

**ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
IN BANKRUPTCY AND INSOLVENCY**

IN THE MATTER OF THE BANKRUPTCY OF
Curriculum Services Canada/Services Des Programmes D'Etudes Canada
of the City of Toronto
in the Province of Ontario

BRIEF OF AUTHORITIES OF THE APPELLANT
(appeal from disallowance of proof of claim)

January 10, 2019

MINDEN GROSS LLP
Barristers and Solicitors
2200 - 145 King Street West
Toronto, ON M5H 4G2

Catherine Francis (LSO# 26900N)
cfrancis@mindengross.com

Tel: 416-369-4137
Fax: 416-864-9223

Lawyers for the Moving Party/Appellant,
Medallion Corporation as authorized
agents for 280 Richmond Street West
Limited

TO: **PALLET VALO LLP**
Lawyers & Trade-mark Agents
77 City Centre Drive
West Tower, Suite 300
Mississauga, Ontario L5B 1M5

Alex Ilchenko
ailchenko@pallettvalo.com
Tel: 905-273-3022 Ext. 203
Fax: 905-273-6920

Lawyers for the Trustee, RSM Canada Limited

INDEX

TAB	AUTHORITIES
1	<i>Royal Bank of Canada v. Insley</i> , 2010 SKQB 17 (CanLII)
2	<i>Highway Properties Ltd. v. Kelly, Douglas and Co. Ltd.</i> , [1971] SCR 562, 1971 CanLII 123 (SCC)
3	<i>Morguard Corporation v. Bramalea City Centre Equities</i> , 2013 ONSC 7213 (CanLII)
4	<i>Cummer-Yonge Investments Ltd. v. Fagot</i> , 1965 CanLII 295 (ON SC), [1965] 2 O.R. 152, aff'd [1965] 2 O.R. 157n
5	<i>Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.</i> , [2004] 1 SCR 60, 2004 SCC 3 (CanLII)
6	<i>Sirdi Sai Sweets Inc. v. Indian Spice & Curry Ltd.</i> , 2014 ONSC 7221 (CanLII)
7	<i>R. v. Henry</i> , 2005 SCC 76 (CanLII), [2005] 3 S.C.R. 609, [2005] S.C.J. No. 76
8	<i>R. v. Prokofiew</i> , 2010 ONCA 423 (CanLII)
9	<i>Re Vrablik</i> (1993), 17 C.B.R. (3d) 152 (Ont. Bkcty.)
10	<i>Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379

Court No. 14313
Estate No. 23-883167



2010 SKQB 17
J.C.R.

IN THE COURT OF QUEEN'S BENCH
PROVINCE OF SASKATCHEWAN
IN BANKRUPTCY AND INSOLVENCY

IN THE MATTER OF THE BANKRUPTCY OF
KRISTYN JOELLE INSLEY

BETWEEN:

ROYAL BANK OF CANADA

APPLICANT

AND:

KRISTYN JOELLE INSLEY

RESPONDENT

Jim Kroczyński, for the Royal Bank of Canada
Jeff Lee, for Dr. Insley
Mary Lou Senko, for Canada Student Loans
Marla Adams, for Deloitte & Touche Inc, trustee

JUDGMENT
January 19, 2010

LIAN M. SCHWANN, Q.C.
Registrar in Bankruptcy

[1] The Royal Bank of Canada (“RBC”), the major creditor in Kristyn Insley’s bankruptcy, applies to expunge or reduce the proofs of claim of ‘CRA – Govt Programs (Non Tax) Acct Maint’ and of ‘Trustees of Saskatchewan Student Aid Fund’ (the

“impugned claims”) pursuant to s. 135(5) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”). The application is opposed by Kristyn Insley (“Insley”), Canada Student Loans (“CSL”) and the trustee.

Facts

[2] Insley assigned into bankruptcy on July 19, 2006. As her discharge was opposed by the RBC, a hearing ensued before me which culminated in my decision of October 26, 2007, reported at 2007 SKQB 383 (the “decision”). Pursuant to that decision, Insley was granted her discharge from bankruptcy conditional upon consenting to judgment in favour of the trustee in the amount of \$193,000.

[3] The Statement of Affairs filed at the time of assignment listed in excess of \$287,000 of unsecured debt of which \$193,000 was owed to RBC for a ‘non-government student loan’. RBC had additional claims of \$7,577 on a credit card debt along with Royal Bank (government guaranteed) student loans of \$7,458 and \$7,641 respectively. She also reported a debt owed to ‘National Student Loans’ in the amount of \$69,829.

[4] The Claims Register submitted with the Trustee’s Report in March 2007 reveals the following in relation to the impugned claims:

Unsecured Creditor	Amount of Claim	Amount filed	Admitted
National Student Loans	\$69,829	\$55,244	\$55,244
Royal Bank Student Loans	\$7,458	\$7,180	\$0.00
Royal Bank Student Loans	\$7,641	\$7,357	\$0.00

[5] A subsequent Claims Register was prepared in July 2007 for the discharge hearing depicting the following with regard to the claims in issue:

Unsecured Creditor	Amount of Claim	Amount filed	Admitted
Canada Revenue Agency	unknown	\$62,588	\$62,588

(Account Maintenance Unit)

Royal Bank Student Loans	\$7,458	\$7,180	\$0.00
Royal Bank Student Loans	\$7,641	\$7,357	\$0.00

[6] Another Claims Register was prepared in 2009 for dividend distribution purposes with the only meaningful change between this one and the previous one being the inclusion of the ‘Trustees of Saskatchewan Student Aid Fund’ with a claim filed and admitted in the amount of \$7,167. The two RBC student loans continue to be shown on this document however they are now identified as no proof of claim having been filed.

[7] The trustee and CSL explain the discrepancies in amounts and with names of creditors in the following way. The creditor initially described as ‘National Student Loan’ is Her Majesty the Queen in right of Canada as represented on collections by the ‘CRA Account Maintenance Unit’. They filed an initial claim of \$55,244 but later enlarged it to \$62,588 when \$7,344 was added from one of the Royal Bank student loans. Both Royal Bank student loans (as opposed to the non-government student loan of \$193,000) were guaranteed by the two levels of government and on Insley’s assignment, the RBC was paid out with \$7,344 of debt assumed by Canada and the other debt of \$7,167 assumed by the Trustees of the Saskatchewan Student Aid Fund.

[8] In September 2009, following extensive correspondence with the trustee, the RBC expressly asked the trustee to disallow (expunge) the impugned claims. The trustee responded in writing as follows: “Please be advised that, Deloitte & Touche Inc., in its capacity as Trustee in Bankruptcy, in accordance with section 135(5) of the *BIA* hereby declines to interfere in this matter”.

[9] At the outset of this application counsel for the RBC conceded that proofs of claim for the impugned claims were in fact filed and disclosed by the trustee but sought to have

them expunged on other grounds.

Position of the Parties:

RBC

[10] RBC advanced three grounds to expunge the impugned claims:

- (a) the impugned claims were not filed prior to Insley's discharge or were not disclosed by the trustee at or prior to the discharge hearing;
- (b) the impugned claims survive bankruptcy accordingly are required to be paid regardless of any condition imposed upon the bankrupt for discharge including the award of Judgment;
- (c) the award of Judgment was not intended to benefit claims which survived bankruptcy or those which were not filed or disclosed prior to the discharge hearing.

[11] The first ground – that the impugned claims were not filed prior to discharge or disclosed by the trustee – was conceded by counsel for RBC once it became aware of the updated Claims Register and the explanation provided by CSL. RBC proceeded to argue that, notwithstanding this concession, the legislative language in s. 135(5) stands on its own and presents to creditors an unqualified right to expunge admitted claims where 'the trustee declines to interfere.'

[12] RBC contends that once the trustee opens the door by an express refusal to interfere with an allowed claim, the Court has the unconstrained discretion to expunge claims. They urge me to do so in these circumstances because the RBC would otherwise receive a much smaller dividend than expected and thereby suffer prejudice, and secondly because my earlier decision implicitly excluded 'government student loans' from sharing in the fruits of the consent judgment.

[13] RBC points to the considerable time and expense expended in opposing Insley's discharge with the net result being a sizeable consent judgment the RBC believed was theirs and theirs alone. The RBC further argues that as the impugned claims survive bankruptcy discharge by virtue of s. 178 of the *BIA*, those creditors have expanded rights and are able to collect both now and in the future. The CSL and Saskatchewan Student Loans would not therefore suffer any prejudice if their claims were expunged, they argue.

[14] Finally, RBC contends that the discharge decision specifically precluded student loan creditors from sharing the fruits of Insley's judgment. The fact this court failed to address sharing by other creditors, they argue, must be interpreted as judicial direction barring sharing of dividends.

Canada Student Loans

[15] CSL characterizes RBC's position as an 'ironic' one. The RBC filed two government student loan claims (both slightly in excess of \$7,000) which were subsequently fully redeemed by the two levels of government through government guarantees. In short, RBC has been made whole on the full value of those loans – which were clearly before the Court at the time of Insley's discharge hearing - but now advances the position that it would be unfair for the guarantors to share in dividend distribution.

[16] Furthermore, even though the CSL debt survives discharge by operation of s. 178, CSL is entitled to share rateably on distribution of dividends as a function of legislation and there is no law to support the position advanced by RBC. Expunging these claims, particularly at this late stage of estate administration, would constitute a significant change to the law of rateable distribution and an indirect attempt to re-argue Insley's discharge application.

Insley

[17] Counsel for Insley begins by pointing out that RBC presented no evidence that the impugned claims did not exist prior to Dr. Insley's discharge hearing or of the claims not otherwise being legitimate. To give effect to RBC's position, he argues, is inconsistent with the plain wording of s. 141 of the *BIA* which clearly provides that all claims – without distinction – are to be paid rateably. There is nothing in the *Act* or case authority to support RBC's proposition that s.178 survivable claims do not share in dividend distribution. Reliance is placed on the Manitoba cases of *Weihs, Re*, 2005 MBQB 108, 12 C.B.R. (5th) 118 and *Stoski Estate (Trustee of) v. Royal Bank*, 2009 MBQB 17, 51 C.B.R. (5th) 40.

[18] Counsel for Insley also points out that RBC will suffer no prejudice simply because student loan creditors are included in the proposed distribution for the simple reason that such approach reflects the scheme of distribution in the *BIA* and is consistent with case authority. In fact, to the extent there is prejudice, it would be borne by Insley if the RBC prevails. Finally, Insley argues that RBC's application amounts to a collateral attack on the discharge decision. If RBC was dissatisfied with that decision, the proper recourse was to appeal.

Trustee

[19] Until discharged, the trustee has an ongoing duty to examine and review all claims which are lodged and to admit for dividend, or disallow where appropriate. The rights of creditors with survivable debts do not impact on these duties.

[20] The trustee emphatically maintains that both Canada and Saskatchewan student

loan debts were disclosed in the trustee's reports. The Claims Register is not static; it can and often does change as the estate moves along such as where creditors amend their claim or where they are subsequently withdrawn. In any event, the trustee points out that the date for admittance of claims is the date of distribution, not the date of the bankrupt's discharge. In response to RBC's secondary argument, they submit that the scheme of distribution in s. 136 applies regardless of the rights of s. 178 creditors.

Issues:

[21] The issues raised in this application are the following:

- (a) What is the test to be applied by a party seeking relief under s. 135(5)?
- (b) Are creditors with a s. 178 'surviving' debt entitled to participate and share in distribution of estate dividends?
- (c) Did this Court's decision exclude government student loan creditors from sharing in estate dividends?

(a) the test applied to expunge a claim under s. 135(5) of the BIA

[22] Section 135 of the *BIA* sets out the provisions for admitting and disallowing claims with ss. 135(4) and (5) governing the procedures on appeal of disallowance and for expunging or reducing any proven claim. It provides:

135.(1) The trustee shall examine every proof of claim or proof of security and the grounds therefor and may require further evidence in support of the claim or security.

(1.1) The trustee shall determine whether any contingent claim or unliquidated claim is a provable claim, and, if a provable claim, the trustee shall value it, and the claim is thereafter, subject to this section, deemed a proved claim to the amount of its valuation.

(2) The trustee may disallow, in whole or in part,

- (a) any claim;
- (b) any right to a priority under the applicable order of priority set out in this Act; or
- (c) any security.

(3) Where the trustee makes a determination under subsection (1.1) or, pursuant to subsection (2), disallows, in whole or in part, any claim, any right to a priority or any security, the trustee shall forthwith provide, in the prescribed manner, to the person whose claim was subject to a determination under subsection (1.1) or whose claim, right to a priority or security was disallowed under subsection (2), a notice in the prescribed form setting out the reasons for the determination or disallowance.

(4) A determination under subsection (1.1) or a disallowance referred to in subsection (2) is final and conclusive unless, within a thirty day period after the service of the notice referred to in subsection (3) or such further time as the court may on application made within that period allow, the person to whom the notice was provided appeals from the trustee's decision to the court in accordance with the General Rules.

(5) The court may expunge or reduce a proof of claim or a proof of security on the application of a creditor or of the debtor if the trustee declines to interfere in the matter.

[23] I find it helpful to begin by placing the whole of s. 135 in its proper context. This section imposes a statutory obligation on trustees to examine every proof of claim and every security for the purpose of determining if the claim or security, as the case may be, is valid. (Houlden and Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 2, p. 5-180; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. 433616 Ontario Inc.* (1993), 17 C.B.R. (3d) 160). If unsatisfied with the proof of claim or its supporting material, the trustee has not only a right but a corresponding duty to demand sufficient evidence to establish the validity of the claim. The trustee is given many tools under the *BIA* to fulfil this function including, where necessary, examination of parties and requiring production of documents. (Houlden and Morawetz, vol. 2, p. 5-181)

[24] Following examination, the trustee either allows the claim or disallows it in whole or in part. A disallowance is final and conclusive unless appealed by the aggrieved creditor within the time permitted for doing so under s. 135(4). Section 135(5) is the flip side of a disallowance. Where a claim is admitted, s. 135(5) permits creditors or the bankrupt to apply to expunge or reduce the claim *if the trustee declines to interfere in the*

matter.

