, its counsel suggested, as a possible resolution of this appeal, that this court should call for new bids, evaluate them and then order a sale to the party who put in the better bid. In such a case, counsel for CCFL said that 922 would be prepared to bid within seven days of the court's decision. I would have thought that, if there were anything to CCFL's suggestion that the failure to provide an offering memorandum was unfair to 922, it would have told the court that it needed more information before it would be able to make a bid.

I am satisfied that Air Canada and CCFL have, and at all times had, all of the information which they would have needed to make what to them would be a commercially viable offer to the receiver. I think that an offering memorandum was of no commercial consequence to them, but the absence of one has since become a valuable tactical weapon.

It is my opinion that there is no convincing proof that if an offering memorandum had been widely distributed among persons qualified to have purchased Air Toronto, a viable offer would have come forth from a party other than 922 or OEL. Therefore, the failure to provide an offering memorandum was neither unfair nor did it prejudice the obtaining of a better price on March 8, 1991, than that contained in the OEL offer. I would not give effect to the contention that the process adopted by the receiver was an unfair one.

There are two statements by Anderson J. contained in Crown Trust Co. v. Rosenberg, supra, which I adopt as my own. The first is at p. 109 O.R., p. 548 D.L.R.:

The court should not proceed against the recommendations of its Receiver except in special circumstances and where the necessity and propriety of doing so are plain. Any other rule or approach would emasculate the role of the Receiver and make it almost inevitable that the final negotiation of every sale would take place on the motion for approval.

The second is at p. 111 O.R., p. 550 D.L.R.:

It is equally clear, in my view, though perhaps not so clearly enunciated, that it is only in an exceptional case that the court will intervene and proceed contrary to the Receiver's recommendations if satisfied, as I am, that the Receiver has acted reasonably, prudently and fairly and not arbitrarily.

In this case the receiver acted reasonably, prudently, fairly and not arbitrarily. I am of the opinion, therefore, that the process adopted by the receiver in reaching an agreement was a just one.

In his reasons for judgment, after discussing the circumstances leading to the 922 offer, Rosenberg J. said this [at p. 31 of the reasons]:

They created a situation as of March 8, where the receiver was faced with two offers, one of which was in acceptable form and one of which could not possibly be accepted in its present form. The receiver acted appropriately in accepting the OEL offer.

I agree.

The receiver made proper and sufficient efforts to get the best price that it could for the assets of Air Toronto. It adopted a reasonable and effective process to sell the airline

which was fair to all persons who might be interested in purchasing it. It is my opinion, therefore, that the receiver properly carried out the mandate which was given to it by the order of O'Brien J. It follows that Rosenberg J. was correct when he confirmed the sale to OEL.

II. THE EFFECT OF THE SUPPORT OF THE 922 OFFER BY THE TWO SECURED CREDITORS

As I noted earlier, the 922 offer was supported before Rosenberg J., and in this court, by CCFL and by the Royal Bank, the two secured creditors. It was argued that, because the interests of the creditors are primary, the court ought to give effect to their wish that the 922 offer be accepted. I would not accede to that suggestion for two reasons.

The first reason is related to the fact that the creditors chose to have a receiver appointed by the court. It was open to them to appoint a private receiver pursuant to the authority of their security documents. Had they done so, then they would have had control of the process and could have sold Air Toronto to whom they wished. However, acting privately and controlling the process involves some risks. The appointment of a receiver by the court insulates the creditors from those risks. But insulation from those risks carries with it the loss of control over the process of disposition of the assets. As I have attempted to explain in these reasons, when a receiver's sale is before the court for confirmation the only issues are the propriety of the conduct of the receiver and whether it acted providently. The function of the court at that stage is not to step in and do the receiver's work or change the sale strategy adopted by the receiver. Creditors who asked the court to appoint a receiver to dispose of assets should not be allowed to take over control of the process by the simple expedient of supporting another purchaser if they do not agree with the sale made by the receiver. That would take away all respect for the process of sale by a court-appointed receiver.

There can be no doubt that the interests of the creditor are an important consideration in determining whether the receiver has properly conducted a sale. The opinion of the creditors as

to which offer ought to be accepted is something to be taken into account. But, if the court decides that the receiver has acted properly and providently, those views are not necessarily determinative. Because, in this case, the receiver acted properly and providently, I do not think that the views of the creditors should override the considered judgment of the receiver.

The second reason is that, in the particular circumstances of this case, I do not think the support of CCFL and the Royal Bank of the 922 offer is entitled to any weight. The support given by CCFL can be dealt with summarily. It is a co-owner of 922. It is hardly surprising and not very impressive to hear that it supports the offer which it is making for the debtors' assets.

The support by the Royal Bank requires more consideration and involves some reference to the circumstances. On March 6, 1991, when the first 922 offer was made, there was in existence an interlender agreement between the Royal Bank and CCFL. That agreement dealt with the share of the proceeds of the sale of Air Toronto which each creditor would receive. At the time, a dispute between the Royal Bank and CCFL about the interpretation of that agreement was pending in the courts. The unacceptable condition in the first 922 offer related to the settlement of the interlender dispute. The condition required that the dispute be resolved in a way which would substantially favour CCFL. It required that CCFL receive \$3,375,000 of the \$6,000,000 cash payment and the balance, including the royalties, if any, be paid to the Royal Bank. The Royal Bank did not agree with that split of the sale proceeds.

On April 5, 1991, the Royal Bank and CCFL agreed to settle the interlender dispute. The settlement was that if the 922 offer was accepted by the court, CCFL would receive only \$1,000,000 and the Royal Bank would receive \$5,000,000 plus any royalties which might be paid. It was only in consideration of that settlement that the Royal Bank agreed to support the 922 offer.

The Royal Bank's support of the 922 offer is so affected by

the very substantial benefit which it wanted to obtain from the settlement of the interlender dispute that, in my opinion, its support is devoid of any objectivity. I think it has no weight.

While there may be circumstances where the unanimous support by the creditors of a particular offer could conceivably override the proper and provident conduct of a sale by a receiver, I do not think that this is such a case. This is a case where the receiver has acted properly and in a provident way. It would make a mockery out of the judicial process, under which a mandate was given to this receiver to sell this airline, if the support by these creditors of the 922 offer were permitted to carry the day. I give no weight to the support which they give to the 922 offer.

In its factum, the receiver pointed out that, because of greater liabilities imposed upon private receivers by various statutes such as the Employment Standards Act, R.S.O. 1980, c. 137, and the Environmental Protection Act, R.S.O. 1980, c. 141, it is likely that more and more the courts will be asked to appoint receivers in insolvencies. In those circumstances, I think that creditors who ask for court-appointed receivers and business people who choose to deal with those receivers should know that if those receivers act properly and providently their decisions and judgments will be given great weight by the courts who appoint them. I have decided this appeal in the way I have in order to assure business people who deal with court-appointed receivers that they can have confidence that an agreement which they make with a court-appointed receiver will be far more than a platform upon which others may bargain at the court approval stage. I think that persons who enter into agreements with court-appointed receivers, following a disposition procedure that is appropriate given the nature of the assets involved, should expect that their bargain will be confirmed by the court.

The process is very important. It should be carefully protected so that the ability of court-appointed receivers to negotiate the best price possible is strengthened and supported. Because this receiver acted properly and providently in entering into the OEL agreement, I am of the opinion that

Rosenberg J. was right when he approved the sale to OEL and dismissed the motion to approve the 922 offer.

I would, accordingly, dismiss the appeal. I would award the receiver, OEL and Frontier Airlines Limited their costs out of the Soundair estate, those of the receiver on a solicitor-and-client scale. I would make no order as to the costs of any of the other parties or interveners.

MCKINLAY J.A. (concurring in the result):-- I agree with Galligan J.A. in result, but wish to emphasize that I do so on the basis that the undertaking being sold in this case was of a very special and unusual nature. It is most important that the integrity of procedures followed by court-appointed receivers be protected in the interests of both commercial morality and the future confidence of business persons in their dealings with receivers. Consequently, in all cases, the court should carefully scrutinize the procedure followed by the receiver to determine whether it satisfies the tests set out by Anderson J. in *Crown Trust Co. v. Rosenberg* (1986), 60 O.R. (2d) 87, 39 D.L.R. (4th) 526 (H.C.J.). While the procedure carried out by the receiver in this case, as described by Galligan J.A., was appropriate, given the unfolding of events and the unique nature of the assets involved, it is not a procedure that is likely to be appropriate in many receivership sales.

I should like to add that where there is a small number of creditors who are the only parties with a real interest in the proceeds of the sale (i.e., where it is clear that the highest price attainable would result in recovery so low that no other creditors, shareholders, guarantors, etc., could possibly benefit therefrom), the wishes of the interested creditors should be very seriously considered by the receiver. It is true, as Galligan J.A. points out, that in seeking the court appointment of a receiver, the moving parties also seek the protection of the court in carrying out the receiver's functions. However, it is also true that in utilizing the court process the moving parties have opened the whole process to detailed scrutiny by all involved, and have probably added significantly to their costs and consequent shortfall as a result of so doing. The adoption of the court process should in

no way diminish the rights of any party, and most certainly not the rights of the only parties with a real interest. Where a receiver asks for court approval of a sale which is opposed by the only parties in interest, the court should scrutinize with great care the procedure followed by the receiver. I agree with Galligan J.A. that in this case that was done. I am satisfied that the rights of all parties were properly considered by the receiver, by the learned motions court judge, and by Galligan J.A.

GOODMAN J.A. (dissenting):-- I have had the opportunity of reading the reasons for judgment herein of Galligan and McKinlay JJ.A. Respectfully, I am unable to agree with their conclusion.

The case at bar is an exceptional one in the sense that upon the application made for approval of the sale of the assets of Air Toronto two competing offers were placed before Rosenberg J. Those two offers were that of Frontier Airlines Ltd. and Ontario Express Limited (OEL) and that of 922246 Ontario Limited (922), a company incorporated for the purpose of acquiring Air Toronto. Its shares were owned equally by Canadian Pension Capital Limited and Canadian Insurers Capital Corporation (collectively CCFL) and Air Canada. It was conceded by all parties to these proceedings that the only persons who had any interest in the proceeds of the sale were two secured creditors, viz., CCFL and the Royal Bank of Canada (the Bank). Those two creditors were unanimous in their position that they desired the court to approve the sale to 922. We were not referred to nor am I aware of any case where a court has refused to abide by the unanimous wishes of the only interested creditors for the approval of a specific offer made in receivership proceedings.

In *British Columbia Development Corp. v. Spun Cast Industries Inc.* (1977), 5 B.C.L.R. 94, 26 C.B.R. (N.S.) 28 (S.C.), Berger J. said at p. 95 B.C.L.R., p. 30 C.B.R.:

Here all of those with a financial stake in the plant have joined in seeking the court's approval of the sale to Fincas. This court does not have a roving commission to decide what

is best for investors and businessmen when they have agreed among themselves what course of action they should follow. It is their money.

I agree with that statement. It is particularly apt to this case. The two secured creditors will suffer a shortfall of approximately \$50,000,000. They have a tremendous interest in the sale of assets which form part of their security. I agree with the finding of Rosenberg J., Gen. Div., May 1, 1991, that the offer of 922 is superior to that of OEL. He concluded that the 922 offer is marginally superior. If by that he meant that mathematically it was likely to provide slightly more in the way of proceeds it is difficult to take issue with that finding. If on the other hand he meant that having regard to all considerations it was only marginally superior, I cannot agree. He said in his reasons [pp. 17-18]:

I have come to the conclusion that knowledgeable creditors such as the Royal Bank would prefer the 922 offer even if the other factors influencing their decision were not present. No matter what adjustments had to be made, the 922 offer results in more cash immediately. Creditors facing the type of loss the Royal Bank is taking in this case would not be anxious to rely on contingencies especially in the present circumstances surrounding the airline industry.

I agree with that statement completely. It is apparent that the difference between the two offers insofar as cash on closing is concerned amounts to approximately \$3,000,000 to \$4,000,000. The Bank submitted that it did not wish to gamble any further with respect to its investment and that the acceptance and court approval of the OEL offer, in effect, supplanted its position as a secured creditor with respect to the amount owing over and above the down payment and placed it in the position of a joint entrepreneur but one with no control. This results from the fact that the OEL offer did not provide for any security for any funds which might be forthcoming over and above the initial downpayment on closing.

In *Cameron v. Bank of Nova Scotia* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 1, 45 N.S.R. (2d) 303 (C.A.), Hart J.A., speaking for the majority

of the court, said at p. 10 C.B.R., p. 312 N.S.R.:

Here we are dealing with a receiver appointed at the instance of one major creditor, who chose to insert in the contract of sale a provision making it subject to the approval of the court. This, in my opinion, shows an intention on behalf of the parties to invoke the normal equitable doctrines which place the court in the position of looking to the interests of all persons concerned before giving its blessing to a particular transaction submitted for approval. In these circumstances the court would not consider itself bound by the contract entered into in good faith by the receiver but would have to look to the broader picture to see that the contract was for the benefit of the creditors as a whole. When there was evidence that a higher price was readily available for the property the chambers judge was, in my opinion, justified in exercising his discretion as he did. Otherwise he could have deprived the creditors of a substantial sum of money.

This statement is apposite to the circumstances of the case at bar. I hasten to add that in my opinion it is not only price which is to be considered in the exercise of the judge's discretion. It may very well be, as I believe to be so in this case, that the amount of cash is the most important element in determining which of the two offers is for the benefit and in the best interest of the creditors.

It is my view, and the statement of Hart J.A. is consistent therewith, that the fact that a creditor has requested an order of the court appointing a receiver does not in any way diminish or derogate from his right to obtain the maximum benefit to be derived from any disposition of the debtor's assets. I agree completely with the views expressed by McKinlay J.A. in that regard in her reasons.

It is my further view that any negotiations which took place between the only two interested creditors in deciding to support the approval of the 922 offer were not relevant to the determination by the presiding judge of the issues involved in the motion for approval of either one of the two offers nor are

they relevant in determining the outcome of this appeal. It is sufficient that the two creditors have decided unanimously what is in their best interest and the appeal must be considered in the light of that decision. It so happens, however, that there is ample evidence to support their conclusion that the approval of the 922 offer is in their best interests.

I am satisfied that the interests of the creditors are the prime consideration for both the receiver and the court. In *Re Beauty Counsellors of Canada Ltd.* (1986), 58 C.B.R. (N.S.) 237 (Ont. Bkcy.) Saunders J. said at p. 243:

This does not mean that a court should ignore a new and higher bid made after acceptance where there has been no unfairness in the process. The interests of the creditors, while not the only consideration, are the prime consideration.

I agree with that statement of the law. In *Re Selkirk* (1986), 58 C.B.R. (N.S.) 245 (Ont. Bkcy.) Saunders J. heard an application for court approval for the sale by the sheriff of real property in bankruptcy proceedings. The sheriff had been previously ordered to list the property for sale subject to approval of the court. Saunders J. said at p. 246 C.B.R.:

In dealing with the request for approval, the court has to be concerned primarily with protecting the interests of the creditors of the former bankrupt. A secondary but important consideration is that the process under which the sale agreement is arrived at should be consistent with the commercial efficacy and integrity.

I am in agreement with that statement as a matter of general principle. Saunders J. further stated that he adopted the principles stated by Macdonald J.A. in *Cameron*, supra, at pp. 92-94 O.R., pp. 531-33 D.L.R., quoted by Galligan J.A. in his reasons. In *Cameron*, the remarks of Macdonald J.A. related to situations involving the calling of bids and fixing a time limit for the making of such bids. In those circumstances the process is so clear as a matter of commercial practice that an interference by the court in such process might have a

deleterious effect on the efficacy of receivership proceedings in other cases. But Macdonald J.A. recognized that even in bid or tender cases where the offeror for whose bid approval is sought has complied with all requirements a court might not approve the agreement of purchase and sale entered into by the receiver. He said at pp. 11-12 C.B.R., p. 314 N.S.R.:

There are, of course, many reasons why a court might not approve an agreement of purchase and sale, viz., where the offer accepted is so low in relation to the appraised value as to be unrealistic; or, where the circumstances indicate that insufficient time was allowed for the making of bids or that inadequate notice of sale by bid was given (where the receiver sells property by the bid method); or, where it can be said that the proposed sale is not in the best interest of either the creditors or the owner. Court approval must involve the delicate balancing of competing interests and not simply a consideration of the interests of the creditors.

The deficiency in the present case is so large that there has been no suggestion of a competing interest between the owner and the creditors.

I agree that the same reasoning may apply to a negotiation process leading to a private sale but the procedure and process applicable to private sales of a wide variety of businesses and undertakings with the multiplicity of individual considerations applicable and perhaps peculiar to the particular business is not so clearly established that a departure by the court from the process adopted by the receiver in a particular case will result in commercial chaos to the detriment of future receivership proceedings. Each case must be decided on its own merits and it is necessary to consider the process used by the receiver in the present proceedings and to determine whether it was unfair, improvident or inadequate.

It is important to note at the outset that Rosenberg J. made the following statement in his reasons [p. 15]:

On March 8, 1991 the trustee accepted the OEL offer subject to court approval. The receiver at that time had no other

offer before it that was in final form or could possibly be accepted. The receiver had at the time the knowledge that Air Canada with CCFL had not bargained in good faith and had not fulfilled the promise of its letter of March 1. The receiver was justified in assuming that Air Canada and CCFL's offer was a long way from being in an acceptable form and that Air Canada and CCFL's objective was to interrupt the finalizing of the OEL agreement and to retain as long as possible the Air Toronto connector traffic flowing into Terminal 2 for the benefit of Air Canada.

In my opinion there was no evidence before him or before this court to indicate that Air Canada with CCFL had not bargained in good faith and that the receiver had knowledge of such lack of good faith. Indeed, on this appeal, counsel for the receiver stated that he was not alleging Air Canada and CCFL had not bargained in good faith. Air Canada had frankly stated at the time that it had made its offer to purchase which was eventually refused by the receiver that it would not become involved in an "auction" to purchase the undertaking of Air Canada and that, although it would fulfil its contractual obligations to provide connecting services to Air Toronto, it would do no more than it was legally required to do insofar as facilitating the purchase of Air Toronto by any other person. In so doing Air Canada may have been playing "hard ball" as its behaviour was characterized by some of the counsel for opposing parties. It was nevertheless merely openly asserting its legal position as it was entitled to do.

Furthermore there was no evidence before Rosenberg J. or this court that the receiver had assumed that Air Canada and CCFL's objective in making an offer was to interrupt the finalizing of the OEL agreement and to retain as long as possible the Air Toronto connector traffic flowing into Terminal 2 for the benefit of Air Canada. Indeed, there was no evidence to support such an assumption in any event although it is clear that 922 and through it CCFL and Air Canada were endeavouring to present an offer to purchase which would be accepted and/or approved by the court in preference to the offer made by OEL.

To the extent that approval of the OEL agreement by Rosenberg

J. was based on the alleged lack of good faith in bargaining and improper motivation with respect to connector traffic on the part of Air Canada and CCFL, it cannot be supported.

I would also point out that, rather than saying there was no other offer before it that was final in form, it would have been more accurate to have said that there was no unconditional offer before it.

In considering the material and evidence placed before the court I am satisfied that the receiver was at all times acting in good faith. I have reached the conclusion, however, that the process which he used was unfair insofar as 922 is concerned and improvident insofar as the two secured creditors are concerned.

Air Canada had been negotiating with Soundair Corporation for the purchase from it of Air Toronto for a considerable period of time prior to the appointment of a receiver by the court. It had given a letter of intent indicating a prospective sale price of \$18,000,000. After the appointment of the receiver, by agreement dated April 30, 1990, Air Canada continued its negotiations for the purchase of Air Toronto with the receiver. Although this agreement contained a clause which provided that the receiver "shall not negotiate for the sale ... of Air Toronto with any person except Air Canada", it further provided that the receiver would not be in breach of that provision merely by receiving unsolicited offers for all or any of the assets of Air Toronto. In addition, the agreement, which had a term commencing on April 30, 1990, could be terminated on the fifth business day following the delivery of a written notice of termination by one party to the other. I point out this provision merely to indicate that the exclusivity privilege extended by the Receiver to Air Canada was of short duration at the receiver's option.

As a result of due diligence investigations carried out by Air Canada during the month of April, May and June of 1990, Air Canada reduced its offer to 8.1 million dollars conditional upon there being \$4,000,000 in tangible assets. The offer was made on June 14, 1990 and was open for acceptance until June

29, 1990.

By amending agreement dated June 19, 1990 the receiver was released from its covenant to refrain from negotiating for the sale of the Air Toronto business and assets to any person other than Air Canada. By virtue of this amending agreement the receiver had put itself in the position of having a firm offer in hand with the right to negotiate and accept offers from other persons. Air Canada in these circumstances was in the subservient position. The receiver, in the exercise of its judgment and discretion, allowed the Air Canada offer to lapse. On July 20, 1990 Air Canada served a notice of termination of the April 30, 1990 agreement.

Apparently as a result of advice received from the receiver to the effect that the receiver intended to conduct an auction for the sale of the assets and business of the Air Toronto Division of Soundair Corporation, the solicitors for Air Canada advised the receiver by letter dated July 20, 1990 in part as follows:

Air Canada has instructed us to advise you that it does not intend to submit a further offer in the auction process.

This statement together with other statements set forth in the letter was sufficient to indicate that Air Canada was not interested in purchasing Air Toronto in the process apparently contemplated by the receiver at that time. It did not form a proper foundation for the receiver to conclude that there was no realistic possibility of selling Air Toronto to Air Canada, either alone or in conjunction with some other person, in different circumstances. In June 1990 the receiver was of the opinion that the fair value of Air Toronto was between \$10,000,000 and \$12,000,000.

In August 1990 the receiver contacted a number of interested parties. A number of offers were received which were not deemed to be satisfactory. One such offer, received on August 20, 1990, came as a joint offer from OEL and Air Ontario (an Air Canada connector). It was for the sum of \$3,000,000 for the good will relating to certain Air Toronto routes but did not

include the purchase of any tangible assets or leasehold interests.

In December 1990 the receiver was approached by the management of Canadian Partner (operated by OEL) for the purpose of evaluating the benefits of an amalgamated Air Toronto/Air Partner operation. The negotiations continued from December of 1990 to February of 1991 culminating in the OEL agreement dated March 8, 1991.

On or before December, 1990, CCFL advised the receiver that it intended to make a bid for the Air Toronto assets. The receiver, in August of 1990, for the purpose of facilitating the sale of Air Toronto assets, commenced the preparation of an operating memorandum. He prepared no less than six draft operating memoranda with dates from October 1990 through March 1, 1991. None of these were distributed to any prospective bidder despite requests having been received therefor, with the exception of an early draft provided to CCFL without the receiver's knowledge.

During the period December 1990 to the end of January 1991, the receiver advised CCFL that the offering memorandum was in the process of being prepared and would be ready soon for distribution. He further advised CCFL that it should await the receipt of the memorandum before submitting a formal offer to purchase the Air Toronto assets.

By late January CCFL had become aware that the receiver was negotiating with OEL for the sale of Air Toronto. In fact, on February 11, 1991, the receiver signed a letter of intent with OEL wherein it had specifically agreed not to negotiate with any other potential bidders or solicit any offers from others.

By letter dated February 25, 1991, the solicitors for CCFL made a written request to the Receiver for the offering memorandum. The receiver did not reply to the letter because he felt he was precluded from so doing by the provisions of the letter of intent dated February 11, 1991. Other prospective purchasers were also unsuccessful in obtaining the promised memorandum to assist them in preparing their bids. It should be

noted that exclusivity provision of the letter of intent expired on February 20, 1991. This provision was extended on three occasions, viz., February 19, 22 and March 5, 1991. It is clear that from a legal standpoint the receiver, by refusing to extend the time, could have dealt with other prospective purchasers and specifically with 922.

It was not until March 1, 1991 that CCFL had obtained sufficient information to enable it to make a bid through 922. It succeeded in so doing through its own efforts through sources other than the receiver. By that time the receiver had already entered into the letter of intent with OEL. Notwithstanding the fact that the receiver knew since December of 1990 that CCFL wished to make a bid for the assets of Air Toronto (and there is no evidence to suggest that at any time such a bid would be in conjunction with Air Canada or that Air Canada was in any way connected with CCFL) it took no steps to provide CCFL with information necessary to enable it to make an intelligent bid and, indeed, suggested delaying the making of the bid until an offering memorandum had been prepared and provided. In the meantime by entering into the letter of intent with OEL it put itself in a position where it could not negotiate with CCFL or provide the information requested.

On February 28, 1991, the solicitors for CCFL telephoned the receiver and were advised for the first time that the receiver had made a business decision to negotiate solely with OEL and would not negotiate with anyone else in the interim.

By letter dated March 1, 1991 CCFL advised the receiver that it intended to submit a bid. It set forth the essential terms of the bid and stated that it would be subject to customary commercial provisions. On March 7, 1991 CCFL and Air Canada, jointly through 922, submitted an offer to purchase Air Toronto upon the terms set forth in the letter dated March 1, 1991. It included a provision that the offer was conditional upon the interpretation of an interlender agreement which set out the relative distribution of proceeds as between CCFL and the Royal Bank. It is common ground that it was a condition over which the receiver had no control and accordingly would not have been acceptable on that ground alone. The receiver did not, however,

contact CCFL in order to negotiate or request the removal of the condition although it appears that its agreement with OEL not to negotiate with any person other than OEL expired on March 6, 1991.

The fact of the matter is that by March 7, 1991, the receiver had received the offer from OEL which was subsequently approved by Rosenberg J. That offer was accepted by the receiver on March 8, 1991. Notwithstanding the fact that OEL had been negotiating the purchase for a period of approximately three months the offer contained a provision for the sole benefit of the purchaser that it was subject to the purchaser obtaining:

... a financing commitment within 45 days of the date hereof in an amount not less than the Purchase Price from the Royal Bank of Canada or other financial institution upon terms and conditions acceptable to them. In the event that such a financing commitment is not obtained within such 45 day period, the purchaser or OEL shall have the right to terminate this agreement upon giving written notice of termination to the vendor on the first Business Day following the expiry of the said period.

The purchaser was also given the right to waive the condition.

In effect the agreement was tantamount to a 45-day option to purchase excluding the right of any other person to purchase Air Toronto during that period of time and thereafter if the condition was fulfilled or waived. The agreement was, of course, stated to be subject to court approval.

In my opinion the process and procedure adopted by the receiver was unfair to CCFL. Although it was aware from December 1990 that CCFL was interested in making an offer, it effectively delayed the making of such offer by continually referring to the preparation of the offering memorandum. It did not endeavour during the period December 1990 to March 7, 1991 to negotiate with CCFL in any way the possible terms of purchase and sale agreement. In the result no offer was sought from CCFL by the receiver prior to February 11, 1991 and thereafter it put itself in the position of being unable to

negotiate with anyone other than OEL. The receiver, then, on March 8, 1991 chose to accept an offer which was conditional in nature without prior consultation with CCFL (922) to see whether it was prepared to remove the condition in its offer.

I do not doubt that the receiver felt that it was more likely that the condition in the OEL offer would be fulfilled than the condition in the 922 offer. It may be that the receiver, having negotiated for a period of three months with OEL, was fearful that it might lose the offer if OEL discovered that it was negotiating with another person. Nevertheless it seems to me that it was imprudent and unfair on the part of the receiver to ignore an offer from an interested party which offered approximately triple the cash down payment without giving a chance to the offeror to remove the conditions or other terms which made the offer unacceptable to it. The potential loss was that of an agreement which amounted to little more than an option in favour of the offeror.

In my opinion the procedure adopted by the receiver was unfair to CCFL in that, in effect, it gave OEL the opportunity of engaging in exclusive negotiations for a period of three months notwithstanding the fact that it knew CCFL was interested in making an offer. The receiver did not indicate a deadline by which offers were to be submitted and it did not at any time indicate the structure or nature of an offer which might be acceptable to it.

In his reasons Rosenberg J. stated that as of March 1, CCFL and Air Canada had all the information that they needed and any allegations of unfairness in the negotiating process by the receiver had disappeared. He said [p. 31]:

They created a situation as of March 8, where the receiver was faced with two offers, one of which was in acceptable form and one of which could not possibly be accepted in its present form. The receiver acted appropriately in accepting the OEL offer.

If he meant by "acceptable in form" that it was acceptable to the receiver, then obviously OEL had the unfair advantage of

its lengthy negotiations with the receiver to ascertain what kind of an offer would be acceptable to the receiver. If, on the other hand, he meant that the 922 offer was unacceptable in its form because it was conditional, it can hardly be said that the OEL offer was more acceptable in this regard as it contained a condition with respect to financing terms and conditions "acceptable to them".