[25] An application to expunge pursuant to s. 135(5) has been characterized by the courts as an *appeal* against allowance. “In effect, the motion under section 135(5) is an appeal by a creditor or the debtor against an allowance by the trustee of a proof of claim or proof of security” (Houlden and Morawetz, vol. 2, p 5-205 (cites omitted); see also s. 192(1)(n) *BIA*).

[26] In *Lamont Hi-Way Service Ltd. v. Bunning*, 2003 ABQB 297, 44 C.B.R. (4th) 91, para. 20 and 21, an application to expunge was described in this fashion:

Section 135 creates a two sided token. If a trustee disallows a creditor’s claim the creditor’s only remedy is given by s.-s. (4).....If a trustee allows a claim other creditors and the bankrupt are adversely affected, so s.-s. (5) gives then a right to challenge the trustee’s decision. There is little case law on s.-s. (5). Houlden & Morawetz, Bankruptcy & Insolvency Act (The 2002 Annotated) say that ‘in effect’ a motion under the s.-s. is an appeal by a creditor or the bankrupt of the trustee’s disallowance of a claim, p. 551.

[27] *Marsuba Holdings Ltd., Re* (1998), 8 C.B.R. (4th) 268 is another case where a s. 135(5) application was explored. At paragraphs 14 and 15 the learned Master examined the scope of the provision, commenting as follows on the applicable test.

Counsel for the trustee says the applicant must show that the trustee acted unreasonably or improperly in accepting the proof of loss. Counsel would have it that so long as the trustee acted reasonably, the actual legitimacy of the claim is irrelevant. I respectfully disagree.

Quite apart from questions of natural justice raised by this position....this construction of s. 135(5) is contrary to the tenor of s. 135 as a whole. The first four sub-sections deal with the procedure to be followed where a creditor appeals the *disallowance* of a claim by a trustee, and in such cases the appeal is decided simply on the basis of the legitimacy of the claim. There is no reason at all why different considerations should apply to appeals of a decision by the trustee to allow a claim. The only question should be whether the claim is indeed legitimate.
[emphasis added]

[28] No further elaboration was offered in *Marsuba* as to what constitutes a “legitimate” claim nor did the Court expand upon whether an appeal under this subsection proceeds on the record or is *de novo* in nature.

[29] Regardless of the nature of a s. 135(5) appeal, the standard of review also remains an open issue unexplored in the referenced cases. This Court summarized the standard of review in the context of appeals from disallowance under s. 135(4) in the following manner: “Where the trustee’s decision involves a question of law or the interpretation of a statute, the standard of review is correctness. On the other hand, where the matter under consideration is factual in nature or involves a discretionary element, the standard of review is reasonableness.” (*Business Development Bank v. Pinder Bueckert*, 2009 SKQB 458 at para. 24; see also *Eskasoni Fisheries Ltd., Re* (2000), 16 C.B.R. (4th) 173; *Lloyd's Non-Marine Underwriters v. J.J. Lacey Insurance Ltd.*, 2008 NLTD 9; 41 C.B.R. (5th) 137.)

[30] The application before me is one to expunge two claims filed and admitted by the trustee. The onus rests with RBC to establish error on the part of the trustee, or in keeping with the approach taken in *Marsuba*, to establish these were not “legitimate” claims. In my view there is no need to explore the contours of what is or is not a legitimate claim, or other collateral issues arising on appeal (issues not argued by the parties) for the simple reason that RBC abandoned its initial argument that the impugned claims were not filed prior to Insley’s discharge or disclosed by the trustee. In any event, no argument was advanced nor evidence presented concerning the underlying validity of the claims or their allowance. There is no suggestion whatsoever that the trustee improperly interpreted the law, ignored crucial facts, exercised its discretion improperly or acted outside of its authority in the course of exercising its function under s. 135. For all of these reasons, RBC’s initial argument fails.

(b) *are section 178 ‘survivable debts’ excluded from sharing in dividends?*

[31] RBC advances this line of argument through the vehicle of a s. 135(5) appeal, accordingly it must be considered within that context. As noted, the RBC does not challenge the validity of the claim but instead attempts to use s. 135(5) to disrupt the trustee’s intended scheme of distribution of estate dividends. This argument is premised on the proposition that once the pre-condition to s. 135(5) exists, i.e. the trustee ‘declines to interfere in the matter’, a creditor possess an unqualified and unconstrained right to challenge the proposed distribution scheme in the face of an otherwise valid and allowed claim.

[32] In *EnerNorth Industries Inc., Re*, 2009 ONCA 536, 55 C.B.R. (5th) 1 the Ontario Court of Appeal examined the scope of an application to expunge under s. 135(5) in the context of a debt arising from a valid and enforceable judgment. That court’s observations concerning the purpose of s. 135(5) applications is summarized at para. 38:

The appellants’ argument that they have an ‘unqualified right’ to challenge Oakwell’s proof of claim under section 135(5) is based on the unsupported theory that the *only* precondition to a creditor being entitled to a hearing under s. 135(5) is that the trustee must have declined to interfere in the matter. I do not read the provision in such a restricted manner. [emphasis in original]

[33] Although *EnerNorth* dealt with an attack in bankruptcy proceedings of an otherwise valid and enforceable judgment, the decision, in my view, stands for the broad principle that s. 135(5) does not confer on creditors an unqualified right of challenge to proven claims. Something more is required apart from the trustee merely declining to interfere in the matter.

[34] Neither, in my judgment, should s. 135(5) be used as an entry point to overturn or disrupt other processes or decisions made by the trustee in the course of estate

administration. Section 135(5) constitutes a right of challenge limited to allowed or disallowed claims and should not be viewed more broadly than that. The right to challenge other decisions made by the trustee in the course of estate administration is available through s. 37 of the Act where an aggrieved person seeks court oversight over those decisions.

[35] Even if I am wrong, there is nothing in the Act or in decided cases which supports RBC's position. Section 178(1) carves out a list of eight distinct types of debts which survive bankruptcy and which are not extinguished on the bankrupt's discharge. Debts or obligations in respect of a loan made under the *Canada Student Loans Act*, R.S.C. 1985, c. S-23, the *Canadian Student Financial Assistance Act*, S.S. 1994, c. 28, or an enactment of the province which provides student loans or guarantees of loans is a "survivable debt" if assignment is made within the prescribed time frames. (s. 178(1)(g))

[36] Section 141 makes clear that *subject to any provision of the Act*, all claims proved in a bankruptcy are to be paid rateably. There is nothing in this section, s. 178 or s. 136 (which addresses priorities on distribution) precluding s. 178 surviving creditors from sharing in dividends or in any manner adjusts the concept of rateable distribution prescribed by s. 141. In fact, case law supports the opposite position. Houlden and Morawetz make the following observation at vol. 3, p. 6-230:

The claims listed in s. 178(1) are properly provable in bankruptcy. Proofs of claim may be filed for them and the creditor can receive a dividend on them; *Trusts & Guarantee Co. v. Brenner* (1932), 13 C.B.R. 518; affirmed in part 15 C.B.R. 112 (S.C.C.); *B. (S.M.A.) v. H. (J.N.)* (1993), 23 C.B.R. (3d) 81, 87 B.C.L.R. (2d) 241, [1994] 4 W.W.R. 281, affirmed (1994) 31 C.B.R. (3d) 302.
[emphasis added]

[37] The decisions in *Weihs, Re* (para. 7) and *Stoski Estate* (para. 25) confirm this approach.

[38] In the absence of clear legislative direction, or case authority interpreting the effect of s. 178 claims otherwise, I conclude that Insley's government student loan creditors are entitled to share in the dividends intended to be dispersed by the trustee in accordance with s. 136 of the *BIA*. It follows that this basis to expunge these claims also fails.

(c) Did the decision in Insley, Re exclude government student loan creditors from sharing dividends in the bankruptcy estate?

[39] RBC argues that my failure to squarely address sharing of estate assets with Insley's government student loan creditors was intended to exclude them from distribution of estate dividends.

[40] The mere fact the present line of argument was not addressed in my decision was simply because it was not put in issue at the time of the discharge hearing. The *Act* speaks for itself in relation to the scheme of distribution and in the event of ambiguity or misunderstanding concerning the sharing in dividend distribution, this decision serves to resolve those questions.

Conclusion

[41] RBC's application to expunge the claims of the CRA – Govt Programs (Non Tax) and the Trustees of Saskatchewan Student Aid Fund is dismissed. CSL shall have costs fixed at \$500 payable from the estate.

DATED at the City of Regina, in the Province of Saskatchewan, this 19th day of January, 2010.

“Lian Schwann, Q.C.”

Registrar in Bankruptcy

Highway Properties Limited (*Plaintiff*)
Appellant;

and

Kelly, Douglas and Company Limited
(*Defendant*) *Respondent.*

1970: June 22; 1971: February 1.

Present: Martland, Judson, Ritchie, Spence and Laskin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Landlord and tenant—Repudiation by tenant of lease of certain premises and its consequent abandonment of said premises—Possession taken by landlord with contemporaneous assertion of right to full damages according to loss calculable over unexpired term of lease—Remedies of landlord—Measure and range of damages.

The respondent, a major tenant in a shopping centre, repudiated its unexpired lease and possession was resumed by the appellant landlord with notice to the defaulting tenant that it would be held liable for damages suffered by the landlord as a result of the admittedly wrongful repudiation. In an action brought by the appellant damages were claimed not only for loss suffered to the date of repudiation of the lease but also, and mainly, for prospective loss resulting from the respondent's failure to carry on a supermarket business in the shopping centre for the full term of the lease. Both the trial judge and the majority of the Court of Appeal held that there had been a surrender of the lease by reason of the repudiation and the taking of possession by the appellant; that the principles enunciated in *Goldhar v. Universal Sections and Mouldings Ltd.*, [1963] 1 O.R. 189, were applicable; that the lease and its covenants

Highway Properties Limited (*Demanderesse*)
Appelante;

et

Kelly, Douglas and Company Limited (*Défendresse*)
Intimée.

1970: le 22 juin; 1971: le 1^{er} février.

Présents: Les Juges Martland, Judson, Ritchie, Spence et Laskin.

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

Locateur et locataire—Répudiation par locataire d'un bail et délaissement des locaux—Prise de possession par le propriétaire—Prétention à des dommages entiers selon la perte afférente à la période du bail encore à courir—Recours du propriétaire—Étendue des dommages.

L'intimée, locataire principal d'un centre commercial, a répudié un bail non expiré. Le propriétaire-appelant a repris possession des locaux avec avis au locataire défaillant qu'il serait tenu responsable des dommages résultant de la répudiation illécite. L'appelante a institué une action dans laquelle elle réclame des dommages-intérêts non seulement pour la perte subie jusqu'à la date de la répudiation du bail mais encore, et surtout, pour la perte qui résulterait du fait que l'intimée n'exploiterait pas un supermarché au centre commercial pour toute la durée du bail. Le juge de première instance et la majorité de la Cour d'appel ont conclu qu'il y avait eu abandon du bail par suite de la répudiation et de la prise de possession par l'appelante, que les principes énoncés dans la décision *Goldhar v. Universal Sections and Mouldings Ltd.*, [1963] 1 O.R. 189, s'appliquaient, que le bail et les engagements y affé-

ceased to exist with the surrender; and that the appellant could recover only for breaches occurring to the date of surrender.

Held: The appeal should be allowed.

Although repudiation by the tenant gives the landlord at that time a choice between holding the tenant to the lease or terminating it, yet at the same time a right of action for damages then arises; and the election to insist on the lease or to refuse further performance (and thus bring it to an end) goes simply to the measure and range of damages. The landlord may advise the tenant that he proposes to re-let the property on the tenant's account and enter into possession on that basis, or he may elect to terminate the lease but with notice to the defaulting tenant that damages will be claimed on the footing of a present recovery of damages for losing the benefit of the lease over its unexpired term.

It was no longer sensible to pretend that a commercial lease is simply a conveyance and not also a contract and it was equally untenable to persist in denying resort to the full armoury of remedies ordinarily available to redress repudiation of covenants, merely because the covenants may be associated with an estate in land.

Goldhar v. Universal Sections and Mouldings Ltd., *supra*, overruled; *Buchanan v. Byrnes* (1906), 3 C.L.R. 704, adopted; *Attorney General of Saskatchewan v. Whiteshore Salt and Chemical Co. Ltd. and Midwest Chemicals Ltd.*, [1955] S.C.R. 43, distinguished; *Cricklewood Property and Investment Trust Ltd. v. Leighton's Investment Trust*, [1945] A.C. 221; *Kloepfer Wholesale Hardware and Automotive Co. v. Roy*, [1952] 2 S.C.R. 465; *Bel-Boys Buildings Ltd. v. Clark* (1967) 59 W.W.R. 641; *Oastler v. Henderson* (1877), 2 Q.B.D. 575; *Walls v. Atcheson* (1826), 3 Bing. 462; *Richmond v. Savill*, [1926] 2 K.B. 530; *Hughes v. N.L.S. Pty. Ltd.*, [1966] W.A.R. 100, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, dismissing appellant's appeal from a judgment of Macdonald J. Appeal allowed.

W. B. Williston, Q.C., and *W. C. Graham*, for the plaintiff, appellant.

¹ (1968), 66 W.W.R. 705, 1 D.L.R. (3d) 626.

rents avaient cessé d'exister du fait de l'abandon et que l'appelante n'avait droit aux dommages-intérêts que pour les violations antérieures à la date de l'abandon.

Arrêt: L'appel doit être accueilli.

Bien que la répudiation par le locataire donne immédiatement au propriétaire le choix entre obliger le locataire à se conformer au bail ou à y mettre fin, un droit d'action en dommages-intérêts naît néanmoins en même temps. Le choix de demander le maintien du bail ou de le refuser (et ainsi d'y mettre fin) n'influe que sur l'étendue des dommages-intérêts. Le propriétaire peut donner avis au locataire de son intention de sous-louer l'immeuble pour le compte de ce dernier et ainsi, entrer en possession; ou il peut mettre fin au bail, mais en avisant le locataire défaillant que des dommages-intérêts seront demandés à titre de dommages-intérêts présentement recouvrables pour perte des avantages du bail sur la période encore à courir.