It should be noted that on March 13, 1991 the representatives of 922 first met with the receiver to review its offer of March 7, 1991 and at the request of the receiver withdrew the inter-lender condition from its offer. On March 14, 1991 OEL removed the financing condition from its offer. By order of Rosenberg J. dated March 26, 1991, CCFL was given until April 5, 1991 to submit a bid and on April 5, 1991, 922 submitted its offer with the interlender condition removed.

In my opinion the offer accepted by the receiver is improvident and unfair insofar as the two creditors are concerned. It is not improvident in the sense that the price offered by 922 greatly exceeded that offered by OEL. In the final analysis it may not be greater at all. The salient fact is that the cash down payment in the 922 offer constitutes approximately two-thirds of the contemplated sale price whereas the cash down payment in the OEL transaction constitutes approximately 20 to 25 per cent of the contemplated sale price. In terms of absolute dollars, the down payment in the 922 offer would likely exceed that provided for in the OEL agreement by approximately \$3,000,000 to \$4,000,000.

In *Re Beauty Counsellors of Canada Ltd.*, supra, Saunders J. said at p. 243 C.B.R.:

If a substantially higher bid turns up at the approval stage, the court should consider it. Such a bid may indicate, for example, that the trustee has not properly carried out its duty to endeavour to obtain the best price for the estate. In such a case the proper course might be to refuse approval and to ask the trustee to recommence the process.

I accept that statement as being an accurate statement of the

law. I would add, however, as previously indicated, that in determining what is the best price for the estate the receiver or court should not limit its consideration to which offer provides for the greater sale price. The amount of down payment and the provision or lack thereof to secure payment of the balance of the purchase price over and above the down payment may be the most important factor to be considered and I am of the view that is so in the present case. It is clear that that was the view of the only creditors who can benefit from the sale of Air Toronto.

I note that in the case at bar the 922 offer in conditional form was presented to the receiver before it accepted the OEL offer. The receiver in good faith, although I believe mistakenly, decided that the OEL offer was the better offer. At that time the receiver did not have the benefit of the views of the two secured creditors in that regard. At the time of the application for approval before Rosenberg J. the stated preference of the two interested creditors was made quite clear. He found as a fact that knowledgeable creditors would not be anxious to rely on contingencies in the present circumstances surrounding the airline industry. It is reasonable to expect that a receiver would be no less knowledgeable in that regard and it is his primary duty to protect the interests of the creditors. In my view it was an improvident act on the part of the receiver to have accepted the conditional offer made by OEL and Rosenberg J. erred in failing to dismiss the application of the receiver for approval of the OEL offer. It would be most inequitable to foist upon the two creditors who have already been seriously hurt more unnecessary contingencies.

Although in other circumstances it might be appropriate to ask the receiver to recommence the process, in my opinion, it would not be appropriate to do so in this case. The only two interested creditors support the acceptance of the 922 offer and the court should so order.

Although I would be prepared to dispose of the case on the grounds stated above, some comment should be addressed to the question of interference by the court with the process and

procedure adopted by the receiver.

I am in agreement with the view expressed by McKinlay J.A. in her reasons that the undertaking being sold in this case was of a very special and unusual nature. As a result the procedure adopted by the receiver was somewhat unusual. At the outset, in accordance with the terms of the receiving order, it dealt solely with Air Canada. It then appears that the receiver contemplated a sale of the assets by way of auction and still later contemplated the preparation and distribution of an offering memorandum inviting bids. At some point, without advice to CCFL, it abandoned that idea and reverted to exclusive negotiations with one interested party. This entire process is not one which is customary or widely accepted as a general practice in the commercial world. It was somewhat unique having regard to the circumstances of this case. In my opinion the refusal of the court to approve the offer accepted by the receiver would not reflect on the integrity of procedures followed by court-appointed receivers and is not the type of refusal which will have a tendency to undermine the future confidence of business persons in dealing with receivers.

Rosenberg J. stated that the Royal Bank was aware of the process used and tacitly approved it. He said it knew the terms of the letter of intent in February 1991 and made no comment. The Royal Bank did, however, indicate to the receiver that it was not satisfied with the contemplated price nor the amount of the down payment. It did not, however, tell the receiver to adopt a different process in endeavouring to sell the Air Toronto assets. It is not clear from the material filed that at the time it became aware of the letter of intent, it knew that CCFL was interested in purchasing Air Toronto.

I am further of the opinion that a prospective purchaser who has been given an opportunity to engage in exclusive negotiations with a receiver for relatively short periods of time which are extended from time to time by the receiver and who then makes a conditional offer, the condition of which is for his sole benefit and must be fulfilled to his satisfaction unless waived by him, and which he knows is to be subject to

court approval, cannot legitimately claim to have been unfairly dealt with if the court refuses to approve the offer and approves a substantially better one.

In conclusion I feel that I must comment on the statement made by Galligan J.A. in his reasons to the effect that the suggestion made by counsel for 922 constitutes evidence of lack of prejudice resulting from the absence of an offering memorandum. It should be pointed out that the court invited counsel to indicate the manner in which the problem should be resolved in the event that the court concluded that the order approving the OEL offer should be set aside. There was no evidence before the court with respect to what additional information may have been acquired by CCFL since March 8, 1991 and no inquiry was made in that regard. Accordingly, I am of the view that no adverse inference should be drawn from the proposal made as a result of the court's invitation.

For the above reasons I would allow the appeal with one set of costs to CCFL-922, set aside the order of Rosenberg J., dismiss the receiver's motion with one set of costs to CCFL-922 and order that the assets of Air Toronto be sold to numbered corporation 922246 on the terms set forth in its offer with appropriate adjustments to provide for the delay in its execution. Costs awarded shall be payable out of the estate of Soundair Corporation. The costs incurred by the receiver in making the application and responding to the appeal shall be paid to him out of the assets of the estate of Soundair Corporation on a solicitor-and-client basis. I would make no order as to costs of any of the other parties or interveners.

Appeal dismissed.

CITATION: *Harte Gold Corp. (Re)*, 2022 ONSC 653
COURT FILE NO.: CV-21-00673304-00CL
DATE: 2022-02-04

SUPERIOR COURT OF JUSTICE – ONTARIO (COMMERCIAL LIST)

RE: THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT, R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED, Applicant

AND:

A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF HARTE GOLD CORP., Applicant

BEFORE: Penny J.

COUNSEL: *Guy P. Martel, Danny Duy Vu, Lee Nicholson, William Rodler Dumais* for the Applicant

Joseph Pasquariello, Chris Armstrong, Andrew Harmes for the Court appointed Monitor

Leanne M. Williams for the Board of Directors of the Applicant

Marc Wasserman, Kathryn Esaw, Dave Rosenblat, Justin Kanji for 1000025833 Ontario Inc.

Stuart Brotman and Daniel Richer for BNP Paribas

Sean Collins, Walker W. MacLeod and Natasha Rambaran for Appian Capital Advisory LLP, 2729992 Ontario Corp., ANR Investments B.V. and AHG (Jersey) Limited

David Bish for OMF Fund II SO Ltd., Orion Resource Partners (USA) LP and their affiliates

Orlando M. Rosa and Gordon P. Acton for Netmizaaggamig Nishnaabeg First Nation (Pic Mobert First Nation)

Timothy Jones for the Attorney General of Ontario

HEARD: January 28, 2022

ENDORSEMENT

[1] This is a motion by Harte Gold for an approval and reverse vesting order involving the sale of Harte Gold's mining enterprise to a strategic purchaser (that is, an entity in the gold

mining business) and for an order extending the stay and expanding the Monitor's powers to include new entities to be created for the purposes of implementing Harte Gold's proposed restructuring. There was no opposition to the relief sought. All those who appeared at the hearing supported approval of the transaction.

- [2] Following the conclusion of oral submissions on Friday, January 28, 2022, I issued the orders sought with written reasons to follow. These are the reasons.

Background

- [3] Harte Gold is a public company incorporated under the *Business Corporations Act* (Ontario). Prior to January 17, 2022, its shares publicly traded on the Toronto Stock Exchange, Frankfurt Stock Exchange and over-the-counter. Harte Gold operates a gold mine located in northern Ontario within the Sault Ste. Marie Mining Division and approximately 30 km north of the town of White River. This mine, referred to as the Sugar Loaf Mine, produces gold bullion. Harte Gold has a total of 260 employees on payroll, as well as 19 employees retained through various agencies. Harte Gold's payroll obligations are current.
- [4] Of some importance to the form of transaction proposed in this case, involving an approval and reverse vesting order (RVO), is the fact that Harte Gold has 12 material permits and licenses that are required to maintain its mining operations, 24 active work permits and licenses that allow the performance of exploration work on various parts of the Sugar Loaf property and many other forest resource licenses, fire permits and the like, all necessary in one way or another to Harte Gold's continued operations. Harte Gold also has 513 mineral tenures, consisting of three freehold properties, seven leasehold properties, 468 mineral claims and 35 additional tenures. The transfer of these permits and licenses etc. would involve a complex transfer or new application process of indeterminate risk, delay and cost.
- [5] It is also important to note that Harte Gold is party to an Impact Benefits Agreement dated April 2018 between Harte Gold and Netmizaaggamig Nishnaabeg First Nation.
- [6] Harte Gold has two primary secured creditors. They are: a numbered company (833) owned by Silver Lake Resources Limited (an Australian gold mine company). 833 is a very recent assignee of significant secured debt from BNPP; and, AHG Jersey Limited (AHG is part of the Appian group). Appian entities are also counterparties to a number of offtake agreements under which Harte Gold sells gold in exchange for prices determined by a pricing formula tied to the London bullion market. Orion is, similarly, a counterparty to additional offtake agreements. BNPP, following the assignment of its secured debt, has retained additional obligations in respect of certain hedging arrangements provided to Harte Gold. Harte Gold also has a number of trade and other unsecured creditors who are owed an estimated \$7.5 million for pre-filing obligations and further amounts for services rendered post-filing.

- [7] At the time of its initial application to the court, Harte Gold's assets were valued at \$163.8 million. Its liabilities were valued at \$166.1 million. On a balance sheet basis, therefore, Harte Gold was insolvent.
- [8] Since about 2019, Harte Gold has been pursuing a number of measures to address a growing liquidity problem, a problem only exacerbated by the Covid-19 pandemic. Despite these efforts, in 2020 Harte Gold was obliged to seek agreement from its prime lender, BNPP, to defer debt payments and to seek a forbearance from enforcement of BNPP's security. In May 2021, Harte Gold initiated a strategic review of options to achieve the desired liquidity and to fund the acquisition of new capital. Harte Gold appointed a strategic committee of its board and, shortly thereafter, a special committee of independent directors. The special committee retained FTI as financial advisor (FTI was subsequently appointed Monitor by this Court) and developed a plan to attract new capital through a potential sale.
- [9] This pre-filing strategic process involved approaching over 250 potential buyers. 31 of these entities executed confidentiality agreements; 28 of those conducted due diligence through Harte Gold's virtual data room. Harte Gold received four nonbinding expressions of interest but, by the bid deadline in September 2021, no binding offers had been received.
- [10] In the aftermath of this unsuccessful process, Silver Lake through 833 acquired BNPP's debt and advanced a proposal to acquire Harte Gold's operations by way of a credit bid and to provide interim financing in connection with any proceedings under the CCAA. An initial order under the CCAA issued from this Court on December 7, 2021.
- [11] In the midst of this process, Harte Gold received a competing proposal to make a credit bid from Harte Gold's second secured creditor, Appian. As a result of these developments, Harte Gold resolved to conduct a further (albeit brief, given the extensive process that had just been completed) sale and investment solicitation process, this time with a stalking horse bid. Further competing proposals took place between Silver Lake and Appian over who would be the stalking horse bidder. As a result of this process, the stalking horse bid of Silver Lake was significantly improved. Appian was then content to let Silver Lake's credit bid form the basis of the SISP. I approved this process in an order dated December 20, 2021.
- [12] The Monitor provided a new solicitation notice to a total of 48 known and previously unknown potential bidders (other than Silver Lake and Appian). None of the potentially interested parties signed a confidentiality agreement or requested access to the data room.
- [13] Only one competing bid was received – a further credit bid from Appian with improved conditions over those proposed by Silver Lake. Ultimately, all parties agreed that the responding commitment from Silver Lake which was at least as favourable to stakeholders as the Appian bid would be, in effect, the prevailing and winning bid.
- [14] This took the form of a Second Amended and Restated Subscription Agreement (SARSA) with 833, the actual purchaser. The improved terms were: (a) the assumption by the purchaser of Harte Gold's office lease at 161 Bay Street in Toronto; (b)(i) the proviso that

the \$10 million cap on payment of cure costs and pre-filing trade creditors does not apply to the assumption of post-filing trade creditor obligations; and (ii) all amounts owing by Harte Gold to any of the Appian parties are subject to a settlement agreement between 833 Ontario, Silver Lake and Appian and excluded from the pre-filing cure costs; and, (c) the undertaking to pay an additional cash deposit of US\$1,693,658.72, equivalent to approximately 5% of the Appian indebtedness.

[15] In broad brush terms, the Silver Lake/833 purchase is structured as a reverse vesting order. The transaction will involve:

- the cancellation of all Harte Gold shares and the issue of new shares to the purchaser
- payment by the purchaser of all secured debt
- payment by the purchaser of virtually all pre-filing trade amounts (estimated at \$7.5 million but with a \$10 million cap) and post-filing trade amounts
- certain excluded contracts and liabilities being assigned to newly formed companies which will, ultimately, be put into bankruptcy. The excluded contracts and liabilities include a number of agreements involving ongoing or future services in respect of which there is little if any money currently owed. They also include a number of contracts with Appian entities and Orion, both of which support approval of the transaction. The employment contracts of four terminated executives will, however, be excluded liabilities, which will nullify the value of any termination claims. Notably, excluded liabilities does not include regulatory or environmental liabilities to any government authority
- retaining on the payroll all but four employees (the four members of the executive team whose employment contracts will be terminated), and
- releases, including of Harte Gold and its directors and officers, the Monitor and its legal counsel and Silver Lake and its directors and officers.

There is no provision for any break fee. Nor is there a request for any form of sealing order.

[16] I should add that the value of what the purchaser is paying for Harte Gold's business, including the secured debt, the pre and post-filing trade amounts, interim financing and the like, totals well over \$160 million.

Issues

[17] There are three principal issues:

- (1) Whether the proposed transaction should be approved, including the reverse vesting order transaction structure and the form of the proposed release;
- (2) Whether the stay should be extended; and,

- (3) Whether the Monitor’s mandate should be extended to include additional companies (newcos) being incorporated for the purposes of executing the proposed transaction.

Analysis

[18] Section 11 of the CCAA confers jurisdiction on the Court in the broadest of terms: “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”.

[19] Section 36(1) of the CCAA provides:

A debtor company in respect of which an order has been made under this Act may not sell or otherwise dispose of assets outside the ordinary course of business unless authorized to do so by a court. Despite any requirement for shareholder approval, including one under federal or provincial law, the court may authorize the sale or disposition even if shareholder approval was not obtained.

[20] Section 36(3) of the CCAA provides a non-exhaustive list of factors to be considered on a motion to approve a sale. These include:

- (a) whether the process leading to the proposed sale or disposition was reasonable in the circumstances;
- (b) whether the monitor approved the process leading to the proposed sale or disposition;
- (c) whether the monitor filed with the court a report stating that in their opinion the sale or disposition would be more beneficial to the creditors than a sale or disposition under a bankruptcy;
- (d) the extent to which the creditors were consulted;
- (e) the effects of the proposed sale or disposition on the creditors and other interested parties; and
- (f) whether the consideration to be received for the assets is reasonable and fair, taking into account their market value.

[21] The s. 36(3) criteria largely correspond to the principles articulated in *Royal Bank v. Soundair Corp*, 1991 CanLII 2727 (ONCA) for the approval of the sale of assets in an insolvency scenario:

- (a) whether sufficient effort has been made to obtain the best price and that the debtor has not acted improvidently;
- (b) the interests of all parties;
- (c) the efficacy and integrity of the process by which offers have been obtained; and
- (d) whether there has been unfairness in the working out of the process:

see *Target Canada Co. (Re)*, 2015 ONSC 1487, at paras. 14-17.

- [22] The purchase transaction for which approval is being sought in this case does not provide for a sale of assets but, rather, provides for a “reverse vesting order” under which the purchaser will become the sole shareholder of Harte Gold and certain excluded assets, excluded contracts and excluded liabilities will be vested out to new companies incorporated for that purpose.
- [23] In determining whether the transaction should be approved and the RVO granted, it is appropriate to consider:
- (a) the statutory basis for a reverse vesting order and whether a reverse vesting order is appropriate in the circumstances; and,
 - (b) the factors outlined in s. 36(3) of the CCAA, making provision or adjustment, as appropriate, for the unique aspects of a reverse vesting transaction.

The Statutory Basis (Jurisdiction) for a Reverse Vesting Order

- [24] The first reverse vesting sale transaction appears to have been approved by this Court in *Plasco Energy (Re)*, (July 17, 2015), CV-15-10869-00CL in the handwritten endorsement of Justice Wilton-Siegel. The use of the reverse vesting order structure was not in dispute (indeed, in most of the cases, reported and otherwise, there has been no dispute). Wilton-Siegel J. found “the Court has authority under section 11 of the CCAA to authorize such transactions notwithstanding that the applicants are not proceeding under s. 6(2) of the CCAA insofar as it is not contemplated that the applicants will propose a plan of arrangement or compromise.”
- [25] A few dozen of these orders have been made since that time, mostly in a context where there was no opposition and no obvious or identified unfairness arising from the use of the RVO structure. The frequency of applications based on court approval of an RVO structure has increased significantly in the past few years.
- [26] More recently, two reverse vesting orders have been approved in contested cases and been considered by appellate courts in Canada. I cite these two cases in particular because, being opposed and appealed, there tends to be a more in-depth analysis of the issues than is usually the case in the context of unopposed orders.
- [27] In *Arrangement relatif à Nemaska Lithium Inc*, 2020 QCCS 3218 at paras. 52 and 71 (leave to appeal to QCCA refused, *Arrangement relatif à Nemaska Lithium Inc*, 2020 QCCA 1488; leave to appeal to SCC refused, *Arrangement relatif à Nemaska Lithium Inc*, 2021 CarswellQue 4589), Justice Gouin of the Quebec Superior Court approved a reverse vesting transaction in the face of opposition by a creditor. Following a nine day hearing, Gouin J. reviewed the context of the transaction in detail and carefully analyzed the purpose and efficiency of the RVO in maintaining the going concern operations of the debtor companies. He also found that the approval of the RVO should be considered under s. 36 CCAA, subject to determining, for example:

- Whether sufficient efforts to get the best price have been made and whether the parties acted providently
- The efficacy and integrity of the process followed
- The interests of the parties, and
- Whether any unfairness resulted from the process.

Gouin J. considered that these criteria had been met and found the issuance of the RVO to be a valid exercise of his discretion, concluding that it would serve to maximize creditor recoveries while maintaining the debtor companies as a going concern and allowing an efficient transfer of the necessary permits, licences and authorizations to the purchaser.

- [28] In denying leave to appeal, the Quebec Court of Appeal noted that the CCAA judge found that “the terms ‘sell or otherwise dispose of assets outside the ordinary course of business’ under subsection 36(1) of the CCAA should be broadly interpreted to allow a CCAA judge to grant innovative solutions such as RVOs on a case by case basis, in accordance with the wide discretionary powers afforded the supervising judge pursuant to section 11 CCAA, as recognized by the Supreme Court in *Callidus*”: *Nemaska QCCA* at para 19.
- [29] Similarly, in *Quest University Canada (Re)*, 2020 BCSC 1883, Justice Fitzpatrick of the British Columbia Supreme Court extensively reviewed the caselaw related to a CCAA court’s authority to grant a reverse vesting order. Fitzpatrick J. found that the CCAA provided sufficient authority to grant the reverse vesting order being sought, which was consistent “with the remedial purposes of the CCAA” and consistent with the Supreme Court of Canada’s ruling on CCAA jurisdiction in *9354-9186 Québec Inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10. She found, therefore, that the issue in each case is not whether the court has sufficient jurisdiction but whether the relief is “appropriate” in the circumstances and stakeholders are treated as fairly and reasonably as the circumstances permit.
- [30] In *Quest*, the debtor was in the process of putting forward a plan of compromise under the CCAA. It encountered resistance from an unsecured creditor whose vote could potentially have prevented the necessary creditor approval of the plan. The debtor revised its approach, deleting all conditions precedent requiring creditor and court approval and proceeded with a motion for the approval of an RVO to achieve what it was really after; that is, a sale of certain assets to a new owner with Quest continuing as a going concern academic institution.
- [31] Fitzpatrick J. relied on *Callidus* to the effect that:
- Courts have long recognized that s. 11 of the CCAA signals legislative endorsement of the “broad reading of CCAA authority developed by the jurisprudence”. On the plain wording of the provision, the jurisdiction granted by s. 11 is constrained only

by restrictions set out in the CCAA itself, and the requirement that the order made be “appropriate in the circumstances”

- the CCAA generally prioritizes “avoiding the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company”
- Where a party seeks an order relating to a matter that falls within the supervising judge’s purview, and for which there is no CCAA provision conferring more specific jurisdiction, s. 11 necessarily is the provision of first resort in anchoring jurisdiction. As Blair J.A. put it in *Stelco*, s. 11 “for the most part supplants the need to resort to inherent jurisdiction” in the CCAA context
- The exercise of the discretion under s. 11 must further the remedial objectives of the CCAA and be guided by the baseline considerations of appropriateness, good faith, and due diligence
- Whether this discretion ought to be exercised in a particular case is a circumstance-specific inquiry that must balance the various objectives of the CCAA. The supervising judge is best positioned to undertake this inquiry.

[32] The SCC in *Callidus* made an important point in the context of the limits of broad discretion; all discretion has limits and its exercise under s. 11 must accord with the objectives of the CCAA and other insolvency legislation in Canada. These objectives include: providing for timely, efficient and impartial resolution of a debtor’s insolvency; preserving and maximizing the value of a debtor’s assets; ensuring fair and equitable treatment of the claims against a debtor; protecting the public interest; and, in the context of a commercial insolvency, balancing the costs and benefits of restructuring or liquidating the company. Further, the discretion under s. 11 must also be exercised in furtherance of three baseline considerations: (a) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (b) that the applicant has been acting in good faith and (c) with due diligence.

[33] Ultimately, Fitzpatrick J. held that, in the complex and unique circumstances of that case, it was appropriate to exercise her discretion to allow the RVO structure. Quest sought this relief in good faith and while acting with due diligence to promote the best outcome for all stakeholders. She considered the balance between the competing interests at play and concluded that the proposed transaction was unquestionably the fairest and most reasonable means by which the greatest benefit can be achieved for the overall stakeholder group.

[34] The British Columbia Court of Appeal refused leave to appeal, concluding that the appeal was not “meritorious”, also noting that reverse vesting orders had been granted in other contested proceedings, namely *Nemaska*. The BCCA also stated that the reverse vesting order granted by Fitzpatrick J. “reflect[ed] precisely the type of intricate, fact-specific, real-time decision making that inheres in judges supervising CCAA proceedings”: *Southern Star Developments Ltd. v. Quest University Canada*, 2020 BCCA 364.

- [35] It is worthy of note that, in both *Nemaska* and *Quest*, the *bona fides* of the objectors were front and centre in the judicial analysis and, in both cases, the motivations and objectives of the objectors were found suspect and inadequate.
- [36] The jurisdiction of the court to issue an RVO is frequently said to arise from s. 11 and s. 36(1) of the CCAA. However, the structure of the transaction employing an RVO typically does not involve the debtor ‘selling or otherwise disposing of assets outside the ordinary course of business’, as provided in s. 36(1). This is because the RVO structure is really a purchase of shares of the debtor and “vesting out” from the debtor to a new company, of unwanted assets, obligations and liabilities.
- [37] I am, therefore, not sure I agree with the analysis which finds jurisdiction to issue an RVO in s. 36(1). But that can be left for another day because I am wholeheartedly in agreement that s. 11, as broadly interpreted in the jurisprudence including, most recently, *Callidus*, clearly provides the court with jurisdiction to issue such an order, provided the discretion available under s. 11 is exercised in accordance with the objects and purposes of the CCAA. And it is for this reason that I also wholeheartedly agree that the analytical framework of s. 36(3) for considering an asset sale transaction, even though s. 36 may not support a standalone basis for jurisdiction in an RVO situation, should be applied, with necessary modifications, to an RVO transaction.
- [38] Given this context, however, I think it would be wrong to regard employment of the RVO structure in an insolvency situation as the “norm” or something that is routine or ordinary course. Neither the BIA nor the CCAA deal specifically with the use or application of an RVO structure. The judicial authorities approving this approach, while there are now quite a few, do not generally provide much guidance on the positive and negative implications of this restructuring technique or what to look out for. Broader-based commentary and discussion is only now just now starting to emerge. This suggests to me that the RVO should continue to be regarded as an unusual or extraordinary measure; not an approach appropriate in any case merely because it may be more convenient or beneficial for the purchaser. Approval of the use of an RVO structure should, therefore, involve close scrutiny. The Monitor and the court must be diligent in ensuring that the restructuring is fair and reasonable to all parties having regard to the objectives and statutory constraints of the CCAA. This is particularly the case where there is no party with a significant stake in the outcome opposing the use of an RVO structure. The debtor, the purchaser and especially the Monitor, as the court appointed officer overseeing the process and answerable to the court (and in addition to all the usual enquiries and reporting obligations), must be prepared to answer questions such as:
- (a) Why is the RVO necessary in this case?
 - (b) Does the RVO structure produce an economic result at least as favourable as any other viable alternative?
 - (c) Is any stakeholder worse off under the RVO structure than they would have been under any other viable alternative? and

- (d) Does the consideration being paid for the debtor's business reflect the importance and value of the licences and permits (or other intangible assets) being preserved under the RVO structure?

[39] With this in mind, I will turn to the enumerated s. 36(3) factors. To the extent there are RVO specific issues of concern apart from those enumerated in s. 36(3), I will also address those in the following section of my analysis.

The Section 36 Factors in the RVO Context

Reasonableness of the Process Leading to the Proposed Sale

- [40] Between the pre-filing strategic review process and the court approved SISP, the business and assets of Harte Gold have been extensively marketed on a global basis. While the SISP was subject to variation from the format contemplated in my earlier order, the ability of the applicant, in conjunction with the Monitor, to vary the process was already established in that order. I find, in any event, that the adjustments made were appropriate in the circumstances, given there were no new bidders and the only offers came from the two competing secured creditors who had already been extensively involved in the process and whose status, interests and objectives were well known to the applicant and the Monitor.
- [41] Prior to its appointment as Monitor, FTI was intimately involved at all stages of the strategic review process, including the implementation of the pre-filing marketing process and the negotiation of the original proposed subscription agreement that was executed prior to the commencement of the CCAA proceedings and subsequently replaced by the stalking horse bid and the SARSA.
- [42] Following the commencement of the CCAA proceedings, the Monitor was involved in the negotiations that resulted in the execution of the stalking horse bid and the SARSA. In addition, the Monitor has overseen the implementation of the SISP and is satisfied that it was carried out in accordance with the SISP procedures, including the Monitor's consent to the amendment of the SISP procedures to cancel the auction as unnecessary and accept the SARSA as the best option available.
- [43] The Monitor's opinion is that the process was reasonable, leading to the best outcome reasonably available in the circumstances.
- [44] I am satisfied that the sales process was reasonable. The transaction now before the Court was the culmination of approximately seven months of extensive solicitation efforts on the part of both Harte Gold and FTI as part of the pre-filing strategic process and the SISP.
- [45] Harte Gold and FTI broadly canvassed the market by contacting 241 parties regarding their potential interest in acquiring Harte Gold's business and assets. This process ultimately culminated in initial competing bids from Silver Lake and Appian and, subsequently, additional competing bids from both entities as part of the SISP. The competitive tension in this process resulted in material improvements for stakeholders on both occasions.