Il n'est plus raisonnable de prétendre qu'un bail commercial n'est qu'un transfert de droit sur un fonds et n'est pas aussi un contrat. Il est également intenable de refuser l'accès à l'arsenal complet des recours ordinairement disponibles pour réparer le dommage causé par une répudiation d'engagements pour la simple raison que les engagements peuvent être reliés à un droit sur un fonds.

Arrêt rejeté: *Goldhar v. Universal Sections and Mouldings Ltd.*, (précité). Arrêt adopté: *Buchanan v. Byrnes* (1906), 3 C.L.R. 704. Arrêt distingué: *Attorney General of Saskatchewan c. Whiteshore Salt and Chemical Co. Ltd. and Midwest Chemicals Ltd.*, [1955] R.C.S. 43. Arrêts mentionnés: *Cricklewood Property and Investment Trust Ltd. v. Leighton's Investment Trust*, [1945] A.C. 221; *Kloepfer Wholesale Hardware and Automotive Co. c. Roy*, [1952] 2 R.C.S. 465; *Bel-Boys Buildings Ltd. v. Clark* (1967), 59 W.W.R. 641; *Oastler v. Henderson* (1877), 2 Q.B.D. 575; *Walls v. Atcheson* (1826), 3 Bing. 462; *Richmond v. Savill* [1926] 2 K.B. 530; *Hughes v. N.L.S. Pty. Ltd.*, [1966] W.A.R. 100.

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, rejetant l'appel de l'appelante d'un jugement du Juge Macdonald. Appel accueilli.

W. B. Williston, c.r., et *W. C. Graham*, pour la demanderesse, appelante.

¹[1968], 66 W.W.R. 705, 1 D.L.R. (3d) 626.

John L. Farris, Q.C., and Irwin G. Nathanson,
for the defendant, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LASKIN J.—The issue in this appeal arises out of the repudiation of an unexpired lease by the major tenant in a shopping centre and the resumption of possession by the landlord with notice to the defaulting tenant that it would be held liable for damages suffered by the landlord as a result of the admittedly wrongful repudiation. This issue raises squarely the correctness of the decision of the Ontario Court of Appeal in *Goldhar v. Universal Sections and Mouldings Ltd.*², which was followed by the majority of the British Columbia Court of Appeal in the present case.

The substantial question emerging from the facts is the measure and range of damages which the landlord, the appellant before this Court, may claim by reason of the repudiation by the tenant, the respondent herein, of its lease of certain premises, and its consequent abandonment of those premises, where the landlord took possession with a contemporaneous assertion of its right to full damages according to the loss calculable over the unexpired term of the lease. (It will be necessary, in dealing with this question, to consider the situations where, upon the tenant's repudiation and abandonment, the landlord does not resume possession but insists on enforcing the lease, or takes possession on his own or on the tenant's account.) A common characterization of the problem in this appeal is whether it is to be resolved according to the law of property or according to the law of contract; but, in my opinion, this is an over-simplification.

The dispute between the parties stems from a lease of August 19, 1960, under which the landlord demised certain premises in its shopping centre to the tenant "to be used for grocery store and super market". A term of fifteen years from October 1, 1960, was specified at a prescribed annual rent, payable monthly in advance, plus an additional rent based on a certain formula which need not be reproduced here. The tenant covenanted, *inter alia*, to pay rent, certain taxes and

John L. Farris, c.r., et Irwin G. Nathanson,
pour la défenderesse, intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LASKIN—La question à décider dans ce pourvoi naît de ce que le locataire principal d'un centre commercial a répudié un bail non expiré et que d'autre part le propriétaire a repris possession des locaux avec avis au locataire défaillant qu'il serait tenu responsable des dommages résultant de la répudiation illicite. Ce litige met carrément en question le bien-fondé de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Goldhar v. Universal Sections and Mouldings Ltd.*², que la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a suivi dans la présente affaire.

Au fond, il s'agit, vu les faits, de déterminer l'étendue des dommages que le propriétaire, l'appelante en cette Cour, peut réclamer du fait que le locataire, l'intimée en cette Cour, a répudié son bail puis a délaissé les locaux loués attendu que, d'autre part, le propriétaire en a pris possession tout en affirmant son droit à des dommages entiers selon la perte afférente à la période du bail encore à courir. En étudiant cette question, il sera nécessaire de considérer l'hypothèse où, le locataire ayant répudié son bail et délaissé les locaux, le propriétaire ne reprend pas possession de ceux-ci mais insiste pour faire respecter le bail et celle où il prend possession pour lui-même ou pour le compte du locataire. On dit généralement que dans ce genre d'affaires il s'agit de savoir quelles règles appliquer, celles du droit des biens ou celles du droit des contrats; je pense que c'est là trop simplifier les choses.

Le litige découle d'un bail daté du 19 août 1960, en vertu duquel le propriétaire a loué au locataire certains locaux de son centre commercial «à être employés comme épicerie et supermarché». Le bail stipulait un terme de quinze ans à partir du 1^{er} octobre 1960, un loyer annuel payable d'avance tous les mois, plus un loyer supplémentaire calculé selon une certaine formule qu'il n'y a pas lieu de reproduire ici. Le locataire s'est engagé, entre autres choses, à payer un

²[1963] 1 O.R. 189, 36 D.L.R. (2d) 450.

²[1963] 1 O.R. 189, 36 D.L.R. (2d) 450.

maintenance costs; not to do or suffer anything to be done on the demised premises without the landlord's consent whereby insurance policies thereon might become void or voidable or the premiums increased; and to pay into a promotion fund to be used for the benefit of the shopping centre. There were covenants for repair and provisions for renewal but their terms are not germane to the disposition of this appeal. There was also a covenant by the landlord for quiet enjoyment. Clause 5 (a), so far as relevant here, provided that if the rent or any part thereof be in arrears for 15 days or if any covenant by the tenant should be unfulfilled, and the failure to pay rent or fulfil the covenant should continue 15 days after notice thereof to the tenant, then the current month's rent and three months' additional rent should immediately become due and the landlord might forthwith re-enter and thereupon the demise should absolutely determine but without prejudice to any right of action in respect of any antecedent breach of the tenant's covenants.

Clause 9, which was central to the landlord's claim for damages, was as follows:

The tenant further covenants and agrees that it will commence to carry on its business within thirty (30) days from the completion of the demised premises and will carry on its business on the said premises continuously. The demised premises shall not be used for any other purpose than as to conduct the Tenant's business in the said premises during such hours as the Landlord may from time to time require on all business days during the term hereby created and in such manner that the Landlord may at all times receive the maximum amount of income from the operation of such business in and upon the demised premises. The Tenant shall install and maintain at all times in the demised premises first class trade fixtures and furniture adequate and appropriate for the business of the Tenant thereon. The Tenant further agrees to conduct its business as aforesaid in the said premises during such evenings and for such hours thereof during the term hereby created as permitted by the By-laws of the Corporation of the District of North Vancouver, B.C. and consistent with the practices generally acceptable by retail outlets in the area.

loyer, à acquitter certaines taxes et certains frais d'entretien; à ne rien faire ni de permettre de rien faire dans les locaux loués, sans le consentement du propriétaire, qui soit susceptible d'annuler ou de rendre annulables les polices d'assurance qui les couvrent ou d'en faire augmenter les primes; et de verser une contribution au fonds de publicité du centre commercial. Des clauses concernant les réparations et la reconduction ne sont pas pertinentes à ce pourvoi. Le propriétaire s'engageait aussi à assurer la jouissance paisible. La clause 5(a), dans la mesure où elle est pertinente ici, stipulait que, si le loyer en tout ou en partie était arriéré de 15 jours ou si le locataire ne satisfaisait pas à un de ses engagements, et que d'autre part, le loyer restait impayé ou l'engagement inexécuté 15 jours après un avis donné au locataire à cet égard, le loyer du mois en cours plus celui de trois autres mois deviendraient alors immédiatement exigibles; le propriétaire pourrait aussitôt reprendre possession et sur ce, la cession à bail serait résolue à toutes fins sous réserve toutefois de tout droit d'action à l'égard de toute violation antérieure des engagements du locataire.

La clause 9, sur laquelle le propriétaire fonde sa demande en dommages-intérêts se lit ainsi qu'il suit:

[TRADUCTION] De plus, le locataire s'engage à ouvrir son commerce dans les 30 jours de la fin des travaux de construction des locaux et à l'y exercer par la suite d'une façon continue. Les locaux loués ne serviront qu'à l'exercice du commerce du locataire dans lesdits locaux durant les heures que le propriétaire fixera à l'occasion et cela tous les jours d'affaires du terme stipulé aux présentes et de telle manière que le propriétaire puisse en tout temps retirer le revenu maximum de l'exploitation de tel commerce dans les locaux loués. Le locataire installera et maintiendra en tout temps dans les locaux loués de l'équipement et un mobilier de première qualité appropriés au commerce du locataire. De plus, le locataire convient d'exercer son commerce en la manière susdite, dans lesdits locaux, le soir, et cela les jours et les heures, au cours du terme stipulé par ces présentes, ainsi que le permettent les règlements de la Corporation du district de North Vancouver, (C.-B.), et conformément aux pratiques généralement acceptées par les détaillants de la région.

The shopping centre built by the appellant consisted of eleven stores, including the supermarket premises let to the respondent. Before buying the land on which the shopping centre was later built, the appellant obtained the commitment of the respondent to lease space therein for a food supermarket to be constructed according to its specifications. This commitment was evidenced by a lease dated blank day of May, 1960, whose terms were carried into the document of August 19, 1960. The respondent went into possession through a subtenant (with the appellant's consent) on or about October 20, 1960. By February 1961, only five other stores in the shopping centre had been let, and the venture did not prosper. The supermarket subtenant indicated its intention to close the business down on March 24, 1962, and did so. The appellant drew the respondent's attention to clause 9 of the lease and received an assurance in a letter from the respondent of March 26, 1962, that it was standing by the lease and was endeavouring to sublet its leasehold. Nothing came of its endeavours.

The closing down of the supermarket adversely affected the other tenants in the shopping centre, and by November 22, 1963 (a date whose relevance will appear later) three of those tenants had moved out. The shopping centre began to take on a "ghost-town" appearance and suffered from petty vandalism. On April 13, 1962, following the closing down of the supermarket, the appellant's solicitors wrote to the respondent, again drawing attention to clause 9 of the lease, complaining that the appellant was suffering damage and advising that they would seek compliance to have the business reopened or would claim damages. The appellant learned in July 1962 that the respondent was removing fixtures, and its solicitors wrote in objection on July 11, 1962, relying on clause 9 and on the covenant in clause 10 (a) permitting removal if the tenant is not in default. The letter threatened resort to an injunction unless the removal was halted.

The action, out of which this appeal arises, was commenced on July 16, 1962, and an interlocutory injunction was sought but refused. Rent

Le centre commercial construit par l'appelante comprenait onze magasins y compris les locaux du supermarché loués à l'intimée. Avant que l'appelante achète le terrain sur lequel le centre commercial a été construit, l'intimée s'était engagée envers elle à y louer des locaux pour un supermarché d'alimentation qui serait aménagé suivant ses spécifications. Cet engagement est attesté par un bail, portant une date sans quantité de mai 1960, dont les conditions ont été reprises dans le document du 19 août 1960. L'intimée est entrée en possession des locaux par l'entremise d'un sous-locataire (du consentement de l'appelante) le 20 octobre 1960, ou vers cette date. En février 1961, seulement cinq autres magasins du centre commercial avaient été loués et l'entreprise n'a pas prospéré. Le sous-locataire du supermarché a fait connaître son intention de fermer ses portes le 24 mars 1962 et c'est ce qu'il fit. L'appelante, ayant rappelé à l'intimée la clause 9 du bail, celle-ci l'assura par lettre, le 26 mars 1962, qu'elle honorerait le bail et qu'elle s'efforçait de sous-louer les locaux. Ses démarches sont restées vaines.

La fermeture du supermarché a nui aux autres locataires du centre commercial. Le 22 novembre 1963 (date dont la pertinence se révélera plus tard), trois d'entre eux avaient déménagé. Le centre commercial commençait à ressembler à une «ville-fantôme» et a fait l'objet d'actes de déprédation mineure. Le 13 avril 1962, après la fermeture du supermarché, les procureurs de l'appelante ont écrit à l'intimée pour lui rappeler de nouveau la clause 9 du bail; ils lui dirent que l'appelante subissait un préjudice et qu'ils tâcheraient d'obtenir la réouverture du commerce ou à défaut qu'ils réclameraient des dommages-intérêts. En juillet 1962, l'appelante a appris que l'intimée enlevait son équipement contre quoi le 11 juillet 1962, ses procureurs ont protesté, par écrit, en s'appuyant sur la clause 9 et sur les dispositions de la clause 10(a) qui permettaient l'enlèvement des accessoires si le locataire n'avait pas manqué à ses engagements. La lettre menaçait du recours à une injonction s'il n'était mis fin à l'enlèvement.

L'action qui donne lieu à ce pourvoi a été introduite le 16 juillet 1962 et une requête pour une injonction interlocutoire a été refusée. L'in-

was paid by the respondent to June 1963. The statement of claim, which was delivered on May 31, 1963, asked for a declaration that the lease was binding upon the respondent, asked for a decree of specific performance and for a mandatory order and an injunction, and also sought damages. The respondent delivered a defence and counterclaim on September 12, 1963. Paragraph 8 of the counterclaim said flatly: "The Defendant hereby repudiates the said agreement dated August 19, 1960". As a result of this repudiation, the appellant's solicitors wrote to the respondent's solicitors on November 22, 1963 (a date mentioned earlier in these reasons) in these terms:

Dear Sirs: Re: Highway Properties Limited
and Kelly Douglas & Co. Ltd.

This is to advise you that in view of your pleadings, our client takes the position that your client has repudiated the lease in question.