Comparison with Sale in Bankruptcy

- [46] The Monitor has considered whether the completion of the transaction contemplated by the SARSA would be more beneficial to creditors of the applicant and stakeholders generally than a sale or disposition of the business and assets of Harte Gold under a bankruptcy. The Monitor is unambiguously of the view that the SARSA transaction is the vastly more beneficial option.
- [47] The SISP has shown that the SARSA represents the highest and best offer available for Harte Gold's business and assets. The Monitor is satisfied that the approval and completion of the transactions contemplated by the SARSA are in the best interests of the creditors of Harte Gold and its stakeholders generally.
- [48] In addition to anything else, a bankruptcy would jeopardize ongoing operations and the permits and licences necessary to maintain such operations. A sale in bankruptcy would delay and, again, jeopardize the approval and closing of the proposed transaction as it would be necessary to first assign Harte Gold into bankruptcy or obtain a bankruptcy order, convene a meeting of creditors, appoint inspectors and obtain the approval of the inspectors for the transaction prior to seeking a more traditional AVO or an RVO. Additional costs would also be incurred in undertaking those steps. Silver Lake would have to continue to advance additional funds to finance ongoing operations during this extended period. There is no indication it would be willing to do so. In any event, requiring such a process would fundamentally change the value proposition the purchaser has relied upon and is willing to accept.
- [49] Taking all this into account, a sale or disposition of the business and assets of the applicant in a bankruptcy would almost certainly result in a lower recovery for stakeholders and would not be more beneficial than closing the RVO transaction in the CCAA proceedings.

Consultation with Creditors

- [50] Harte Gold's major creditors are Silver Lake, the Appian parties and BNPP. BNPP still has potential claims of approximately \$28 million in respect of its hedge agreements. Silver Lake has claims of approximately \$95 million in respect of the DIP facility and the first lien credit facilities it acquired from BNPP. The Appian parties have claims of approximately US\$34 million in respect of amounts owing under the Appian facility and additional potential claims in respect of obligations under royalty and offtake agreements.
- [51] BNPP was consulted throughout the strategic review process and has executed a support agreement with the purchaser. In addition, as previously described, the purchaser and the Appian Parties have been extensively involved in the SISP.
- [52] While there is no evidence of consultations with unsecured creditors, I do not regard that as a material deficiency given that virtually all creditors, secured and unsecured alike, are going to be paid in full under the terms of the SARSA.

- [53] The Monitor is of the view that the degree of creditor consultation has been appropriate in the circumstances. The Monitor does not consider that any material change in the outcome of efforts to sell the business and assets of the Applicant would have resulted from additional creditor consultation.
- [54] I find, on the evidence, that the Monitor’s assessment of this factor is well supported and correct.

The Effect of the Proposed Sale on Creditors and Other Interested Parties

- [55] The proposed transaction affords the following benefits to the creditors and to stakeholders generally:
- (a) the retention and payment in full of the claims of almost all creditors of Harte Gold;
 - (b) continued employment for all except four of the Harte Gold’s employees;
 - (c) ongoing business opportunities for suppliers of goods and services to the Sugar Loaf Mine; and
 - (d) the continuation of the benefits of the existing Impact Benefits Agreement with Netmizaaggamig Nishnaabeg First Nation.
- [56] The Monitor’s opinion is that the effect of the proposed transaction is overwhelming positive for the vast majority of Harte Gold’s creditors and other stakeholders apart (as discussed below) from the shareholders who have no reasonable economic interest at this point.
- [57] Unlike *Quest*, this is not a case in which the RVO is being used to thwart creditor opposition. Indeed, the evidence is that almost all creditors, secured and unsecured, will be paid in full. To the extent there might be concerns that an RVO structure could be used to thwart creditor democracy and voting rights, those concerns are not present here. This is not a traditional “compromise” situation. It is hard to see how anything would change under a creditor class vote scenario because almost all of the creditors are being paid in full.
- [58] The evidence is that there is no creditor being placed in a worse position, because of the use of an RVO transaction structure, than they would have been in under a more traditional asset sale and AVO structure (or, for that matter, under any plausible plan of compromise).
- [59] Because the transaction contemplates the cancellation of all existing shares and related rights in Harte Gold and the issue of new shares to the purchaser, the existing shareholders of Harte Gold will receive no recovery on their investment. Being a public company, Harte Gold has issued material change notices as the events described above were unfolding. By the time of the commencement of the CCAA proceedings, the shareholders had been advised in no uncertain terms that there was no prospect of shareholders realizing any value for their equity investment.

- [60] The evidence of Harte’s financial problems and balance sheet insolvency, the unsuccessful pre-filing strategic review process, and the hard reality that the only parties willing to bid anything for Harte Gold were the holders of secured debt (and only for, effectively, the value of the secured debt plus carrying and process costs) only serves to emphasize that equity holders will not see, and on any other realistic scenario would not see, any recovery of their equity investment in Harte Gold.
- [61] Under s. 186(1) of the OBCA, “reorganization” includes a court order made under the *Bankruptcy and Insolvency Act* or an order made under the *Companies Creditors Arrangement Act* approving a proposal. While the term “proposal” is unfortunate (because there are no formal “proposals” under the CCAA), I view the use of this term in the non-technical sense of the word; that is, as encompassing any proposal such as the proposed transaction brought forward for the approval of the Court under the provisions of the CCAA in this case.
- [62] Section 186(2) of the OBCA provides that if a corporation is subject to a reorganization, its articles may be amended by the court order to effect any change that might lawfully be made by an amendment under s. 168. Section 168(1)(g) provides that a corporation may from time to time amend its articles to add, change or remove any provision that is set out in its articles, including to change the designation of all or any of its shares, and add, change or remove any rights, privileges, restrictions and conditions, including rights to accrued dividends, in respect of all or any of its shares. This provides the jurisdiction of the court to approve the cancellation of all outstanding shares and the issuance of new shares to the purchaser.
- [63] Section 36(1) of the CCAA contemplates that despite any requirement for shareholder approval, the court may authorize a sale or disposition out of the ordinary course even if shareholder approval is not obtained. While, again, s. 36(1) is concerned with asset sales, the underlying logic of this provision applies to an assessment of cancellation of shares as well. In this case, there is no prospect of shareholder recovery on any realistic scenario.
- [64] Equity claims are subject to special treatment under the CCAA. Section 6(8) prohibits court approval of a plan of compromise if any equity is to be paid before payment in full of all claims that are not equity claims. Section 22(1) provides that equity claimants are prohibited from voting on a plan unless the court orders otherwise. In short, shareholders have no economic interest in an insolvent enterprise: *Sino-Forest Corporation (Re)*, 2012 ONSC 4377, paras. 23-29. In circumstances like Harte Gold’s, where the shareholders have no economic interest, present or future, it would be unnecessary and, indeed, inappropriate to require a vote of the shareholders: *Stelco Inc. (Re)*, 2006 CanLII 4500 at para. 11. The order requested for the cancellation of existing shares is, for these reasons, justified in the circumstances.
- [65] Taking all this into account, I find that the effect of the transaction on creditors and stakeholders is overwhelmingly positive and the best outcome reasonably available in the circumstances.

Fairness of Consideration

- [66] Harte Gold's business and assets have been extensively marketed both prior to and during the CCAA proceedings. At the conclusion of the SISP, two bids were available, which were equivalent in all material respects and represented the highest and best offers received. As described earlier, all parties concurred that the Silver Lake-sponsored SARSA should be determined to be the successful bid. As also described above, the closing of the SARSA transaction will provide a vastly superior recovery for creditors than would a liquidation of Harte Gold's assets in bankruptcy. Based on the market, therefore, the consideration must be considered fair and reasonable.¹
- [67] A further concern with an RVO transaction structure such as this one could be whether, in effect, a purchaser making a credit bid might be getting something (i.e., the licences and permits) for nothing (i.e., the licences and permits were not subject to the creditor's security). It is possible that in a bankruptcy, for example, the licences and permits might have no value. The evidence here is that the purchaser is paying more than Harte Gold would be worth in a bankruptcy. The evidence is also that the purchaser is paying considerably more than just the value of the secured debt. This includes cure costs for third party trade creditors and DIP financing to keep the Mine operational – both payments being made to bring about the acquisition of the Mine as a going concern.
- [68] It is true that no attempt has been made to put an independent value on the transfer of the licences and permits. However, any strategic buyer (Silver Lake is a strategic buyer and acquired the BNPP debt for this purpose) would need the licences and permits. The results of the pre-filing strategic process and the SISP constitutes evidence that no one else among the universe of potential purchasers of an operating gold mine in Northern Ontario was willing to pay more than Silver Lake was willing to pay. In the circumstances, I do not think it could be seriously suggested that Silver Lake is getting "something" for "nothing".
- [69] The Monitor is satisfied that the consideration is fair in the circumstances. I agree with the Monitor's assessment for the reasons outlined above.

Other Considerations Re Appropriateness of RVO vs. AVO

- [70] As noted, Harte Gold has twelve material permits and licenses that are required to maintain its mining operations, as well as twenty-four active work permits and licenses that allow the performance of exploration work and many other forest resource licences and fire permits.
- [71] The principal objective and benefit of employing the RVO approach in this case is the preservation of Harte Gold's many permits and licences necessary to conduct operations at the Sugar Loaf Mine. Under a traditional asset sale and AVO structure, the purchaser would

¹ The total value of the consideration is, perhaps coincidentally, also roughly equivalent to the value of Harte Gold's assets as shown in its audited financial statements in the last full year prior to the commencement of these proceedings.

have to apply to the various agencies and regulatory authorities for transfers of existing licences and permits or, if transfers are not possible, for new licences and permits. This is a process that would necessarily involve risk, delay, and cost. The RVO sought in this case achieves the timely and efficient preservation of the necessary licences and permits necessary for the operations of the Mine.

- [72] It is no secret that time is not on the side of a debtor company faced with Harte Gold's financial challenges. It is also relevant that the purchaser has agreed to provide DIP financing up to \$10.8 million and substantial cure costs of pre and post filing trade obligations. This is all financing required to be able to continue operations as a going concern at the Mine post closing and to fund the CCAA process.
- [73] The position of the purchaser is, not unreasonably, that it will not both continue to fund ongoing operations and the CCAA process and undertake a process of application to relevant government agencies for transfers of the Harte Gold licenses and permits (or, if necessary, for new ones) with all of the risks and uncertainties of possible adverse outcomes and indeterminant delays and costs associated with such a process. The RVO structure will enable the transaction to be completed efficiently and expeditiously, without exposure to these material risks, delays and costs.
- [74] The Monitor supports the use of the RVO transaction structure. The Monitor has also pointed out that the applicant holds some 513 mineral tenures, consisting of three freehold properties, seven leasehold properties, 468 mineral claims and 35 additional tenures. The reverse vesting structure avoids the need to amend the various registrations to reflect a new owner, which would add more cost and delay if the proposed purchase transaction was to proceed through a traditional asset purchase and vesting order.
- [75] In addition, Harte Gold has a significant number of contracts that will be retained under the SARSA. Again, the RVO transaction structure will avoid potentially significant delays and costs associated with having to seek consent to assignment from contract counterparties or, if consents could not be obtained, orders assigning such contracts under s. 11.3 of the CCAA. The Monitor has also pointed out that under the SARSA and the RVO, the purchaser will be required to pay applicable cure costs in respect of the retained contracts which has been structured in substantially the same manner as contemplated by s. 11.3(4) of the CCAA if a contract was assigned by court order.
- [76] For all these reasons, I accept that the proposed RVO transaction structure is necessary to achieve the clear benefits of the Silver Lake purchase and that it is appropriate to approve this transaction in the circumstances.

Conclusion on RVO/Section 36 Issues

- [77] In all the circumstances, I find that the RVO sought in the circumstances of this case is in the interests of the creditors and stakeholders in general. I consider the RVO to be appropriate in the circumstances. The RVO will: provide for timely, efficient and impartial resolution of Harte Gold's insolvency; preserve and maximize the value of Harte Gold's

assets; ensure a fair and equitable treatment of the claims against Harte Gold; protect the public interest (in the sense of preserving employment for well over 250 employees as well as numerous third party suppliers and service providers and maintaining Harte Gold's commitments to the First Nations peoples of the area); and, balances the costs and benefits of Harte Gold's restructuring or liquidation.

Release

- [78] Harte Gold seeks a Release which includes the present and former directors and officers of Harte Gold and the newcos, the Monitor and its legal counsel, and the purchaser and its directors, and officers. The proposed Release covers all present and future claims against the released parties based upon any fact, matter of occurrence in respect of the SARSA transactions or Harte Gold and its assets, business or affairs, except any claim for fraud or willful misconduct or any claim that is not permitted to be released under s. 5.1(2) of the CCAA.
- [79] CCAA courts have frequently approved releases, both in the context of a plan and in the absence of a CCAA plan, both on consent and in contested matters. These releases have been in favour of the parties, directors, officers, monitors, counsel, employees, shareholders and advisors.
- [80] I find that the requested Release is reasonable and appropriate in the circumstances. I base my decision on an assessment of following factors taken from *Lydian International Limited (Re)*, 2020 ONSC 4006 at para. 54. As is often the case in the exercise of discretionary powers, it is not necessary for each of the factors to apply for the release to be approved.
- [81] Whether the claims to be released are rationally connected to the purpose of the restructuring: The claims released are rationally connected to Harte Gold's restructuring. The Release will have the effect of diminishing claims against the released parties, which in turn will diminish indemnification claims by the released parties against the Administration Charge and the Directors' Charge. The result is a larger pool of cash available to satisfy creditor claims. Given that a purpose of a CCAA proceeding is to maximize creditor recovery, a release that helps achieve this goal is rationally connected to the purpose of the Company's restructuring.
- [82] Whether the releasees contributed to the restructuring: The released parties made significant contributions to Harte Gold's restructuring, both prior to and throughout these CCAA Proceedings. Among other things, the extensive efforts of the directors and management of Harte Gold were instrumental in the conduct of the pre-filing strategic process, the SISF and the continued operations of Harte Gold during the CCAA proceedings. With a proposed sale that will maintain Harte Gold as a going concern and permit most creditors to receive recovery in full, these CCAA proceedings have had what must be considered a "successful" outcome for the benefit of Harte Gold's stakeholders. The released parties have clearly contributed time, energy and resources to achieve this outcome and accordingly, are deserving of a release.

- [83] Whether the Release is fair, reasonable and not overly broad: The Release is fair and reasonable. Harte Gold is unaware of any outstanding director claims or liabilities against its directors and officers. Similarly, Harte Gold is unaware of any claims against the advisors related to their provision of services to Harte Gold or to the purchaser relating to Harte Gold or these CCAA proceedings. As such, the Release is not expected to materially prejudice any stakeholders. Further, the Release is sufficiently narrow. Regulatory or environmental liabilities owed to any government authority have not been disclaimed and the language of the Release was specifically negotiated with the Ministry of Northern Development and Mines to preserve those identified obligations. Further, the Release carves out and preserves claims that are not permitted to be released pursuant to s. 5.1(2) of the CCAA and claims arising from fraud or wilful misconduct. The scope of the Release is sufficiently balanced and will allow Harte Gold and the released parties to move forward with the transaction and to conclude these CCAA proceedings.
- [84] Whether the restructuring could succeed without the Release: The Release is being sought, with the support of Silver Lake and the Appian parties (the most significant stakeholders in these CCAA proceedings) as it will enhance the certainty and finality of the transaction. Additionally, Harte Gold and the purchaser both take the position that the Release is an essential component to the transaction.
- [85] Whether the Release benefits Harte Gold as well as the creditors generally: The Release benefits Harte Gold and its creditors and other stakeholders by reducing the potential for the released parties to seek indemnification, thus minimizing further claims against the Administration Charge and the Directors' Charge.
- [86] Creditors' knowledge of the nature and effect of the Release: All creditors on the service list were served with materials relating to this motion. Harte Gold also made additional efforts to serve all parties with excluded claims under the transaction. Additionally, the form of the Release was included in the draft approval and reverse vesting order that was included in the original Application Record in these CCAA proceedings. All of this provided stakeholders with ample notice and time to raise concerns with Harte Gold or the Monitor. No creditor (or any other stakeholder) has objected to the Release. A specific claims process for claims against the released parties in these circumstances would only result in additional costs and delay without any apparent corresponding benefit.

Extension of the Stay

- [87] The current stay period expires on January 31, 2022. Under s. 11.02 of the CCAA, the court may grant an extension of a stay of proceedings where: (a) circumstances exist that make the order appropriate; and (b) the debtor company satisfies the court that it has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.
- [88] Harte Gold is seeking to extend the stay period to and including March 29, 2022 to allow it to proceed with the closing of the Silver Lake transaction, while at the same time preserving the status quo and preventing creditors and others from taking any steps to try and better their positions in comparison to other creditors.

[89] No creditors are expected to suffer material prejudice as a result of the extension of the stay of proceedings. Harte Gold is acting in good faith and will continue to pay its post-filing obligations in the ordinary course. As detailed in Harte Gold's cash flow forecast, it is expected to have sufficient liquidity to continue its operations during the contemplated extension of the stay.

[90] For these reasons the stay is extended to March 29, 2022.

Expansion of Monitor's Powers

[91] The CCAA provides the Court with broad discretion in respect of the Monitor's functions. Section 23(1)(k) of the CCAA provides that the Monitor can "carry out any other functions in relation to the [debtor] company that the court may direct". In addition, of course, s. 11 of the CCAA authorizes this Court to make any order that is necessary and appropriate in the circumstances.

[92] The order for the Monitor's expanded powers is intended to provide the Monitor with the power, effective upon the issuance of the approval and reverse vesting order, to administer the affairs of the newcos (which is necessary to complete the transaction), along with powers necessary to wind down these CCAA proceedings and to put the newcos into bankruptcy following the close of the transaction. No creditor is prejudiced by the expansion of the Monitor's powers to facilitate the transaction and the wind-down of the CCAA proceedings. On the contrary, the granting of such powers is necessary to achieve the benefits of the transaction to stakeholders which have been described above.

[93] I approve the grant of the requested powers to the Monitor.

Conclusion

[94] For all these reasons, the motion for an order approving the Silver Lake transaction, including the RVO structure, is granted. The additional requests for orders extending the stay and expanding the Monitor's powers are also granted.

Penny J.

Date: 2022-02-04

“Come a Little Bit Closer”: Convergence and its Limits in Canadian Restructuring Law

Roderick J. Wood*

1. INTRODUCTION

The German philosopher Arthur Schopenhauer created a parable that has come to be known as the Porcupine’s Dilemma.¹ On a cold winter’s day, a group of porcupines huddle together for mutual warmth. As they get closer, they encounter the sharp quills of their neighbours and draw apart. Feeling the cold, they again come closer. But feeling the jabs from their neighbours, they separate once more. They do so repeatedly until they eventually find a distance in which they can best endure both types of suffering.

Canadian insolvency law policymakers have adopted a policy of convergence in connection with our two major restructuring systems — the *Companies’ Creditors Arrangement Act*² (the “CCAA”) and the commercial proposal provisions of the *Bankruptcy and Insolvency Act*³ (the “BIA”). This started out with a chipping away of a few major differences. Later, this policy was applied with greater intensity and this produced a high of degree of commonality in the statutory provisions. The Legislative Review Task Force of the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals has endorsed the goal of achieving greater consistency and alignment of the restructuring rules in the CCAA and BIA.⁴

An endorsement of this convergence strategy can also be seen in judicial decisions at the very highest level. In *Re Century Services Inc. v. Canada*,⁵ the Supreme Court of Canada considered a line of decisions

* Roderick J. Wood is the F.R. (Dick) Matthews Q.C. Professor of Business Law at the Faculty of Law, University of Alberta.

¹ Arthur Schopenhauer, *Parerga and Paralipomena: Short Philosophical Essays*, vol. 2 (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), at pp. 584-585. Schopenhauer was reflecting on the inability of humans to break down their inner walls in the search for intimacy and affection.

² R.S.C. 1985, c. C-36 [CCAA].

³ R.S.C. 1985, c. B-3 [BIA], Part III, Div. 1, ss. 50-66.

⁴ Legislative Review Task Force (Commercial), “Report on the Commercial Provisions of Bill C-55” (2005) at p. 14, online (pdf): *Insolvency Institute of Canada* < www.insolvency.ca/en/iicresources/resources/Legislative_Task_Force_Report_-_Bill_C-55_2005.pdf > .

that held that the statutory deemed trust in respect of GST was ineffective in BIA restructuring proceedings, but fully effective in CCAA proceedings. The court observed that this would create a “strange asymmetry” that would encourage “statute-shopping.”⁶ The court therefore sought an interpretation that would not produce skewed incentives that would undermine the remedial objectives of restructuring law.

As a result of these legislative and judicial developments, the two restructuring regimes have moved closer together over time. But this policy can only be taken so far. At some point, the attempt to bring the two insolvency systems still closer will interfere with another policy decision — the decision to keep two distinct restructuring law systems instead of having only one.⁷

The question that will be investigated in this article is whether the expansive powers that are available to a supervising judge in CCAA proceedings should also be available to a supervising judge in BIA restructuring proceedings. It will begin with an examination of a recent decision concerning critical supplier orders as a case study. It will then consider the current state of the law concerning the exercise of judicial discretionary authority in BIA restructuring proceedings. It will next consider the implications of the shift from inherent jurisdiction to statutory discretion as the source of this authority. Finally, it will make the case that a policy of convergence must ultimately yield to a countervailing policy that the BIA restructuring system should provide a faster and cheaper restructuring system that is well-suited for small- and medium-sized entities, and that the exercise of expansive judicial powers should be countenanced only to the extent that their availability does not impede this objective.

⁵ *Century Services Inc. v. Canada; Ted Leroy Trucking Ltd., Re*, 2010 SCC 60, 72 C.B.R. (5th) 170 (S.C.C.) [*Century Services*].

⁶ *Century Services*, *ibid.*, at para. 47.

⁷ Jacob Ziegel, “Bill C-55 and Canada’s Insolvency Law Reform Process” (2006) 43 C.B.L.J. 76 at pp. 88-89 thought that the 2009 amendments that introduced substantially similar provisions into the CCAA and the BIA commercial proposal provisions might eventually lead to the integration of the two systems into a single statute “since the rationale for retaining the CCAA as a separate vehicle will have lost much of its force.” However, the integration of the two systems into a single statute is not the same as the integration of the two systems into a single restructuring system. Under the former approach, the statute could continue to provide different rules that accommodate the differing needs of larger and smaller restructurings while also reducing complexity by having a common set of provisions that apply to both types.

2. BACKGROUND

From its very inception, Canadian bankruptcy legislation contained provisions respecting proposals. These proved to be wholly inadequate for several reasons. A major drawback was that they did not bind secured creditors.⁸ It was not until 1992, following the recommendations of the Colter Committee Report,⁹ that the BIA offered a viable restructuring system in the form of the commercial proposal provisions.

The legislators did not give any thought to the desirability of convergence when the commercial proposal provisions were first enacted. They did not do so because they proceeded on the belief that CCAA proceedings would wither on the vine and that restructuring proceedings under the BIA would soon displace CCAA proceedings.¹⁰ It was not long before they recognized that they were mistaken. The next major set of insolvency law amendments were introduced in 1997, and it is at this point that the convergence strategy starts to emerge.¹¹ The voting threshold in the CCAA was reduced from 75% to 66-2/3% to align with the voting threshold in the BIA. Provisions respecting set-off as well environmental claims were also added to the CCAA creating an alignment with provisions that were previously in place in the BIA.¹² New provisions governing claims against corporate directors and eligible financial contracts were added to both Acts, and this contributed to the increasing alignment between the two restructuring systems.¹³

⁸ See Roderick J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law, 2015) at p. 335.

⁹ Gary F. Colter, Canada, Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency, *Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency: Proposed Bankruptcy Act Amendments* (Ottawa: Ministry of Supply and Services Canada, 1986).

¹⁰ Ziegel, *supra* note 7 at 80 states:

[T]he Colter Committee had assumed that this previously little used Act had become obsolete and that future restructurings would gravitate naturally to the commercial proposal provisions in the 1992 amendments.

See also *Century Services*, *supra* note 5 at para. 21 in which the court states:

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 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.

¹¹ *Act to Amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act and the Income Tax Act*, S.C. 1997, c. 12.

¹² CCAA, *supra* note 2, ss. 11.8 and 21. Equivalents may be found at BIA, *supra* note 3, ss. 14.06 and 97(3).

The policy of convergence reached its zenith with the coming into force of the 2009 amendments to the BIA and CCAA.¹⁴ New provisions that governed a wide variety of matters were added to both statutes. These included court approval of administrative charges and interim financing charges, court authorization of asset sales, court authorization of contract assignment and override of non-assignment clauses, rules for the disclaimer of contracts, and the power to remove a director.¹⁵ In 2019, parallel amendments concerning the requirement that interested persons shall act in good faith were enacted.¹⁶

There were two important exceptions to this parallelism. First, new rules governing critical suppliers were added only to the CCAA and not to the BIA restructuring provisions. Second, courts in CCAA proceedings were given the power to make any order that it considers appropriate.¹⁷ No equivalent conferral of general judicial power was included in the BIA.

3. SOCCER EXPRESS TRADING CORP.: A CASE STUDY

The recent decision of Justice Fitzpatrick in *Re Soccer Express Trading Corp.*¹⁸ (“*Soccer Express*”) provides a useful case study. Soccer Express Trading Corp. (“Soccer Express”) and Kahunaverse Sports Group Inc. (“Kahunaverse”) sold multi-brand sporting equipment, apparel, and accessories to individuals, institutions, and sports teams across Canada. On March 11, 2020, Soccer Express and Kahunaverse filed notices of intention to file proposals (“NOIs”) pursuant to the commercial proposal provisions of the BIA. Before the NOIs were filed, Soccer Express and the Kahunaverse entered into a share purchase agreement with Greyrock Capital Incorporated (“Greyrock”). The NOIs were filed to permit the debtor companies to obtain interim financing that would allow the

¹³ CCAA, *supra* note 2, ss. 2.1 “eligible financial contract”, 5.1 and 11.03; BIA, *supra* note 3, ss. 2 “eligible financial contract”, 50(13)-(18) and 69.31.

¹⁴ *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; *An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies’ Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005*, S.C. 2007, c. 36.

¹⁵ CCAA, *supra* note 2, ss. 11.2, 11.3, 11.5, 11.52, 32, 36 and 44-61; BIA, *supra* note 3, ss. 64.2, 50.6, 64, 65.11, 65.13, 84.1 and 267-284.

¹⁶ CCAA, *ibid.*, s. 18.6; BIA, *ibid.*, s. 4.2.

¹⁷ CCAA, *ibid.*, s. 11.

¹⁸ 2020 BCSC 749, 80 C.B.R. (6th) 133 (B.C. S.C.) [*Soccer Express*].

CONVERGENCE AND ITS LIMITS IN RESTRUCTURING LAW

continuation of business operations pending the presentation of a proposal to the creditors that would permit the sale to Greyrock to close.

Despite the additional challenges of attempting a restructuring during the COVID-19 pandemic, the restructuring achieved some progress and success. On March 30, 2020, an administrative charge and an interim financing charge were obtained and the time for filing a proposal was extended to May 25, 2020. A major hurdle that threatened the success of the restructuring was encountered in connection with the dealings of the debtor companies with adidas.

Adidas was the largest supplier to the companies, with a relationship that had existed for decades. The debtor companies encountered financial difficulties in 2019. In late February, adidas asked the companies to grant it a general security agreement to secure the combined debt of \$1.89 million that the debtor companies owed to adidas. It was at this point that the companies filed the NOIs. Following this, the companies made a concerted attempt to negotiate a with adidas. They confirmed that at all post-filing orders would be paid on a cash on delivery basis. The debtor companies and Greyrock hoped to reach a long-term supply arrangement with adidas that would maintain the supply relationship after the companies emerged from the restructuring proceedings. Failing this, they sought to confirm ongoing supply and payment terms to the end of their existing long term supply contract with adidas. They made no headway in these attempts — adidas made it clear that they were unwilling to continue to supply to the debtor companies unless ordered to do so by a court.

On April 28, 2020, the debtor companies commenced proceedings seeking an order to continue the BIA proceedings under the CCAA, which was granted on April 30, 2020. The principal reason for doing so was to gain access to the broader relief available under the CCAA in the form of a critical supplier order that would compel a critical supplier to continue to supply.¹⁹ At the comeback hearing, the court declared adidas to be a critical supplier and ordered it to continue to supply.²⁰ The court rejected proposals advanced by adidas that would vary the terms or the existing long term supply agreement, require payments in advance of shipments, and require payment of a portion of the pre-filing obligations owed to adidas.²¹ The court also imposed a critical supplier charge and,

¹⁹ The court also declared adidas to be a critical supplier and ordered them to supply on a cash on delivery basis. Although s. 11.001 of the CCAA permits only temporary and limited relief until the comeback hearing unless it is necessary for the continued operation of the business, the court held that a critical supplier order was essential.

²⁰ *Soccer Express*, *supra* note 18 at paras. 64-68.