Our client, therefore, intends to take possession of the premises and will attempt to lease these upon the same terms and conditions as set out in the lease of the 19th of August, 1960.

We would further advise you that our client intends to hold your client responsible for any damages suffered by them as a result of your client's breach and wrongful repudiation of the said lease.

Following this letter the appellant took possession of the supermarket premises and attempted, without success, to re-let them for the unexpired term of the lease of the respondent. Subsequently, the appellant subdivided the premises into three stores which were eventually rented, two under a lease of March 1, 1965, and the third under a lease of November 1, 1965. At the opening of trial on November 29, 1966, the appellant obtained leave to amend its statement of claim. The amendment referred to the respondent's repudiation of the lease and to the consequent rescission of the agreement thereunder in accordance with the letter of November 22, 1963, and claimed damages not only for loss suffered to the date of the so-called rescission but also, and mainly, for prospective loss

timée a payé son loyer jusqu'à juin 1963. La déclaration signifiée le 31 mai 1963, demandait qu'il fût statué que le bail liait l'intimée, qu'une ordonnance d'exécution de l'obligation même fût rendue de même qu'une ordonnance prescrivant l'accomplissement de certains actes et une ordonnance d'injonction et demandait en outre des dommages-intérêts. L'intimée a signifié une défense et une demande reconventionnelle le 12 septembre 1963. L'alinéa 8 de la demande reconventionnelle déclarait carrément ceci: [TRADUCTION] «Par les présentes, le défendeur répudie ladite entente en date du 19 août 1960». A la suite de cette répudiation, les procureurs de l'appelante ont fait parvenir aux procureurs de l'intimée le 22 novembre 1963 (date relevée plus tôt dans ces motifs), la lettre suivante:

[TRADUCTION] Messieurs: Objet: Highway Properties Limited et Kelly Douglas & Co. Ltd.

La présente a pour but de vous informer que vu vos conclusions, notre cliente estime que votre cliente a répudié le bail en question.

Notre cliente se propose donc de prendre possession des locaux et essaiera de les louer aux mêmes conditions qui figurent dans le bail du 19 août 1960.

De plus, nous vous informons que notre cliente se propose de tenir votre cliente responsable de tout dommage subi par elle en raison de la violation et de la répudiation illicite dudit bail par votre cliente.

L'appelante a ensuite pris possession des locaux du supermarché et a essayé mais en vain de les louer de nouveau pour le terme non expiré du bail de l'intimée. Par la suite, l'appelante a divisé les locaux en trois magasins qu'elle a finalement loués, deux en vertu d'un bail daté du 1^{er} mars 1965, et le troisième en vertu d'un bail daté du 1^{er} novembre 1965. A l'ouverture du procès, le 29 novembre 1966, on a permis à l'appelante de modifier sa déclaration. L'amendement se rapportait à la répudiation du bail par l'intimée et à la rescision, selon la lettre du 22 novembre 1963 de la convention qu'il comportait; il réclamait des dommages-intérêts non seulement pour la perte subie jusqu'à la date de la prétendue rescision mais encore, et surtout, pour la perte qui résulterait du fait que l'intimée

resulting from the respondent's failure to carry on a supermarket business in the shopping centre for the full term of the lease.

The theory upon which the appellant claimed damages was rejected by the trial judge, Macdonald J., and by the majority of the Court of Appeal, Davey C.J.B.C. dissenting. The holding both at trial and on appeal was that there had been a surrender of the lease by reason of the repudiation and the taking of possession by the appellant; that the principles enunciated in the *Goldhar* case were applicable; that the lease and its covenants ceased to exist with the surrender; and that the appellant could recover only for breaches occurring to the date of surrender. The damages on this footing totalled \$14,256.38, composed of five months' rent; the decline in rental income in 1962 and in 1963 to the date of surrender by reason of the closing of other stores; a portion of the taxes payable for 1963; a sum for increased insurance premiums for 1963; and a portion of maintenance costs for 1963 to the date of surrender.

It is common ground, as appears from the reasons of Davey C.J.B.C. in the Court of Appeal, that if it should be determined that damages must be assessed on the basis claimed by the appellant, the assessment should be remitted to the trial judge to be made on the evidence adduced before him.

I approach the legal issue involved in this appeal by acknowledging the continuity of common law principle that a lease of land for a term of years under which possession is taken creates an estate in the land, and also the relation of landlord and tenant, to which the common law attaches various incidents despite the silence of the document thereon. For the purposes of the present case, no distinction need be drawn between a written lease and a written agreement for a lease. Although by covenants or by contractual terms, the parties may add to, or modify, or subtract from the common law incidents, and, indeed, may overwhelm them as well as the leasehold estate by commercial or business considerations which represent the dominant features of

n'exploiterait pas un supermarché au centre commercial pour toute la durée du bail.

Le juge de première instance, le Juge Macdonald, de même que la majorité de la Cour d'appel, le Juge en chef Davey de la Colombie-Britannique étant dissident, ont rejeté la théorie sur laquelle l'appelante fondait sa demande de dommages-intérêts. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont conclu qu'il y avait eu abandon du bail par suite de la répudiation et de la prise de possession par l'appelante, que les principes énoncés dans la décision *Goldhar* s'appliquaient, que le bail et les engagements y afférents avaient cessé d'exister du fait de l'abandon et que l'appelante n'avait droit aux dommages-intérêts que pour les violations antérieures à la date de l'abandon. Sur cette base, les dommages-intérêts s'élevaient à \$14,256.38, sous les chefs suivants: cinq mois de loyer, diminution de revenu provenant des loyers, en 1962 et en 1963, jusqu'à la date de l'abandon, par suite de la fermeture d'autres magasins; portion des taxes payables pour 1963; augmentation des primes d'assurance pour 1963; une portion des frais d'entretien pour 1963 jusqu'à la date de l'abandon.

Il est constant, comme il ressort des motifs du Juge en chef Davey de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, que s'il est décidé que l'évaluation des dommages doit se faire comme le demande l'appelante, c'est au juge de première instance qu'il incombera de la faire selon la preuve qui lui sera présentée.

J'aborde la question de droit soulevée dans ce pourvoi en reconnaissant la continuité du principe de la *common law* qu'un bail d'immeuble pour un certain nombre d'années en vertu duquel il y a prise de possession, crée un droit sur le fonds (*estate in the land*) et aussi, la relation propriétaire-locataire que la *common law* assujettit à diverses règles malgré le silence du document sur ce point. Aux fins de cette cause-ci, point n'est besoin de distinguer entre un bail écrit et une convention par écrit en vue d'un bail. Bien que les parties puissent, par engagements ou par stipulations contractuelles, étendre, modifier ou restreindre les règles de la *common law*, voire les faire primer ainsi que la tenure à bail par des considérations d'affaires ou d'ordre commercial qui

the transaction, the "estate" element has resisted displacement as the pivotal factor under the common law, at least as understood and administered in this country.

There has, however, been some questioning of this persistent ascendancy of a concept that antedated the development of the law of contracts in English law and has been transformed in its social and economic aspects by urban living conditions and by commercial practice. The judgments in the House of Lords in *Cricklewood Property and Investment Trust Ltd. v. Leighton's Investment Trust Ltd.*³ are illustrative. Changes in various states of the United States have been quite pronounced, as is evident from 1 *American Law of Property*, 1952, # 3.11.

In the various common law Provinces, standard contractual terms (reflected, for example, in Short Forms of Leases Acts) and, to a degree, legislation, have superseded the common law of landlord and tenant; for example, in prescribing for payment of rent in advance; in providing for re-entry for non-payment of rent or breaches of other covenants exacted from the tenant; in modifying the absoluteness of covenants not to assign or sublet without leave; and in blunting peremptory rights of termination or forfeiture. The contractual emphasis, even when reinforced by commercial clauses testifying to the paramount business considerations in a lease of land, has hitherto stopped short of full recognition of its remedial concomitants, as, for example, the principle of anticipatory breach and the principle governing relief upon repudiation. I note that this Court had no hesitation in applying the doctrine of anticipatory breach to a contract for the sale of land, even to the point of allowing an immediate suit for specific performance (but, of course, at the time fixed for completion): see *Kloepfer Wholesale Hardware and Automotive Co. v. Roy*⁴. I think it is equally open to consider its application to a contractual lease, although the lease is partly executed. Its anticipatory feature lies, of course, in the fact that instalments of rent are payable for future periods, and repudiation of the lease raises the question whether an immediate remedy cover-

représentent les traits dominants de la convention, l'élément droit sur le fonds (*estate*) est demeuré le facteur essentiel en vertu de la *common law*, du moins telle qu'elle est comprise et appliquée dans notre pays.

On a cependant mis en doute l'ascendant continu d'un concept qui a précédé l'élaboration du droit des contrats en droit anglais et dont les aspects sociaux et économiques ont été transformés par l'urbanisation et les pratiques commerciales. Les jugements de la Chambre des Lords dans *Cricklewood Property and Investment Trust Ltd. v. Leighton's Investment Trust Ltd.*³ le montrent. On peut constater, à lire 1 *American Law of Property*, 1952, # 3.11, que divers états des États-Unis ont été témoins de changements assez prononcés.

Dans les diverses provinces de *common law*, des dispositions contractuelles uniformes, (par exemple, les Short Forms of Leases) et, éminemment, les lois, ont remplacé la *common law* quant aux rapports propriétaire-locataire. Ainsi, le loyer est payable d'avance, on peut reprendre possession lorsqu'il y a défaut de paiement du loyer ou violation d'autres engagements à charge du locataire, le caractère absolu des engagements empêchant la cession ou la sous-location sans autorisation est modifié et les droits péremptoires quant à la résiliation et à la déchéance sont atténués. Le régime contractuel, même renforcé par des clauses commerciales attestant de considérations d'affaires dominantes dans un bail d'immeuble, n'est pas encore arrivé à reconnaître pleinement ses recours concomitants, par exemple, les règles applicables lorsqu'il y a intention de se soustraire par anticipation à l'exécution du contrat (*anticipatory breach*) et celles du recours en cas de répudiation. Je constate que cette Cour n'a pas hésité à appliquer la doctrine de l'«*anticipatory breach*» à un contrat de vente d'un terrain, même au point d'autoriser une action immédiate en exécution de l'obligation même (mais, évidemment, à la date fixée pour la signature de l'acte de vente): voir *Kloepfer Wholesale Hardware and Automotive Co. c. Roy*⁴. Je crois qu'il est également loisible de considérer son application à un contrat de bail bien qu'il soit exécuté en partie.

³ [1945] A.C. 221.

⁴ [1952] 2 S.C.R. 465.

³ [1945] A.C. 221.

⁴ [1952] 2 R.C.S. 465.

ing the loss of such rent and of other advantages extending over the unexpired term of the lease may be pursued notwithstanding that the estate in the land may have been terminated.

The developed case law has recognized three mutually exclusive courses that a landlord may take where a tenant is in fundamental breach of the lease or has repudiated it entirely, as was the case here. He may do nothing to alter the relationship of landlord and tenant, but simply insist on performance of the terms and sue for rent or damages on the footing that the lease remains in force. Second, he may elect to terminate the lease, retaining of course the right to sue for rent accrued due, or for damages to the date of termination for previous breaches of covenant. Third, he may advise the tenant that he proposes to re-let the property on the tenant's account and enter into possession on that basis. Counsel for the appellant, in effect, suggests a fourth alternative, namely, that the landlord may elect to terminate the lease but with notice to the defaulting tenant that damages will be claimed on the footing of a present recovery of damages for losing the benefit of the lease over its unexpired term. One element of such damages would be, of course, the present value of the unpaid future rent for the unexpired period of the lease less the actual rental value of the premises for that period. Another element would be the loss, so far as provable, resulting from the repudiation of clause 9. I say no more about the elements of damages here in view of what has been agreed to in that connection by the parties.

There is no need to discuss either the first or second of the alternatives mentioned above other than to say, in respect of the second, that it assumes a situation where no prospective damages could be proved to warrant any claim for them, or even to warrant taking the third alternative. I wish, however, to examine the underpinnings and implications of the third course because they have

Évidemment, l'anticipation tient à ce que le loyer est payable pour des périodes à venir. La répudiation du bail soulève la question de savoir si un recours immédiat pour la perte de ce loyer et d'autres avantages s'étendant sur la période non expirée du bail est admissible, même si le droit sur le fonds n'existe plus.

Le droit jurisprudentiel reconnaît au propriétaire trois recours exclusifs lorsqu'un locataire viole fondamentalement le bail ou le répudie entièrement, comme dans la présente affaire. Il peut ne rien faire pour changer les rapports propriétaire-locataire, mais supposant que le bail reste en vigueur simplement demander l'exécution des dispositions et poursuivre en recouvrement du loyer ou de dommages-intérêts. Deuxièmement, il peut mettre fin au bail, en conservant évidemment son droit d'action pour les loyers échus et exigibles ou pour les dommages-intérêts résultant de violations d'engagements antérieures à la date où il a été mis fin au bail. Troisièmement, il peut donner avis au locataire de son intention de sous-louer l'immeuble pour le compte de ce dernier et ainsi, entrer en possession. En fait, l'avocat de l'appellante propose une quatrième façon de procéder, savoir: le propriétaire peut mettre fin au bail, mais en avisant le locataire défaillant que des dommages-intérêts seront demandés à titre de dommages-intérêts présentement recouvrables pour perte des avantages du bail sur la période encore à courir. Évidemment, un élément de ces dommages-intérêts consisterait en la valeur actuelle du loyer à venir et impayé pour la période à courir du bail moins la valeur locative réelle des locaux pour cette période. Un autre élément serait la perte, dans la mesure où elle peut être prouvée, qui résulterait de la répudiation de la clause 9. Je n'en dis pas plus ici des éléments des dommages-intérêts, vu ce qui a été convenu entre les parties à cet égard.

Il n'est pas nécessaire de traiter du premier ni du second recours susmentionnés si ce n'est de dire, en ce qui a trait au second, qu'il suppose une situation où on ne pourrait faire la preuve de dommages éventuels propres à en justifier la réclamation, ni même justifier le troisième recours. Je veux toutefois étudier la base du troisième recours et ce qu'il comporte parce que cela a un

a decided bearing on whether the additional step proposed by counsel for the appellant should be taken in this case.