²¹ *Soccer Express*, *ibid.*, at paras. 69-91.

with the consent of the interim lender, ranked it second only to the administration charge.²²

4. THE JOINT TASK FORCE RECOMMENDATION

Soccer Express provides an excellent illustration of the consequences of an asymmetry in the substantive restructuring rules that relate to judicial orders and third-party rights. The debtor companies undoubtedly made an assessment that the BIA provided the better avenue for the restructuring attempt. However, the BIA proceedings were subsequently seen as inadequate once it became clear that a critical supplier was prepared to curtail future supplies to improve its position in respect of the pre-filing obligations. The debtor companies were not locked into their initial selection since the CCAA permits the continuation of BIA restructuring proceedings under the CCAA.²³

Given this, might it not make better sense to amend the commercial proposal provisions of the BIA through the addition of critical supplier provisions in the same form as that contained in the CCAA? This extension would eliminate the added time and cost required in connection with the continuation application. This argument gains further force given the lack of any explanation in the government documents associated with the 2009 amendments. Although clearly not an oversight, there is no explanation why similar provisions were not added to the BIA.

The Joint Task Force (“JTF”) of the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals in 2014 made the following recommendation for reform:

The JTF believes that the inclusion of similar provisions in the BIA is worthy of consideration as there appears to be no underlying rationale to justify that the critical supplier mechanisms, as codified in the CCAA, be restricted to debtor companies seeking to restructure under the CCAA. It may also be of interest to further reflect upon the allowance of pre-filing payments to critical suppliers while nonetheless maintaining the broad judicial discretion set out in section 11.4 of the CCAA.²⁴

²² *Soccer Express, ibid.*, at paras. 92-96.

²³ CCAA, *supra* note 2, s. 11.6.

²⁴ Joint Task Force, “Report on the Statutory Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors Arrangement Act” (15 July 2014) at p. 41, online (pdf): *Insolvency Institute of Canada* <www.insolvency.ca/en/resources/DOCS-13606783-v1-JOINT_TASK_FORCE_REPORT_-_JULY_15_2014.PDF>.

CONVERGENCE AND ITS LIMITS IN RESTRUCTURING LAW

The JTF recommendation proposed adding an equivalent section to section 11.4 of the CCAA to the BIA. The second part of the recommendation is less definitive. It suggests that a supervising court in commercial proposal proceedings should also have the power to authorize the payment of pre-filing obligations to critical suppliers. Courts have made such orders in CCAA proceedings.²⁵ When they have done so, they have typically identified section 11 as the source of authority.²⁶ In other words, they have not regarded the mere presence of section 11.4 of the CCAA as precluding other responses to the issue of critical suppliers. They have therefore authorized the payment of pre-filing claims in situations where a critical supplier order might be ineffective because the critical supplier was in another country.²⁷

Although the JTF recommendation suggests that a supervising judge in commercial proposal provisions should have the power to permit the payment of pre-filing claims, it did not make any specific recommendations concerning how this authority might be provided. One possibility would be through a specific provision that authorized such orders only in relation to payments to critical suppliers. However, this raises a fundamental issue. Should the commercial proposal provisions of the BIA authorize courts to make the same broad orders that a court is able to make under the CCAA? The amendment of the BIA to include a provision equivalent to section 11 of the CCAA would permit a court to authorize payment of pre-filing claims of a critical supplier, but it would also permit a court in BIA proceedings to make the same broad range of remedial orders that a court can make under CCAA proceedings.

5. JUDICIAL AUTHORITY IN BIA RESTRUCTURING PROCEEDINGS

The issue of critical supplier orders under the commercial proposal provisions of the BIA is a smaller part of a much larger question. To what extent, if at all, does a supervising judge in BIA restructuring proceedings have the authority to make the same types of orders that can be made by a supervising judge in CCAA proceedings?

²⁵ *Re Canwest Global Communications Corp.* (2009), 59 C.B.R. (5th) 72, [2009] O.J. No. 4286 (Ont. S.C.J. [Commercial List]).

²⁶ *Re Performance Sports Group Ltd.*, 2016 ONSC 6800, 41 C.B.R. (6th) 245 (Ont. S.C.J. [Commercial List]) [*Performance Sports*]; *Re Toys “R” Us (Canada) Ltd.*, 2017 ONSC 5571, 2017 CarswellOnt 14645 (Ont. S.C.J. [Commercial List]) [*Toys R Us*].

²⁷ *Re Northstar Aerospace Inc.*, 2012 ONSC 4546, 2012 CarswellOnt 9721 (Ont. S.C.J. [Commercial List]).

Consider the following situations where courts have invoked their general discretionary power under section 11 of the CCAA:

- appointing of representative counsel;²⁸
- authorizing payment of pre-filing obligations of critical suppliers;²⁹
- granting reverse vesting orders;³⁰
- authorizing key employee retention plans (KERP) secured by KERP charges;³¹
- extending the stay to non-corporate entities;³²
- barring voting on a plan where a creditor is acting for an improper purpose;³³ and
- terminating CCAA proceedings and releasing third-party claims in the absence of a plan of arrangement.³⁴

Can a supervising judge in BIA commercial proposal proceedings make similar orders?

There is surprisingly little case law that is of assistance to us in attempting to answer these questions. One of the earliest authorities is the decision in *Re Bearcat Explorations Ltd.*³⁵ Although the matter was decided before the coming into force of the 2009 amendments to the insolvency statutes, Justice Romaine noted in the judgment that a Senate Committee report had recommended the amendment of both the CCAA and the BIA to provide for DIP (interim) financing. The issue was whether the court could make an order for DIP financing in BIA commercial proposal proceedings. Justice Romaine stated:

²⁸ *Re League Assets Corp.*, 2013 BCSC 2043, 7 C.B.R. (6th) 74 (B.C. S.C.).

²⁹ *Performance Sports*, *supra* note 26; *Toys R Us*, *supra* note 26.

³⁰ *Re Quest University Canada*, 2020 BCSC 1883, 85 C.B.R. (6th) 41 (B.C. S.C.) (leave to appeal refused 2020 CarswellBC 3252 (B.C. C.A.); *Arrangement relatif à Nemaska Lithium inc.*, 2020 QCCA 1488 (C.A. Que.), leave to appeal refused 2021 CarswellQue 4589 (S.C.C.), leave to appeal refused 2021 CarswellQue 5301 (S.C.C.)).

³¹ *Re U.S. Steel Canada Inc.*, 2016 ONSC 5215, 39 C.B.R. (6th) 227 (Ont. S.C.J.), leave to appeal refused 2017 CarswellOnt 1346 (Ont. C.A.); *Re 1057863 B.C. Ltd.*, 2020 BCSC 1359, 82 C.B.R. (6th) 253 (B.C. S.C.).

³² *Re 1057863 B.C. Ltd.*, 2020 BCSC 1057, 2020 CarswellBC 1752 (B.C. S.C.).

³³ *9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, 78 C.B.R. (6th) 1 (S.C.C.).

³⁴ *Re ENTREC Corporation*, 2020 ABQB 751, 84 C.B.R. (6th) 195 (Alta. Q.B.).

³⁵ 2004 CarswellAlta 1183, 3 C.B.R. (5th) 167 (Alta. Q.B.) [*Bearcat*].

CONVERGENCE AND ITS LIMITS IN RESTRUCTURING LAW

The courts have found authority for the use of DIP financing in CCAA scenarios both under the legislation and through the exercise of their inherent jurisdiction. The brevity of the CCAA and its remedial nature has allowed the courts to be creative in ensuring the objects of the legislation are met.

In contrast, the BIA proposal provisions are specific and detailed. They are designed to provide a quick and inexpensive process for an insolvent debtor to resolve issues with its unsecured creditors and emerge from the proposal process. However, there is nothing in these provisions that precludes the concept of super-priority financing, nor would DIP financing be in conflict with the proposal provisions under the BIA.

.

I am satisfied that I have the authority through the exercise of inherent jurisdiction to order DIP financing in an appropriate case involving a proposal under the BIA, although such cases may be rare. This is an extraordinary case.³⁶

This decision was subsequently followed in *Re Farmpure Seeds Inc.*³⁷ Thereafter, the coming into force of the 2009 amendments made it unnecessary to invoke inherent jurisdiction as an express grant of statutory authority was conferred in respect of such orders in both CCAA and BIA restructuring proceedings.

More recently, courts have authorized KERPS and KERP charges in BIA restructuring proceedings. In *Re Danier Leather Inc.*³⁸ Justice Penny noted that similar orders had been frequently made in BIA restructuring proceedings.³⁹ These decisions do not discuss the source of the authority that permits the court to make these orders in BIA proceedings. Rather, they simply applied CCAA authorities without differentiation.

6. THE SHIFT FROM INHERENT JURISDICTION TO STATUTORY DISCRETION

At one time, the extraordinary judicial powers in restructuring proceedings were thought to be derived from the inherent jurisdiction

³⁶ *Bearcat, ibid.*, at paras. 6, 7 and 9.

³⁷ 2008 SKQB 381, 48 C.B.R. (5th) 137 (Sask. Q.B.) [*Farmpure*].

³⁸ 2016 ONSC 1044, 33 C.B.R. (6th) 221 (Ont. S.C.J.).

³⁹ *In the Matter of the Notice of Intention of Starfield Resources Inc.* (March 15, 2013), Doc. Toronto CV-13-10034-00CL (Ont. S.C.). See also *In the Matter of the Notice of Intention of Sensio Technologies Inc.* (December 23, 2015), Doc. Toronto 500-11-049891-159; *In the Matter of the Notice of Intention to Make a Proposal of Impopharma Inc.* (August 2, 2018), Doc. Toronto 31-458512.

of the court.⁴⁰ This theory slowly began to wain in influence. Appellate courts indicated that the powers might better be characterized as being derived from the statute itself.⁴¹ This was premised on the idea was that Parliament must have intended courts to be able to exercise powers that were necessary to permit the restructuring of financially distressed companies for otherwise the entire purpose of the legislation would be frustrated. The skeletal nature of the CCAA in its earlier incarnation lent further support to the idea that the exercise was really one of statutory interpretation and gap-filling.⁴²

Justice Newbould in *Yukon (Government of) v. Yukon Zinc Corporation*⁴³ described this transformation:

In the early 1990s, prior to substantial amendments to it, the CCAA was considered to be a “bare-bones” statute and the court struggled to make it an effective mechanism to achieve successful reorganizations of financially distressed companies. Judges resorted to the use of the court’s inherent jurisdiction to find authority to make orders. Over time, it was recognized that judges had stretched the bounds of the doctrine of inherent jurisdiction and that the use by judges of inherent jurisdiction was a misnomer for the exercise of statutory discretion . . .⁴⁴

There has been a corresponding shift in respect of other types of insolvency proceedings. In both receivership and bankruptcy proceedings, courts are now more inclined to characterize judicial discretionary powers as being based on statutory discretion rather than inherent jurisdiction.⁴⁵

⁴⁰ See, e.g., *Re Westar Mining Ltd.* (1992), 70 B.C.L.R. (2d) 6, [1992] 6 W.W.R. 331 (B.C. S.C.), leave to appeal refused 1992 CarswellBC 1147 (B.C. C.A.); *Re Royal Oak Mines Inc.* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293, [1999] O.J. No. 864 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]); *Re Hunters Trailer & Marine Ltd.*, 2001 ABQB 546, [2001] 9 W.W.R. 299 (Alta. Q.B.).

⁴¹ See *Re Skeena Cellulose Inc.*, 2003 BCCA 344, 43 C.B.R. (4th) 187 (B.C. C.A.) at para. 46; *Re Stelco Inc.* (2005), 75 O.R. (3d) 5, [2005] O.J. No. 1171 (Ont. C.A.) at paras. 36-38.

⁴² Georgina R. Jackson 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). See also Sam Babe, “Recent Use of Statutory Discretion and Inherent Jurisdiction in Insolvency and Restructuring” (2020), *Ann. Rev. Insolv. L.* 429.

⁴³ 2021 YKCA 2, 2021 CarswellYukon 18 (Y.T. C.A.).

⁴⁴ *Yukon Zinc*, *ibid.* at para. 126.

⁴⁵ *Re Quest Guardian Properties Ltd.*, 2021 BCSC 251, 86 C.B.R. (6th) 221 (B.C. S.C.) at para. 62; *Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources*

CONVERGENCE AND ITS LIMITS IN RESTRUCTURING LAW

The shift from a theory of inherent jurisdiction to one of statutory discretion in restructuring law was not a mere exercise in rebranding that simply substituted one term for another. There are two important consequences connected with this shift. The first concerns the availability of the powers. Although inherent jurisdiction is not necessarily limited to the control of the court's own processes, the doctrine is to be used "sparingly and with caution."⁴⁶ Statutory discretion under the CCAA is tested against the requirements of appropriateness, good faith, due diligence. Appropriateness is to be assessed by inquiring whether the order sought advances the policy objectives underlying the CCAA.⁴⁷ The shift from inherent jurisdiction to statutory discretion put an end to any notion that the judicial powers were extraordinary or limited in availability. The second consequence of the shift concerns conflicting provincial statutes. Under a theory of inherent jurisdiction, a court is unable to make an order that conflicts with a provincial statute.⁴⁸ Under a theory of statutory discretion, a court is not so limited, and the provincial statute will be inoperative under the paramountcy doctrine.⁴⁹

In 2009, the shift from inherent jurisdiction to statutory discretion became firmly cemented in place in the CCAA through the inclusion of an express statutory provision that gave the court the authority to make any order so long as it is not inconsistent with any of the restrictions set out in the legislation. The Supreme Court of Canada in *9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*⁵⁰ confirmed that section 11 of the CCAA supplants any need to rely on inherent jurisdiction.

The source of authority for the judicial orders in the CCAA has therefore undergone not just one, but two makeovers. It started out as

Inc., 2019 ONCA 508, 70 C.B.R. (6th) 181 (Ont. C.A.) at para. 53, additional reasons 2019 CarswellOnt 13563 (Ont. C.A.). This has not completely displaced inherent jurisdiction as a source of authority. Extraordinary measures needed to deal with the COVID-19 pandemic are the types of special cases that are best dealt with using inherent jurisdiction. See *Re Stephen Francis Podgurski*, 2020 ONSC 2552, 79 C.B.R. (6th) 96 (Ont. S.C.J.); *Durham Sports Barn Inc. Bankruptcy Proposal*, 2020 ONSC 5938, 84 C.B.R. (6th) 293 (Ont. S.C.J.).