Where repudiation occurs in respect of a business contract (not involving any estate in land), the innocent party has an election to terminate the contract which, if exercised, results in its discharge *pro tanto* when the election is made and communicated to the wrongdoer. (I agree with the opinion of such text writers as Cheshire and Fifoot, *The Law of Contract*, 7th ed., 1969, at p. 535, that it is misleading to speak of the result as rescission when there is no retrospective cancellation *ab initio* involved.) Termination in such circumstances does not preclude a right to damages for prospective loss as well as for accrued loss.

A parallel situation of repudiation in the case of a lease has generally been considered in the language of and under the principles of surrender, specifically of surrender by operation of law or implied surrender. It is said to result when, upon the material breach or repudiation of a lease, the innocent party does an act inconsistent with the continued existence of that lease. The *Goldhar* case applied the doctrine where, upon a tenant's repudiation of a lease, the landlord re-let the premises. The further consequence of this was said to be not only the termination of the estate in the land but also the obliteration of all the terms in the document of lease, at least so far as it was sought to support a claim thereon for prospective loss.

The rule of surrender by operation of law, and the consequences of the rule for a claim of prospective loss, are said to rise above any intention of the party whose act results in the surrender, so long as the act unequivocally makes it inconsistent for the lease to survive. Even if this be a correct statement of the law, I do not think it would apply to a case where both parties evidenced their intention in the lease itself to recognize a right of action for prospective loss upon a repudiation of the lease, although it be followed by termination of the estate. There are cases in other jurisdictions which have recognized the validity of covenants to this effect: see 11 *Williston on Contracts* (Jaeger) 3rd ed., 1968,

rapport certain avec la question de savoir si, dans cette affaire, il y a lieu d'admettre l'autre voie proposée par l'avocat de l'appelant.

Lorsqu'il y a répudiation relativement à un contrat d'affaires (quand il ne s'agit pas d'un droit sur un fonds), la partie non responsable a le choix de mettre fin au contrat, ce qui amène sa libération *pro tanto* quand le choix est fait et communiqué à la partie défaillante. (Je partage l'opinion des auteurs comme Cheshire and Fifoot, *The Law of Contract*, 7^e éd., 1969, p. 535, qu'il est trompeur d'assimiler le résultat à une rescision lorsqu'il n'y a aucune annulation avec effet rétroactif *ab initio*). Dans ces circonstances, le fait qu'il soit mis fin au contrat n'exclut pas le droit au recouvrement de dommages-intérêts aussi bien pour la perte éventuelle que pour la perte subie.

C'est à la lumière des principes régissant l'abandon, en particulier l'abandon tacite ou l'abandon par l'effet de la loi, qu'on a généralement considéré une répudiation analogue, dans le cas d'un bail. On dit que l'abandon se produit lorsque, advenant une violation déterminante ou la répudiation d'un bail, la partie non responsable fait un acte inconciliable avec le maintien du bail. L'affaire *Goldhar* a appliqué la théorie dans un cas où, le locataire ayant répudié un bail, le propriétaire a loué de nouveau les locaux. On a affirmé qu'il en découlait aussi non seulement l'extinction du droit sur ce fonds, mais aussi l'anéantissement de toutes les dispositions du bail, du moins dans la mesure où on tentait d'y fonder une réclamation pour perte éventuelle.

On dit que l'abandon légal produit ses effets, notamment dans le cas d'une réclamation pour perte éventuelle, indépendamment de toute intention de la partie dont l'acte provoque l'abandon pour autant que cet acte rende clairement inconciliable le maintien du bail. Même s'il s'agit là d'une conclusion juste en droit, je ne crois pas qu'elle s'appliquerait à une affaire où les deux parties ont manifesté leur intention dans le bail même de reconnaître un droit d'action pour perte éventuelle résultant de la répudiation du bail, bien que l'extinction du droit (*estate*) s'ensuive. D'autres Cours ont reconnu la validité de tels engagements: voir 11 *Williston on Contracts* (Jaeger) 3^e éd., 1968, #1403. Une des disposi-

1403. One of the terms of the lease in *Bel-Boys Buildings Ltd. v. Clark*⁵ was in the nature of such a covenant applicable to a guarantor, and the dissenting judgment of Allen J.A. of the Alberta Appellate Division recognized the enforceability of the guarantee notwithstanding the termination of the obligation to pay rent. I should add that the reasons proceeded on the ground that the guarantee obligation arose before there had been an effective surrender.

English and Canadian case law has given standing to a limitation on the operation of surrender, although there is repudiation and repossession, if the landlord, before repossessing, notifies the defaulting tenant that he is doing so with a view to re-letting on the tenant's account. No such notice was given in the *Goldhar* case; and although it was argued in the present case that the letter of November 22, 1963, asserted that position, neither the trial judge nor the Court of Appeal accepted the argument. I agree that the letter is not sufficiently explicit to that end, but I would think that the recognition of such a modifying principle would suggest a readiness to imply that a re-letting was on the repudiating tenant's behalf, thus protecting the landlord's rights under the lease and at the same time mitigating the liability for unpaid rent. Some of the views expressed in *Oastler v. Henderson*⁶ point to a disposition to such an implication; and there is authority in the United States to that effect: see 11 *Williston on Contracts, supra*. I know that under the present case law the landlord is not under a duty of mitigation, but mitigation is in fact involved where there is a re-letting on the tenant's account.

Since the limiting principle under discussion is based on a unilateral assertion of unauthorized agency, I find it difficult to reconcile with the dogmatic application of surrender irrespective of intention. One of the earliest of the cases in England which gave expression to this limiting principle was *Walls v. Atcheson*⁷. I read it as indicating that a landlord upon an abandonment or

tions du bail dans *Bel-Boys Buildings Ltd. v. Clark*⁵ s'apparentait à un tel engagement applicable à une caution. Le juge Allen de la Chambre d'appel de l'Alberta a tenu, en dissidence, le cautionnement pour exécutoire malgré l'extinction de l'obligation de payer le loyer. Je dois ajouter que les motifs supposaient que l'obligation à la garantie était née avant qu'il eût véritable abandon.

Le droit jurisprudentiel anglais et canadien a reconnu une certaine limite aux effets de l'abandon, bien qu'il y ait eu répudiation et reprise de possession, dans le cas où le propriétaire, avant de reprendre possession, donne avis au locataire défaillant qu'il le fait dans le dessein de relouer les locaux pour le compte du locataire. Aucun avis du genre n'a été donné dans l'affaire *Goldhar* bien qu'il ait été soutenu dans la présente affaire que la lettre du 22 novembre 1963 indiquait une telle prise de position, ni le juge de première instance ni la Cour d'appel n'ont admis cet argument. Je conviens que la lettre n'est pas assez explicite à cette fin. Je croirais cependant que le fait de reconnaître une telle mitigation des règles dénote une disposition à supposer que le relouage se fait pour le compte du locataire défaillant, ce qui protège les droits du propriétaire et, atténué d'autre part l'obligation relative au loyer impayé. Certaines opinions exprimées dans *Oastler v. Henderson*⁶ attestent d'une disposition à admettre une telle supposition. Il y a des textes de droit américain dans ce sens: voir 11 *Williston on Contracts, précité*. En vertu du droit jurisprudentiel actuel, je sais que le propriétaire n'est pas tenu de réduire le montant des dommages-intérêts, mais, en fait, la question de la réduction est en cause quand il y a relouage pour le compte du locataire.

Comme le principe limitatif en question tient à une affirmation unilatérale sans mandat autorisé, je trouve difficile de le concilier avec l'application rigoureuse des règles de l'abandon indépendamment de l'intention. En Angleterre, l'une des plus anciennes causes où on ait fait état de ce principe limitatif est celle de *Walls v. Atcheson*⁷. Je conclus de cette décision lorsqu'un locataire

⁵ (1967), 59 W.W.R. 641, 62 D.L.R. (2d) 233.

⁶ (1877), 2 Q.B.D. 575.

⁷ (1826), 3 Bing. 462, 130 E.R. 591.

⁵ (1967), 59 W.W.R. 641, 62 D.L.R. (2d) 233.

⁶ (1877), 2 Q.B.D. 575.

⁷ (1826), 3 Bing. 462, 130 E.R. 591.

repudiation of a lease by his tenant may qualify his re-entry to make it clear that he is not foregoing his right to insist on continuation of the tenant's obligation to pay rent. Since rent was regarded, at common law, as issuing out of the land, it would be logical to conclude that it ceased if the estate in the land ceased. But I do not think that it must follow that an election to terminate the estate as a result of the repudiation of a lease should inevitably mean an end to all covenants therein to the point of denying prospective remedial relief in damages.

I appreciate, however, that this principle of denial has been carried into modern doctrine from the older cases that were founded on the relation of surrender to a continuing claim for rent. *Woodfall on Landlord and Tenant*, 27th ed., 1968, vol. 1, at p. 869 cites only the *Goldhar* case for the proposition, but it is evident from other English cases such as *Richmond v. Savill*⁸, that the English law is to the same effect. I have the impression from a reading of the cases that the glide into this principle was assisted by translating repudiation or abandonment into an "offer" of surrender and by compounding this legal solecism by a further lapse into the language of rescission.

Nothing that was decided by this Court in *Attorney General of Saskatchewan v. Whiteshore Salt and Chemical Co. Ltd. and Midwest Chemicals Ltd.*⁹ bears on the issues now before it. That case was concerned with whether certain unexpired mining leases of Saskatchewan land, granted under federal authority before the 1930 transfer to Saskatchewan of its natural resources by Canada, must be taken to have been surrendered when in 1931 the leases were replaced by others granted by the Province, these being in turn replaced in 1937. On the answer to this question depended the liability of the lessees to increased royalties prescribed under provincial law. If there was no surrender, the lessees were protected by a provision of the Natural Resources Agreement of 1930. Kellock J., who spoke for the

abandonne ou répudie un bail, le propriétaire peut, en reprenant possession des locaux, faire savoir clairement qu'il ne renonce pas à son droit d'exiger que soit maintenue l'obligation du locataire quant au paiement du loyer. Comme en *common law*, on considérerait le loyer comme tenant au fonds, il serait logique de conclure qu'il prend fin si le droit sur le fonds (*estate in the land*) prend fin. Je ne crois pas cependant qu'il s'ensuive que mettre fin au droit sur le fonds (*estate*) à la suite d'une répudiation du bail, doive inévitablement entraîner l'extinction de tous les engagements qu'il contient, jusqu'à interdire un recours en dommages-intérêts éventuels.

Je me rends compte, toutefois, que la doctrine moderne a adopté ce principe qui interdit le recours et qu'on trouve dans d'anciennes décisions où il est question de l'effet de l'abandon quand on demande qu'un loyer reste exigible. *On Landlord and Tenant* de Woodfall, 27^e éd., 1968 vol. 1, p. 869, ne cite à cet égard que l'affaire *Goldhar*, mais d'autres décisions anglaises, par exemple *Richmond v. Savill*⁸, indiquent clairement que la loi anglaise est dans le même sens. A la lecture de ces décisions, j'ai l'impression que le glissement vers ce principe a été facilité du fait qu'on a interprété la répudiation ou l'abandon comme une "offre" d'abandon et qu'on a laissé subsister ce solécisme juridique en glissant davantage vers les concepts de la rescission.

La décision de cette Cour dans *Attorney General of Saskatchewan c. Whiteshore Salt and Chemical Co. Ltd. and Midwest Chemicals Ltd.*⁹ n'intéresse en rien les questions à décider en l'espèce. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si certains baux miniers non expirés et consentis sur des terres de la Saskatchewan par le gouvernement fédéral avant que le Canada cède à la Saskatchewan ses ressources naturelles en 1930, devaient être considérés comme abandonnés lorsque, en 1931, d'autres baux consentis par la province les ont remplacés, ceux-ci étant à leur tour remplacés en 1937. La réponse à cette question devait décider si les locataires devraient payer les redevances plus élevées que prescrivait la loi provinciale. S'il n'y avait pas eu abandon, une disposition de l'accord de 1930 sur les ressources

⁸ [1926] 2 K.B. 530.

⁹ [1955] S.C.R. 43.

⁸ [1926] 2 K.B. 530.

⁹ [1955] R.C.S. 43.

majority, was not addressing himself to any issue of damages such as is involved here when he referred generally to the proposition that on a surrender "the lease is gone and the rent is also gone" (a proposition which brooks no disagreement); or when he referred to *Richmond v. Savill*, *supra*, as standing for the principle that the lessee remains liable for rent accrued due or breaches of covenant committed prior to surrender. These observations were unnecessary for the determination of the question before him, and I do not regard them in any event as controlling for the present case.

As long ago as 1906, the High Court of Australia in *Buchanan v. Byrnes*¹⁰ held that upon an abandonment by a tenant, in breach of covenant, of the hotel property which he had leased, the landlord was entitled to claim damages over the unexpired term of the lease notwithstanding a surrender. It is coincidence that the lease in that case was for fifteen years and that it also included a covenant by the tenant, similar to the covenant here, to carry on the business for which the lease was given, for the full term of the tenancy. I quote two passages from the various reasons for judgment, one from those of Griffith C.J. and the second from those of Barton J., as follows (found, respectively, at pp. 714 and 719):

In this case he covenanted to carry on [the business] for fifteen years, and on 30th June he not only left the place, but he did so under such circumstances that he could not carry it on, and he sold the furniture. That was as complete a breach of the covenant to carry on the business as it was possible for him to commit, and under these circumstances the plaintiff had at once a complete cause of action against him. He was entitled to bring an action forthwith for the breach of that covenant, and he was entitled to such damages as would properly flow from such a breach of covenant. The surrender, therefore, if accepted at all, took place after breach, and the defence is not proved.

* * *

It must not be forgotten that a right of action had arisen on the termination of the correspondence on

¹⁰ (1906), 3 C.L.R. 704.

naturelles protégeait les locataires. Le Juge Kellock qui s'est exprimé au nom de la majorité, n'a pas abordé la question des dommages comme elle se présente dans cette affaire-ci quand il s'est reporté d'une façon générale au principe que, dans le cas d'un abandon, [TRADUCTION] «le bail disparaît et le loyer disparaît aussi» (un principe qui ne donne lieu à aucun désaccord); ni quand il a signalé que *Richmond v. Savill*, précitée, maintenait le principe que le locataire demeure responsable quant aux loyers échus et exigibles ou aux engagements violés avant l'abandon. Ces remarques n'étaient pas nécessaires pour résoudre la question qui lui était présentée, et de toutes façons, je ne les considère pas comme dominantes dans la présente affaire.

Dès 1906, la Haute Cour d'Australie, dans *Buchanan v. Byrnes*¹⁰, a jugé que lorsqu'un locataire en violation de ses obligations, délaisse un hôtel qu'il a loué, le propriétaire a droit de réclamer des dommages-intérêts pour la période non expirée du bail bien qu'il y ait eu abandon. Coïncidence, dans cette affaire, le bail avait une durée de quinze ans et il renfermait aussi un engagement de la part du locataire, engagement semblable à celui que nous avons ici, d'exercer le commerce pour lequel le bail avait été consenti durant toute la durée du bail. Je cite deux passages des divers motifs de jugement, un du Juge en chef Griffith et l'autre du Juge Barton. Ces passages se trouvent respectivement aux pages 714 et 719 et ils se lisent ainsi qu'il suit:

[TRADUCTION] Dans cette affaire, il s'est engagé à exercer [le commerce] pour une période de quinze ans; le 30 juin, il a non seulement quitté les lieux mais il l'a fait dans des circonstances telles qu'il ne pouvait plus l'exercer et il a vendu le mobilier. Il ne pouvait violer plus complètement cet engagement relatif à l'exercice du commerce et, dans ces circonstances, le demandeur avait dès lors un droit entier à faire valoir contre lui en justice. Il avait le droit d'intenter immédiatement une action pour la violation de cet engagement et de réclamer les dommages-intérêts qui résultent normalement d'une telle violation. Donc, l'abandon, si tant est qu'il fût accepté, eut lieu après la violation, et le moyen de défense n'est pas établi.

* * *

Il ne faut pas oublier que le droit d'action avait pris naissance le 28 juin, à la fin de l'échange de

¹⁰ (1906), 3 C.L.R. 704.

the 28th June, as the defendant had given distinct notice of his intention not to perform his covenant. There was at that time a renunciation which, at the plaintiff's option, amounted to a breach of the covenants that throughout the term he would carry on a licensed victualler's business upon the premises and keep them open and in use as an inn, &c., and of the covenant not to do anything which might entail forfeiture of the licence (*Licensing Act 1885*, sec. 101), as well as of the subsidiary covenants. The plaintiff was then entitled to claim in an immediate action, prospectively, such damages as would be caused by a breach at the appointed time, subject to any circumstances which might operate in mitigation of damages: *Leake on Contracts*, 4th ed., 617-618, and cases there cited, especially *Hochster v. Delatour*, 2 E. & B., 678; 22 L.J.Q.B., 455, and *Johnstone v. Milling*, 16 Q.B.D., 460. But it is said that the conduct of the plaintiff in resuming possession under the circumstances estops him from suing upon the covenants. I must not be taken to hold that it has that effect as to the covenant to pay rent. But, however that may be, can it estop him as to the other covenants which relate to the keeping the premises as an inn throughout the term, and the doing of the other things necessary for that purpose? Conduct, to constitute an estoppel, must have caused another to believe in the existence of a certain state of things, and have induced him to act on that belief so as to alter his own position. How can that be said to be the effect of the plaintiff's conduct, when the act of the defendant, so far from having been induced by it, has preceded it? In my judgment the doctrine of estoppel cannot be applied against the plaintiff, and I am driven to the conclusion that the learned Judge who tried the case, and who held that the plaintiff was bound by estoppel, has based his judgment on facts which do not entitle a Court to apply that doctrine.

I note that *Buchanan v. Byrnes* was applied a few years ago by the Supreme Court of Western Australia in *Hughes v. N.L.S. Pty. Ltd.*¹¹.

The approach of the High Court of Australia commends itself to me, cutting through, as it does, artificial barriers to relief that have resulted from overextension of the doctrine of surrender

lettres, puisque le défendeur avait donné un avis clair de son intention de ne pas exécuter son engagement. A ce moment-là, il y a eu une renonciation qui, au gré du demandeur, constituait une violation des engagements qui obligeaient le locataire à exercer un commerce de boissons et de spiritueux dans les locaux pour toute la durée du bail et à les utiliser comme auberge etc. . . , et de celui qu'il avait pris de ne rien faire qui puisse entraîner le retrait du permis (*Licensing Act 1885*, art. 101), aussi bien que des engagements subsidiaires. Le demandeur avait alors droit d'intenter immédiatement une action pour les dommages éventuels qui résulteraient de la violation à la date désignée, sous réserve des circonstances pouvant donner lieu à une diminution du montant: *On Contracts de Leake*, 4^e éd., p. 617-618, et les affaires qui y sont citées, en particulier, *Hochster v. Delatour*, 2 E. & B., 678; 22 L.J.Q.B., 455, et *Johnstone v. Milling*, 16 Q.B.D., 460. On dit, cependant que d'avoir repris possession des locaux dans ces circonstances crée une fin de non-recevoir qui empêche (*estops*) le demandeur d'actionner le défendeur sur les engagements. On ne doit pas conclure que je soutiens que cet effet se produit pour ce qui est de l'engagement de payer le loyer. Quoi qu'il en soit, y a-t-il fin de non-recevoir à l'égard des autres engagements qui obligent à maintenir une auberge dans les locaux durant tout le terme et à faire les autres choses nécessaires à cette fin? Pour constituer une fin de non-recevoir (*estoppel*) la conduite d'une personne doit avoir amené une autre personne à croire en l'existence d'un certain état de choses et à agir suivant cette croyance de façon à changer sa propre position. Comment peut-on dire que tel a été l'effet de la conduite du demandeur quand l'acte du défendeur, loin d'en être le résultat, l'a en fait précédée. A mon avis, la fin de non-recevoir (*estoppel*) ne peut être opposée au demandeur et j'en conclus que le savant Juge qui a entendu l'affaire et qui a statué que les règles de la fin de non-recevoir (*estoppel*) liaient le demandeur, a fondé son jugement sur des faits qui n'autorisent pas une Cour à appliquer ces règles.

Je remarque que, dans *Hughes v. N.L.S. Pty. Ltd.*¹¹, la Cour suprême de l'Australie occidentale a appliqué, il y a quelques années, *Buchanan v. Byrnes*.

Décider dans le sens de la Haute Cour d'Australie, qui écarte des obstacles artificiels aux recours créés par une trop grande extension des règles de l'abandon par rapport au loyer, me

¹¹ [1966] W.A.R. 100.

¹² [1966] W.A.R. 100.

in its relation to rent. Although it is correct to say that repudiation by the tenant gives the landlord at that time a choice between holding the tenant to the lease or terminating it, yet at the same time a right of action for damages then arises; and the election to insist on the lease or to refuse further performance (and thus bring it to an end) goes simply to the measure and range of damages. I see no logic in a conclusion that, by electing to terminate, the landlord has limited the damages that he may then claim to the same scale that would result if he had elected to keep the lease alive.

What is apparently the majority American view is to the same effect as the view taken in Australia and that I would take: see 4 *Corbin on Contracts*, 1951, # 986, at p. 955. The *American Law of Property*, 1952, vol. 1, pp. 203-204, states that "If the lessee abandons the premises and refuses to pay rent, the cases quite generally hold, in accordance with the doctrine of anticipatory breach, that the lessor may sue for complete damages without waiting until the end of the term"; and I may add that, under the case law, this is so at least where the suit is for damages and not for rent as such.

There are some general considerations that support the view that I would take. It is no longer sensible to pretend that a commercial lease, such as the one before this Court, is simply a conveyance and not also a contract. It is equally untenable to persist in denying resort to the full armoury of remedies ordinarily available to redress repudiation of covenants, merely because the covenants may be associated with an estate in land. Finally, there is merit here as in other situations in avoiding multiplicity of actions that may otherwise be a concomitant of insistence that a landlord engage in instalment litigation against a repudiating tenant.

Lest there be any doubt on the point, clause 5 (a) of the lease (previously referred to in these reasons) does not preclude the claim made

semble opportun. Bien qu'il soit exact de dire que la répudiation par le locataire donne immédiatement au propriétaire le choix entre obliger le locataire à se conformer au bail ou à y mettre fin, un droit d'action en dommages-intérêts naît néanmoins en même temps. Le choix de demander le maintien du bail ou de le refuser (et ainsi d'y mettre fin) n'influe que sur l'étendue des dommages-intérêts. Il est illogique, à mon avis, de conclure qu'en décidant de mettre fin au bail, le propriétaire a limité les dommages-intérêts qu'il peut ensuite réclamer dans la même mesure que s'il avait décidé de maintenir le bail en vigueur.

Ce qui semble l'opinion prépondérante aux États-Unis s'accorde avec celle qui est adoptée en Australie et que je ferais mienne: voir 4 *On Contracts* de Corbin, 1951, #986, p. 955. L'*American Law of Property*, 1952, vol. 1, pp. 203-205 dit [TRADUCTION] «si le locataire abandonne les locaux et refuse de payer le loyer, la jurisprudence d'une façon assez générale, soutient, conformément aux règles applicables lorsque se manifeste l'intention de ne pas exécuter un engagement (*anticipatory breach*) que le propriétaire peut poursuivre en recouvrement de tous les dommages-intérêts sans attendre la fin du terme»; et, j'ajouterais qu'en vertu du droit jurisprudentiel, il en est ainsi, du moins lorsqu'il s'agit d'une action en dommages-intérêts et non d'une action en recouvrement du loyer comme tel.

Mon opinion s'appuie sur certaines considérations d'ordre général. Il n'est plus raisonnable de prétendre qu'un bail commercial, comme celui qui est en cause, n'est qu'un transfert de droit sur un fonds et n'est pas aussi un contrat. Il est également intenable de refuser l'accès à l'arsenal complet des recours ordinairement disponibles pour réparer le dommage causé par une répudiation d'engagements pour la simple raison que les engagements peuvent être reliés à un droit sur un fonds (*estate in land*). Enfin, il est bon, dans une affaire de ce genre comme dans d'autres, d'éviter la multiplicité d'actions qui en résulterait si on exigeait qu'un propriétaire échelonne ses procédures contre le locataire qui répudie son bail.

Au cas où il y aurait un doute sur ce point, la clause 5(a) du bail (dont il a été fait mention plus tôt) n'exclut pas la demande au titre de

herein for prospective damages. The landlord did not invoke the clause, and hence no question arises of an irrevocable election to rely on it.

I would, accordingly, allow his appeal, with costs to the appellant throughout, and remit the case to the trial judge for assessment of damages. It follows that I would overrule the *Goldhar* case.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Sutton, Braidwood, Morris, Hall & Sutton, Vancouver.

Solicitors for the defendant, respondent: Farris, Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

dommages éventuels. Le propriétaire n'a pas invoqué la clause et, par conséquent, aucune question ne se pose du fait d'une décision irrévocable de s'y appuyer.

Je suis donc d'avis d'accueillir ce pourvoi avec dépens dans toutes les Cours et de renvoyer l'affaire au juge de première instance pour l'évaluation des dommages-intérêts. Il s'ensuit que je suis d'avis de passer outre à la décision *Goldhar*.

Appel accueilli avec dépens.

Procureurs de la demanderesse, appelante: Sutton, Braidwood, Morris, Hall & Sutton, Vancouver.

Procureurs de la défenderesse, intimée: Farris, Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

**ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE**

BETWEEN:)
)
MORGUARD CORPORATION and) *Kenneth Pimentel* for the Plaintiffs
BRAMALEA CITY CENTRE)
EQUITIES)
)
Plaintiffs)
)
– and –)
)
2063881 ONTARIO INC.)
)
Defendant)
) **HEARD:** November 15, 2013

2013 ONSC 7213 (CanLII)

PERELL, J.

REASONS FOR DECISION

A. INTRODUCTION AND OVERVIEW

[1] This is a motion for a default judgment for damages after the termination of a commercial tenancy.

[2] I adjourned the motion when it originally came on, because I was not satisfied that the Plaintiff Landlord, Morguard Corporation and Bramalea City Centre Equities, had provided sufficient evidence to calculate the damages for the Defendant Tenant, 2063881 Ontario Inc.'s, breach of the lease.

[3] The Landlord was claiming \$454,985.55 plus interest at the rate of 5% over the prime rate, but I was not satisfied that the Landlord had properly taken into account the principle of mitigation or properly applied the formula for calculating damages as described by Justice Bora Laskin in the famous and leading case of *Highway Properties Ltd. v. Kelly, Douglas and Co.*, [1971] S.C.R. 562. Although it was a default judgment motion, it did not seem just to grant the Landlord a half million dollar judgment without being satisfied that the damages were calculated in accordance with the law.

[4] The problem of calculating damages was exacerbated by the circumstance that it was a default judgment motion and the onus of proving a failure to mitigate would be on the Tenant, who of course was absent because it had been noted in default. This situation of calculating

damages for the breach of a lease when a tenant has been noted in default and does not defend the landlord's action arises with some frequency in motions court, and so I adjourned the motion to allow the Landlord to file further material or to return with an argument as to how to address the problem of properly calculating its damage claim.

[5] The Landlord returned with additional evidence, but it abandoned the unproven portion of its claim for damages for lost future rents.

[6] For the reasons set out below, I grant the Landlord judgment in the amount of \$250,000, all inclusive.

B. PROCEDURAL BACKGROUND

[7] On October 11, 2011, the Landlord filed a motion in writing for a default judgment.

[8] Justice Morgan granted the Landlord judgment in the amount of \$21,033.41 being the arrears of rent owing to the date of termination and unpaid year-end reconciliations. However, Justice Morgan directed that the Landlord submit further information to address the issue of mitigation.