⁴⁶ *R. c. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78 (S.C.C.) at para. 30. See also *Kingsway General Insurance Co. v. Residential Warranty Co. of Canada Inc. (Trustee of)*, 2006 ABCA 293, 25 C.B.R. (5th) 38 (Alta. C.A.); *Podgurski*, *ibid.*

⁴⁷ *Century Services*, *supra* note 5, at para. 70.

⁴⁸ *Baxter Student Housing Ltd. v. College Housing Co-operative Ltd.* (1975), 20 C.B.R. (N.S.) 240, [1976] 2 S.C.R. 475 (S.C.C.).

⁴⁹ *Sun Indalex Finance LLC v. United Steelworkers; Indalex Ltd., Re*, 2013 SCC 6, 96 C.B.R. (5th) 171 (S.C.C.) at para. 60

⁵⁰ 2020 SCC 10, 78 C.B.R. (6th) 1 (S.C.C.) at paras. 67-68.

theory of inherent jurisdiction. This was supplanted by a theory that the Parliament impliedly authorized courts to exercise these powers. Finally, it was further altered by the enactment of the current section 11. This signals a further shift from an implied grant of statutory authority to an express grant of statutory authority.

7. THE SIGNIFICANCE OF THIS SHIFT FOR BIA RESTRUCTURING PROCEEDINGS

The shift away from a reliance on inherent jurisdiction means that the sparse case law concerning judicial authority in BIA restructurings must be re-evaluated and reconceptualized. Decisions such as *Bearcat*⁵¹ and *Farmpure*⁵² can no longer be relied upon to extent that they hold that the supervising judge's powers to make orders not specifically provided for in the statute is based on inherent jurisdiction.

It seems clear that the availability of judicial authority to make such orders in BIA restructuring proceedings must now fall to be determined on a theory of implied statutory authority or gap-filling. What this means is that the question ultimately comes down to an exercise in statutory interpretation and whether an expansive interpretation of the statute is capable of being supported.⁵³ This introduces a real challenge for those who wish to argue that the BIA contemplates that same wide powers in BIA restructuring proceedings as are exercised in CCAA restructuring proceedings. The first hurdle that will need to be overcome is the argument that a supervising judge in BIA proceedings is limited to those powers that are expressly conferred by statute.

This argument centres upon a comparison of the two legislative restructuring regimes. Both contain express statutory powers that authorize a court to make order concerning a variety of issues.⁵⁴ However, the CCAA has an additional provision — section 11 — that is not contained in the BIA that confers on the court the authority to make any other that it thinks appropriate.⁵⁵ The argument is that if Parliament wanted to confer similar powers to courts in BIA proceedings, it would have included a similar provision in the commercial restructuring provisions of the BIA. The fact that it did not do so is proof that

⁵¹ *Bearcat*, *supra* note 35.

⁵² *Farmpure*, *supra* note 37.

⁵³ *Century Services*, *supra* note 5 at para. 66.

⁵⁴ CCAA, *supra* note 2, ss. 11.2, 11.3, 11.5, 11.52, 32 and 36; BIA, *supra* note 3, ss. 64.2, 50.6, 64, 65.11, 65.13 and 84.1.

⁵⁵ Section 11 makes it clear that the court cannot use this power to circumvent restrictions that are set out in the CCAA.

CONVERGENCE AND ITS LIMITS IN RESTRUCTURING LAW

Parliament intended to limit courts in BIA proceedings to the powers expressly provided for in the statute. If additional judicial powers are to be given to courts in BIA proceeding this must be done through legislative amendment of the BIA.

A somewhat weaker version of this argument is that a theory of implied statutory authorization or gap-filling is not absolutely precluded by the codification of statutory authorization in one of the restructuring regimes but not the other. However, as a matter of statutory interpretation, Parliament must have envisaged a much more limited role for the availability of such powers in BIA restructuring proceedings.

This argument is based on a comparison of the structural characteristics of the two restructuring systems. The skeletal nature of the CCAA statute in its original form is taken as evidence that it must have been Parliament's intention to permit the court to make wide-ranging orders to put "flesh on the bones."⁵⁶ By way of contrast, BIA restructuring proceedings are more comprehensive and rule-based, such that the exercise of broad judicial powers based on statutory interpretation and gap-filling did not play as significant a role. This sentiment can be seen in the comments of Justice Deschamps in *Century Services*:

[T]he 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.⁵⁷

There is another element that might further restrict the types of orders that can be made in BIA proceedings. This limitation also originates from the interpretation of the statute. Unlike the CCAA, the BIA restructuring proceedings form part of a larger statute that covers bankruptcy and receivership proceedings as well. Many of the provisions that pertain to bankruptcy proceedings apply as well to BIA

⁵⁶ This expression appears to have been first used in the following passage in *Re Westar Mining Ltd.* (1992), 14 C.B.R. (3d) 88, [1992] 6 W.W.R. 331 (B.C. S.C.), leave to appeal refused 1992 CarswellBC 1147 (B.C. C.A.):

Proceedings under the CCAA are a prime example of the kind of situations where the court must draw upon such powers to "flesh out" the bare bones of an inadequate and incomplete statutory provision in order to give effect to its objects.

Justice Blair in *Stelco supra* note 41 at para. 32 subsequently shortened this into the "putting flesh on the bones" that has been often quoted.

⁵⁷ *Century Services, supra* note 5, at para. 15.

restructuring proceedings. Consequently, these statutory provisions must be considered when interpreting the statute.

This approach was adopted in *Yukon Zinc*.⁵⁸ One of the issues was whether a court could make an order which allowed the receiver to use property owned by another person without their consent. Justice Newbould held that the statutory authority in the BIA that permitted a court to “take any other action that the court considers advisable” had to be interpreted in light of subsection 72(1) of the BIA. This provides:

The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by that law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

Since the ownership right and right of possession of a third party was not in conflict with the BIA they were therefore protected under subsection 72(1). Explicit language was required to interfere with this right.⁵⁹

As the commercial proposal provisions are contained in the BIA, subsection 72(1) of the BIA would also apply in connection with BIA restructuring proceedings. The protection is not limited to rights conferred by statute but extends to any other law relating to property and civil rights. This would include not only property rights but contractual rights as well.

These limitations on the exercise of judicial authority in BIA restructuring proceedings are not affected by the deference afforded by appellate courts to the decisions made by supervising judges in restructuring proceedings. The underlying reason for the deference is a recognition that supervising judges “are steeped in the intricacies” of the restructuring process.⁶⁰ The question as to the source of the judicial powers concerns the correct interpretation of the insolvency law statute, and therefore the standard is correctness.

⁵⁸ *Yukon Zinc*, *supra* note 43.

⁵⁹ A similar approach to the interpretation of the BIA had been applied in *GMAC Commercial Credit Corp. - Canada v. TCT Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123 (S.C.C.); and *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419 (S.C.C.).

⁶⁰ *Re Harmon International Industries Inc.*, 2020 SKCA 95, 81 C.B.R. (6th) 1 (Sask. C.A.) at paras. 40-41.

8. SHOULD WIDER JUDICIAL POWERS BE AVAILABLE IN BIA PROCEEDINGS?

There are clearly several significant impediments that limit the ability of a supervising judge in BIA restructuring proceedings to make the kinds of orders that are made by judges in CCAA proceedings. The present state of the law leaves much to be desired. A company will often need to decide whether to commence restructuring proceedings under the CCAA or under the BIA. This decision will be made by weighing several competing factors. To make an informed choice, the decision-maker should know what types of judicial orders can be made under the BIA. Unfortunately, this basic question cannot be answered with certainty.

It is time to directly address the issue of discretionary judicial powers in BIA restructuring proceedings. We should do so by attempting to identify which types of orders that are made in CCAA proceedings should be capable of being made in BIA restructuring proceedings. The fact that the CCAA was once skeletal, and that the BIA is more rule-based can be put aside as we are no longer concerned with matters of statutory interpretation. Our objective is to determine if there is a legitimate role for the exercise of expansive judicial powers in BIA restructuring proceedings. If we conclude that there are, the next step would be to invite Parliament to consider amendment of the BIA to provide supervising judges with express statutory authority to make these types of orders. The JTF has already started along this path in its recommendation that critical supplier provisions like those in the CCAA should be added to the BIA.

This, of course, forces us to grapple with a rather difficult question: which of the powers are ones that we think should be available in BIA restructuring proceedings and which do we think should not be available? Or should we conclude that all the powers that can be exercised in CCAA proceedings should also be available in BIA restructuring proceedings?

To answer this question, I believe that it is necessary to understand why Canadian insolvency law maintains two commercial restructuring systems of general application. The conventional explanation is that the CCAA place more reliance on court supervision and greater flexibility, and this makes it more suitable for use in connection with larger businesses. This flexibility comes from the wider authority that is conferred on the supervising judge to craft unique orders that are designed to address the dynamics of the situation at hand. Restructuring under the BIA is directed towards small- and medium-sized entities where there is often less need for the flexibility but a greater about the high costs of restructuring.

The BIA commercial proposal provisions contain many features are geared to produce a faster and cheaper process. These include:

- a six-month time-limit for completion;⁶¹
- automatic bankruptcy upon failure of the proceedings;⁶²
- an easier ability to commence the proceedings combined with more onerous requirements for obtaining an extension;⁶³
- a more easily satisfied test for termination of restructuring proceedings;⁶⁴
- statutory rules that eliminate the need to develop a meeting order;⁶⁵ and
- statutory rules that eliminate the need to develop a claims procedure order.⁶⁶

The analysis of the issue should therefore focus on whether expanded judicial powers in BIA restructuring proceedings would advance or detract from the goal of creating a faster and cheaper restructuring alternative that better serves the needs of small- and medium-sized enterprises. The policy of convergence that promotes the use of a common set of rules or principles in both restructuring systems reaches its limit when different treatment is needed to preserve that the faster and cheaper characteristics of BIA restructuring proceedings.

Let us first consider the possibility of giving a supervising judge in BIA restructuring proceedings the same wide powers that are available to a supervising judge in CCAA proceedings. This would be put into effect by an amendment that would introduce a provision equivalent to section 11 of the CCAA into the commercial proposal provisions of the BIA.

⁶¹ BIA, *supra* note 3, s. 50.4(9).

⁶² BIA, *ibid.*, ss. 50.4(8), 57, 61(2) and 63(4).

⁶³ BIA, *ibid.*, ss. 50.4 and 50.4(9).

⁶⁴ BIA, *ibid.*, s. 50.4(11). An earlier version of the 1997 amendments to the CCAA proposed that the test for termination of proceedings under the CCAA should be substantially the same as section 50.4(11) of the BIA. This reform was abandoned after expert testimony before the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce raised concerns that this would impede the prospects of a successful restructuring. The proposed amendment and the reaction to it is discussed in *ICR Commercial Real Estate (Regina) Ltd. v. Bricore Land Group Ltd.*, 2007 SKCA 72, 33 C.B.R. (5th) 50 (Sask. C.A.) at paras. 52-54.

⁶⁵ BIA, *supra* note 3, ss. 102-115.1.

⁶⁶ BIA, *ibid.*, ss. 121-134.

CONVERGENCE AND ITS LIMITS IN RESTRUCTURING LAW

Soccer Express might be raised as an argument in support of this position. The inability to grant a critical supplier order in BIA restructuring proceedings did not change the outcome — it simply meant that additional time and effort was required to switch from one restructuring system to the other. Does the ability to obtain continuance of BIA restructuring proceedings under the CCAA provide a compelling argument for an equivalency of judicial authority under the two restructuring systems?

The counterargument is that *Soccer Express* supports the opposite conclusion. Although a supervising judge plays an important role in managing the process, the ability to advance novel arguments can lead to added expenses and delays even if these claims are ultimately rejected. The interested party has the right to come to court and ask for the relief and the judge is bound to hear the argument. For this reason, a system that requires continuance under the CCAA to access the more expansive judicial powers available under the CCAA makes sense. It preserves the fast-track of the BIA proceedings in most cases, while making available these discretionary powers in those instances in which they are truly necessary for the success of the restructuring.

Let us consider next the possibility of giving the supervising judge in BIA restructuring proceedings express statutory authority on a more limited basis. For example, the BIA might be amended to give a supervising judge in BIA restructuring proceedings the power to make critical supplier orders as well as the power to make KERP orders and KERP charges.⁶⁷ These types of orders are ones that are often made at the same time an interim financing order is made. These types of orders are in a sense more routine and less exceptional than many of the other types of orders that are made in CCAA proceedings. The introduction of these judicial powers would therefore not be expected to result in a drag on the flow of the proceedings that would slow its progress or increase its costs.

⁶⁷ Magnus Verbrugge and Ryan Laity, “Let’s Not Codify the Used of KERPs, Stalking Horse Bids and Third Party Releases” (2014) 3 J.I.I.C. 43 argue against codification of KERP orders on the ground that it would be unnecessary and might impede the development of the law in these areas. This argument centres on the whether the CCAA should expressly specify the test or factors that are to be considered by a court in making these orders. It therefore does not address the desirability of an express statutory authority in connection with such orders in BIA restructuring proceedings.

9. CONCLUSION

A policy of convergence that promotes similar treatment and parallel legal development of the two restructuring systems makes good sense. It means that many of the judicial precedents and the legal tests developed under the CCAA will be relevant in BIA restructuring proceedings. This leads to less complexity and promotes judicial economy. This is particularly useful because the case law connected with BIA restructurings is often quite sparse and the ability to apply the deeper reservoir of CCAA decisions is highly beneficial.

However, the convergence policy reaches a limit when it knocks up against the competing policy of maintaining two restructuring systems — one geared towards the larger companies and the other geared towards small- and medium-sized entities. Differences between the restructuring rules are justifiable to the extent that they are required to achieve the differing objectives of the two restructuring systems. Expansive judicial powers are well suited to the restructuring of large entities in which a premium is placed on flexibility and creativity. In smaller restructuring that require a faster and cheaper process, the ability to raise these types of novel claims can threaten the successful completion of the restructuring within the limited time frame provided for its completion.

There may nevertheless be some scope for the widening of the judicial powers available in BIA restructuring proceedings. Consideration should be given to the granting of express statutory authorization of critical supplier orders, KERP orders, and KERP charges in BIA restructuring proceedings on the basis that these arguments are relatively routine and well-established. However, the wide judicial powers given to courts in CCAA proceedings should not be imported into the BIA restructuring proceedings through legislative change, and courts should not seek to produce this result through the process of statutory interpretation and gap-filling.