[9] Almost two years later, the Landlord filed additional evidence and on September 20, 2013, the Landlord moved for a judgment for damages for the unpaid rent for the balance of the lease term. I adjourned the motion, and I made the following endorsement:

This is a default judgment motion to calculate damages for the termination of a commercial tenancy. Having read the motion record, I am not satisfied that the plaintiff has provided sufficient evidence to calculate damages for breach of contract. Accordingly, I am adjourning the motion to allow the Plaintiff to file further material as it may be advised. I am seized of the matter. Adjourned to Friday November 15, 2013.

[10] The Landlord filed an additional affidavit in which it revised its claim for damages as described below.

C. FACTUAL BACKGROUND

[11] Morguard Corporation and Bramalea City Centre Equities are together the Landlord of a shopping centre known as Bramalea City Centre in the City of Brampton.

[12] 2063881 Ontario Inc. was the Tenant of unit 310 at the shopping centre under a written lease dated September 1, 2010. The particulars of the Lease are as follows:

- The term of the Lease was for five years commencing on September 29, 2010 and ending on October 31, 2015.
- The gross leaseable area of unit 310 was 927 square feet, and pursuant to sections 1.01 (g) and 4.02 of the Lease, the Tenant agreed to pay minimum rent at the annual sum of \$65.00 per square foot.
- Under section 5.03 of the Lease, the Tenant agreed to pay its proportionate share of taxes imposed against the Shopping Centre.

- Under sections 6.02 and 6.03, the Tenant agreed to pay its proportionate share of costs and expenses of maintaining, operating, repairing, and administering the Shopping Centre.
- Under section 8.01 of the Lease, the Tenant agreed to pay as additional rent a contribution to a promotion fund that was to be the greater of \$1.35 per square foot per annum or \$1,350 per annum, which sum was to be increased by the consumer price index.
- Under section 8.02 of the Lease, the Tenant agreed to pay as additional rent a contribution to an advertising fund that was to be the greater of \$1.35 per square foot per annum or \$1,350 per annum, which sum was to be increased by the consumer price index, such amount, however, not to exceed \$4,920.
- Under sections 1.02 and 4.11 of the Lease, the Tenant agreed to pay interest on any unpaid rent at the stipulated rate, (which in this case was 5% over the Prime Rate).
- Under section 16.03, the Tenant agreed that if legal proceedings were brought to enforce the Lease, it would pay the Landlord's legal expenses on a solicitor and client basis.

[13] The Tenant took possession of unit 310 in the fall of 2010.

[14] On December 13, 2011, the Landlord delivered a notice of default to the Tenant for failure to pay rent. The Tenant did not cure the default, and on December 19, 2011, the Landlord delivered a second notice of default.

[15] The Tenant still did not cure the default, and on January 3, 2012, the Landlord re-entered the premises, delivered a notice of termination, and terminated the Lease. The notice of termination stated that the termination was without prejudice to the Landlord's rights under the Lease and at law to: (a) all payments of rent and other sums and charges payable under the Lease which were in arrears; (b) all payments of rent and other sums and charges in arrears or accruing due over what would have been the unexpired term of the Lease had not been terminated; and (c) any and all expenses incurred by the Landlord and caused by the forfeiture of the Lease, including all legal and professional fees on a full indemnity basis.

[16] The Landlord attempted to mitigate its damages, but despite its efforts, it was unable to locate a new tenant or occupant for unit 310, until recently, as described below.

[17] In September 2013, the Landlord calculated the Tenant's monthly rent under the Lease to be \$9,912.21, broken down as follows:

Minimum Rent	\$5,048.33
Common Area Maintenance	\$1,828.65
Realty Taxes	\$1,208.25
HVAC Basic	\$135.57
HVAC Recoveries	\$319.88
Promotion Fund	\$115.59
Advertising	\$115.59
HST	\$1,140.34

[18] Before interest and costs and based on the monthly rent, the Landlord originally calculated its damages to be \$476,018.96 broken down as follows:

Arrears of Rent:	
January 4-31, 2012	\$8,936.10
Feb. 2012-Oct. 2015	\$446,049.43
Year-end adjustments	\$337.01

[19] On the return of the adjourned motion, the Landlord revised its claim for damages as described in paragraphs 8 and 9 of Andrew Butler, the General Manager of the Bramalea City Centre. Paragraphs 8 and 9 state:

8. The Landlord has licensed the Premises to a Sharpe Innovative Body and Skin Solutions Inc. o/a Shape Body & Skincare for the period between January 1, 2013 (Licence Agreement). During the term of the Licence Agreement, the Landlord anticipates collecting \$21,600 in rent from Shape. ...

9. The Landlord has calculated its damages for loss of future rent on a present value basis from January 4, 2012 to December 31, 2014 in the amount of \$324,351.24 as follows:

(a) January 4-31, 2012	\$8,936.10
(b) February 2012 to December 2014 @ \$9,912.21 per month)	\$337,015.14
(c) Mitigation credit	<u>\$21,600.00</u>
Total:	\$324,351.24

D. DISCUSSION AND ANALYSIS

1. The Landlord's Claim for Lost Future Rents

[20] On a motion for a default judgment under rule 19.05, the facts pertaining to liability are deemed to be true but facts pertaining to damages must be proven. The plaintiff must adduce evidence to support his or her claim. The court must make a judicial determination with respect to the quantum of damages to be awarded against the defendant in default: *Umlauf v. Umlauf* (2001), 53 O.R. (3d) 355 (C.A.), at paras. 8-9.

[21] A landlord, having terminated the lease and given proper notice to the tenant, may assert the full panoply of contractual remedies arising from the lease: *Canadian Medical Laboratories Ltd. v. Stabile* (1997), 7 R.P.R. (3d) 170 (C.A.), at para. 40.

[22] One such contractual remedy is the “present recovery of damages for losing the benefit of the lease over its unexpired term” See *Highway Properties Ltd. v. Kelly, Douglas & Co.*, [1971] S.C.R. 562, where Justice Laskin described the Landlord’s several remedial alternatives, with my emphasis added:

The developed case law has recognized three mutually exclusive courses that a landlord may take where a tenant is in fundamental breach of the lease or has repudiated it entirely, as was the case here. He may do nothing to alter the relationship of landlord and tenant, but simply insist on performance of the terms and sue for rent or damages on the footing that the lease remains in force. Second, he may elect to terminate the lease, retaining of course the right to sue for rent accrued due, or for damages to the date of termination for previous breaches of covenant. Third, he may advise the tenant that he proposes to re-let the property on the tenant's account and enter into possession on that basis. Counsel for the appellant, in effect, suggests a fourth alternative, namely that **the landlord may elect to terminate the lease but with notice to the defaulting tenant that damages will be claimed on the footing of a present recovery of damages for losing the benefit of the lease over its unexpired term. One element of such damages would be, of course, the present value of the unpaid future rent for the unexpired period of the lease less the actual rental value of the premises for that period.**

[23] The proper measure of damages for a terminated lease is the unpaid rent to the date of the breach (the arrears of rent) plus the present value of the the loss of the future rent, which is the present value of the unpaid rent for the unexpired period of the lease less the actual rental value of the premises for that period.

[24] Thus, where the Landlord terminates the lease and delivers what has come to be known as a “Kelly Douglas Notice,” the proper measure of damages for the tenant’s breach is not the total of the rental payments for the balance of the lease term: *A.B. Investments Ltd. v. Khan*, 2011 ONSC 4491, at para. 29. Such a measure would fail to account for the costs saved by the breach and fail to take into account that the landlord is free to benefit from its property by leasing to a new tenant.

[25] In the case at bar, the Landlord has already received a judgment for the arrears of rent from Justice Morgan, and its claim is for the unpaid rent up to December 2014, when the licence to Sharpe Innovative Body and Skin Solutions Inc. ends.

[26] Thus, the Landlord has abandoned its claim for future rents for the period January 2015 to end of October 2015 and reduced its claim from \$476,018.96 to \$324,351.24.

[27] The \$324,351.24 claim, however, must be further reduced because the Landlord did not do a present value calculation, which is the current worth of a future sum of money or stream of cash flows given a specified rate of return. Although Mr. Butler said the Landlord’s claim was on a present value basis, he did not actually do the present value calculation.

[28] Using the online CMHC Mortgage Calculator, a present value for \$337,015.14 at a rate of return of 3% for a three-year period yields a present value calculation of \$296,827.33. Using a 10% rate of return, the present value calculation is \$243,689.89.

[29] Doing the best I can to be fair to the Landlord, which did not assist me by providing evidence of a present value calculation, and to the Tenant, which did not defend the action, I calculate the Landlord’s damages to be \$250,000, all inclusive, and not \$454,985.55 plus interest, as originally claimed.

[30] The postjudgment interest rate shall be 3%. I make no award with respect to costs.

2. Default Judgments for Lost Future Rent Claims

[31] In the case at bar, Justice Morgan and I were both concerned about how the court should address a landlord’s claim for lost future rents on a default judgment motion. He adjourned the motion so that there would be evidence about the Landlord’s efforts to mitigate its damages. By adjourning the motion, I had hoped that the Landlord would undertake some legal research and return with some argument as to how the court should approach the problem of deciding damages in accordance with the formula prescribed by Justice Laskin in *Highway Properties Ltd. v. Kelly, Douglas & Co.*, *supra*.

[32] I do not mean to be critical of the Landlord, but on the return of the default judgment motion, although I did the present value calculation, which saved the Tenant about a quarter million dollars from the original claim, by abandoning the claim for lost rent for the period between January to November 2015, the Landlord found a way to move for a default judgment

without doing any legal research that might be of assistance to other Landlords and to the Court in other cases where a Landlord moves for a default judgment for damages for lost future rentals.

[33] However, in preparation for the return of the motion, with the assistance of a law clerk, I undertook some legal research, which was of assistance to me for this case and which may be assistance in other cases. That legal research provides the following approaches to determining lost future rents on a motion for a default judgment.

[34] The proper calculation of the Landlord's damages is present value of the unpaid future rent for the unexpired period of the lease less the actual rental value of the premises for that period plus reasonably foreseeable consequential losses: *Highway Properties Ltd. v. Kelly, Douglas & Co., supra*; *Windmill Place v. Apeco of Canada Ltd.* (1976), 72 D.L.R. (3d) 539 (N.S.C.A.); *Cormier v. Federal Business Development Bank* (1982), 40 N.B.R. (2d) 155 (N.B.C.A.); *Ossory Canada Inc. v. Wendy's Restaurants of Canada Inc.* (1997), 36 O.R. (3d) 483 (C.A.).

[35] In the simplest case, the Landlord re-rents the premises and the actual rental value for the balance of the lease is proven by what will be paid by the new tenant. If the income stream from the new lease is less than the income stream of the terminated lease, then the present value of the difference is the Landlord's damages.

[36] If the income stream of the new lease is greater than the income stream from the terminated lease, then the Landlord will have fully mitigated its damages for lost future rentals and may also have mitigated its losses for the arrears of the rent or consequential damages.

[37] In *Falwyn Investors Group Ltd. v. GPM Real Property (6) Ltd* (1998), 22 R.P.R. (3d) 1 (Gen. Div.), Justice Lederman awarded no damages for lost rent because the landlord re-let at a higher price. The additional profit was credited against the landlord's other losses arising from the breach. In this case, Justice Lederman stated at para. 47:

47. According to the reasons in *Highway Properties, supra*, where a tenant breaches a lease agreement, the landlord, under the fourth option, is entitled to claim for prospective losses of the "present value of the unpaid future rent for the unexpired period of the lease less the actual rental value of the premises for that period." However, the fourth option envisages the application of the principles of contract law to commercial leases. Therefore, the landlord is subject to the duty to mitigate, and where "actual rental value" of the premises is not determined prior to trial, an estimate of the expected rental income that will be received can be inferred based on the evidence adduced at trial.

[38] In *West Edmonton Mall Ltd. v. McDonald's Restaurants of Canada Ltd.* (1993), [1994] 2 W.W.R. 230 (Alta. Q.B.) aff'd (1995), [1996] 3 W.W.R. 191 (Alta. C.A.), the landlord terminated a commercial lease with a term of 20 years. At the date of trial, there was an unexpired term of approximately 11 years. Justice Bielby relied on expert evidence of the ability of the landlord to re-let the premises within 24 months of the termination of the lease at the rental rates then prevailing in Edmonton. She then referred the matter to an actuary to assess the landlord's losses on the basis of her findings. The landlord was also held entitled to recover the expenditures to attract new tenants, including rental abatements and costs for configuring the premises to the requirements of the new tenants.

[39] In *First Avenue Market Place (1986) Inc. v. Manthos* (1994), 43 R.P.R. (2d) 282, at para. 33 the British Columbia Court of Appeal did not award damages for the post-termination period

because the landlord failed to provide information on the rental rate being paid by the new tenant. In this case, the tenant abandoned a 10-year lease in a shopping centre after approximately one and a half years. The landlord immediately re-rented the tenant's premises for a five-year period. Chief Justice McEachern did not award damages for the period in which the landlord had secured a new tenant because the landlord's evidence did not clearly show the rate at which the premises were rented. At para. 33 of the judgment, Chief Justice McEachern stated:

On this basis, it is difficult to recognize any loss for the four years of the lease following termination. If there was any loss, it would have to be reduced to present value. While the onus of establishing mitigation is upon the wrongdoer, I think that that burden was discharged when the evidence disclosed re-rental, possibly at the same rate, and full or nearly full occupancy. After that, it became necessary for the lessor to prove its damages and its witnesses should have been able to give the straightforward factual information requested by the guarantor's counsel such as the actual rent being charged to the new tenant. This was information that was fundamental to the proof of the lessor's claim. I would not award any damages for this period.

[40] Where there is no replacement tenant by the time of the motion for a default judgment, the Landlord will have to lead evidence regarding the "actual rental value" of the premises and evidence of how long it would take a landlord acting reasonably to find a new tenant.

[41] In *Cormier v. Federal Business Development Bank*, *supra*, the court relied on the evidence of a valuations expert to determine the amount of the Landlord's damages. In this case, the tenant agreed to a five-year lease of a building but repudiated the lease before entry into possession. Justice Ryan calculated the damages as follows:

In the present case, it is my opinion the proper method of assessing the plaintiffs' loss is to calculate the present value of the difference between the contractual rent of \$1,200.00 per month as reserved by the agreement to lease and the average [future] monthly rental value of the premises at the time of the breach, namely \$738.00 [as determined by a valuations expert at trial]. The present value as of June 1, 1978 of the right to receive \$462.00 per month for 36 months at a discount rate of 6% is, according to standard mathematical tables, \$15,203.00. However, as was conceded by the defendant, this calculation makes no allowance for the fact that it would take a reasonable time for the plaintiffs to obtain a new tenant at the established market rent and that an additional amount would have to be added to account for this fact. I think a reasonable time within which a tenant should have been obtained was six months and accordingly the appropriate adjustment upward would be \$4,352.00. Additionally, it is to be noted that the plaintiffs rented the premises for a period of 14 months at a monthly rental of \$500.00 and, accordingly, there must be a reduction of \$7,000.00 in the sum assessed as damages. Taking these various calculations into account, I would assess the plaintiffs' damages for loss of rentals at \$12,555.00.

[42] A similar methodology was applied in *B.G. Preeco (3) Ltd v. Universal Explorations Ltd.* (1987), 80 A.R. 225 (Alta. Q.B.). Justice MacCallum concluded that the value of unpaid future rent under the breached lease was \$5 per square foot, but based on the appraisal evidence, the market value per square foot was \$2 per square. Thus, the damages were the \$3 per square foot rent reduced to its present value. At para. 76, Justice MacCallum stated:

76. Dealing next with the period from the date of trial to the end of the ten-year term, namely, 30th September 1990, it was shown at trial that the property might reasonably be expected to be let with an aggressive effort within about six months, namely, 1st January 1988. It was suggested that damages should be assessed at a rate of \$5 per square foot [...] up to 1st January 1988 but reduced to present value, and thereafter, in keeping with the principles of mitigation, at that basic rate less whatever its market rental value is judged to be as of 1st January 1988, but not including taxes or operating costs, the resulting amount to be also reduced to its present value by reference to actuarial evidence. I accept the appraisal evidence which fixed the present market value of the

property at \$2 per square foot. Therefore, the plaintiff would be entitled to the present value of damages at \$5 per square foot only up to the point when it should reasonably be expected to rent the property, namely, 1st January 1988, plus operating costs and taxes, and thereafter only on the difference between what should have been received (\$5) and what the plaintiff expects to receive (\$2), being \$3 per square foot reduced to its present value. Operating costs and taxes would be paid by the prospective tenant, so they form no part of the prospective damages after 1st January 1988.

[43] The Landlord must provide evidence of the market rental value of the vacated premises and evidence of how long it would take a landlord acting reasonable to find a tenant to pay the market rental value of the premises.

[44] In *A.B. Investments Ltd. v. Khan*, 2011 ONSC 4491, on a motion for summary judgment by the landlord, following *Highway Properties Ltd. v. Kelly, Douglas & Co., supra*, Justice Ricchetti stated that the proper measure of those damages is not the total of the rental payments for the balance of the lease term. Justice Ricchetti was unwilling to speculate on the landlord's claim for prospective loss, and he ordered a damages trial. He held:

I am not satisfied that there is not some rental rate at which the leased premises would rent in the future. Granting judgment for the full amount of the future rental payments becomes a windfall for the Landlord if he rents the leased premises after judgment is granted even if only at \$1 per month... Alternatively, the Landlord could assess its future damages and seek to recover those damages now. However, this requires some evidence as to what the leasehold values of the premises are... I am left to speculate on what the Landlord's damages might be. I should not do so and I am not prepared to do so.

E. CONCLUSION

[45] For the above reasons, I grant judgment for \$250,000, as aforesaid.

Perell, J.

Released: November 21, 2013

CITATION: *Morguard Corporation v. Bramalea City Centre Equities*, 2013 ONSC 7213
COURT FILE NO.: 12-CV-456157

**ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE**

BETWEEN:

**MORGUARD CORPORATION and
BRAMALEA CITY CENTRE EQUITIES ***

Plaintiffs

- and -

2063881 ONTARIO INC.

Defendant

REASONS FOR DECISION

Perell, J.

Released: November 21, 2013.

Cummer-Yonge Investments Ltd. v. Fagot et al.

[1965] 2 O.R. 152-157

ONTARIO

[HIGH COURT OF JUSTICE]

GALE, C.J.H.C.

17th FEBRUARY 1965.

Bankruptcy -- Tenant making voluntary assignment -- Trustee in bankruptcy subsequently disclaiming lease -- Liability of guarantor of covenant to pay rent -- Bankruptcy Act, s. 41(5) -- Landlord and Tenant Act, s. 38(1).

By virtue of s. 41(5) of the Bankruptcy Act, R.S.C. 1952, c. 14, upon the bankruptcy of a tenant, all of his rights and obligations under the lease, including his obligation to pay rent, pass irrevocably to the trustee in bankruptcy and because the tenant is thereby and thereafter freed from all liability in respect of his covenant to pay rent so also is the liability of a guarantor, guaranteeing performance of such covenant by the tenant, likewise extinguished and the fact that subsequently the trustee elects to disclaim the lease pursuant to s. 38(1) of the Landlord and Tenant Act R.S.O. 1960 c.206, rather than the premises, does not revest any interest or obligations under the lease in the bankrupt tenant nor revive any liability of the guarantor with respect thereto.

[Re Mussens Ltd., Petrie Ltd.'s Claim, [1933] O.W.N. 459, 14 C.B.R. 479, aprvd; Stacey v. Hill, [1901] 1 K.B. 660; D. Morris & Sons, Ltd. v. Jeffreys (1932), 148 L.T. 56, consd]

Bankruptcy -- Landlord and tenant -- Guarantee -- Guarantors

guaranteeing tenant's covenant to pay rent -- Tenant going into bankruptcy -- Guarantors liable for arrears of rent accruing prior to bankruptcy.

ACTION by landlord against guarantors of bankrupt tenant for arrears of rent accruing prior to bankruptcy and for rent after bankruptcy.

John D. Honsberger, for plaintiff.

F.M. Catzman, Q.C., for defendants.

GALE, C.J.H.C.:-- This is an action on a guarantee. On February 29, 1960, a lease was entered into between the plaintiff, Cummer-Yonge Investments Limited, as lessor, the defendants Wax and Feldt "as trustees, for and in behalf of a company to be incorporated", as lessee, and the defendants Wax, Feldt, and Fagot as guarantors. The lease was to run for a period of 20 years from September 1, 1960, at a rental of \$742 per month for the first two years, and \$779 per month for the balance of the term. Monthly charges of \$44.48 were payable by way of additional rent throughout the term of the lease.

The lease was signed by the defendants Wax and Feldt, both in their capacity as trustees and as guarantors, but was never signed by the defendant Fagot. Accordingly, the claim against this last defendant on the guarantee must fail for want of compliance with s. 4 of the Statute of Frauds, R.S.O. 1960, c. 381.

On July 13, 1960, Fagot & Sons (Yonge) Hardware Limited was incorporated, it being the company contemplated at the time the lease was executed. It took possession of the leased premises in November, 1960, and made payments on account of rent until it made a voluntary assignment in bankruptcy on December 27, 1962. On March 6, 1963, the trustee in bankruptcy sent to the plaintiff a document entitled "Disclaimer of Lease", by which he disclaimed the lease to the bankrupt company as of March 8, 1963. Subsequently, the trustee paid the plaintiff's preferred

claim for rent under the Bankruptcy Act, R. S.C. 1952, c. 14, as well as a dividend on the claim as an unsecured creditor for rent in arrears prior to the date of bankruptcy. Shortly thereafter, the plaintiff's solicitor sent letters to each of the three defendants in this action, advising that the plaintiff was looking to them as guarantors to make good unpaid past and future rents under the lease.

The premises remained unoccupied until August 26, 1964, when they were rented by the plaintiff to a new tenant.

The plaintiff's claim for arrears of rent accruing prior to the bankruptcy, after giving credit for the dividend received from the trustee, is for \$1,228.24. At the trial, the defendants Wax and Feldt, by their counsel, admitted liability for this amount. However, they disputed the plaintiff's claim for 16 months' rent after the bankruptcy (from April 1, 1963 to July 31, 1964) in the amount of \$13,175.68. That claim is asserted in reliance upon the guarantee clause in the lease, which reads as follows:

The Guarantors if one is a party hereto join for the first five (5) years of the term hereby granted for valuable consideration and for the purpose of guaranteeing the due performance by the Lessee of all its covenants in this lease including the covenant to pay rent on the part of the Lessee to be performed.

As indicated previously, the defendant Fagot cannot be held liable on this guarantee because he never executed the lease. The position taken by the defendants Feldt and Wax, who admittedly signed the lease as guarantors, is that the bankruptcy of the tenant had the effect in law of terminating the liability of the bankrupt company to pay rent under the lease for the balance of the term, and that consequently the liability of the defendants as guarantors was likewise terminated. In support of this position, the defendants rely upon the provisions of the Bankruptcy Act, Section 41(5) of that Act provides:

41(5) On a receiving order being made or an assignment

being filed with an official receiver, a bankrupt ceases to have any capacity to dispose of or otherwise deal with his property, which shall, subject to the provisions of this Act and subject to the rights of secured creditors, forthwith pass to and vest in the trustee named in the receiving order or assignment, and in any case of change of trustee the property shall pass from trustee to trustee without any conveyance, assignment or transfer.

"Property" is defined in s. 2(o) in the following terms:

- (o) "property" includes money, goods, things in action, land, and every description of property, whether real or personal, movable or immovable, legal or equitable, and whether situate in Canada or elsewhere and includes obligations, easements and every description of estate, interest and profit, present or future, vested or contingent, in, arising out of, or incident to property. (The italicizing is mine.)

From these sections, it follows that on December 27, 1962, when the tenant company filed its assignment in bankruptcy with the official receiver, any beneficial interest it had enjoyed in the lease thereupon passed to and vested in the trustee named in the assignment. By the same token, the tenant's liability to pay rent was one of the "obligations" that passed to the trustee, and thus, as of that date, the tenant was divested of all its rights and freed from all its liabilities in respect of the lease. Since the obligation of the guarantors under the lease was "for the purpose of guaranteeing the due performance by the lessee of all its covenants in this lease including the covenant to pay rent on the part of the Lessee to be performed", this secondary obligation was determined when the tenant's primary obligation was determined.

What effect on this result, if any, has the disclaimer by the trustee? Section 105 of the Bankruptcy Act makes provincial landlord and tenant law applicable to the rights of landlords upon a bankruptcy. By s. 37 of the Landlord and Tenant Act, R.S.O. 1960, c. 206, the trustee in bankruptcy acquired the right to elect within three months of the assignment to retain

the leased premises for the whole or any portion of the unexpired term. Section 38(1) of that Act provides:

38(1) The assignee, liquidator or trustee has the further right, at any time before so electing, by notice in writing to the landlord, to surrender possession or disclaim any such lease, and his entry into possession of the leased premises and their occupation by him, while required for the purposes of the trust estate, shall not be deemed to be evidence of an intention of his part to elect to retain possession pursuant to section 37. It was this further right which the trustee exercised on March 6, 1963, when he disclaimed the lease to the bankrupt company.

Counsel for the defendants referred me to two English cases, *Stacey v. Hill*, [1901] 1 K.B. 660 (C.A.) and *D. Morris & Sons, Ltd. v. Jeffreys* (1932), 148 L.T. 56 (K.B.). Both cases involved, as does the present case, an action by a landlord against the guarantor of a bankrupt tenant. In both, a receiving order was made against the tenant and the trustee disclaimed the lease during the currency of the guarantee. The guarantor resisted the claim against him for payment of rent following the disclaimer by the trustee, and in both cases he was successful. As Romer, L.J., said in the *Stacey* case, in dismissing the landlord's appeal from a judgment in favour of the defendant guarantor (at p. 667):

... the defendant has only agreed to be liable as surety for the payment of rent by a lessee under a lease: and yet the appellant seeks to make him liable to pay money, though there is no rent payable, no lease, and no person in the position of lessee.

Mr. Honsberger, for the plaintiff, laid great stress on the fact that the action taken by the trustee in respect of the lease in the instant case was a disclaimer, rather than a surrender. It was his submission that while a surrender operates to determine a lease and to preclude any subsequent accrual of rent, the trustee's disclaimer divested only himself of the rights and obligations under the lease, and had the effect in law of revesting these rights and obligations in the

bankrupt tenant, the person from whom they originally came. While conceding that these obligations would be unenforceable against the tenant because of the provisions of the Bankruptcy Act, counsel argued that since the bankrupt's theoretical liability continued, the liability of the guarantors continued as well. He sought to distinguish the English authorities cited above on the ground that, under English bankruptcy legislation, a disclaimer expressly has the effect of extinguishing all the rights and liabilities of both the bankrupt and the trustee (see the Bankruptcy Act, 1883 (U.K.), c. 52, s. 55(2), and the Bankruptcy Act, 1914 (U.K.), c. 59, s. 54(2), whereas the Canadian Act contains no such provision.

In answer to this suggested distinction between a surrender and a disclaimer, counsel for the defendants relied upon the case of *Re Mussens Ltd., Petrie Ltd.'s Claim*, [1933] O.W.N. 459, 14 C.B.R. 479, a decision of Rose, C.J.H.C. Although this case involved a liquidator under the Dominion Winding-Up Act, it turned on an interpretation of s. 38 of the Landlord and Tenant Act, which applies equally to a trustee in bankruptcy. There, the liquidator purported "to surrender possession or disclaim" the lease, and the lessor alleged that, while the liquidator was no longer liable for rent under the lease, the tenant in liquidation was in breach of its covenant to pay rent and was liable in damages for this breach. In rejecting this contention, the learned Chief Justice stated (at pp. 460-1):

By his letter of June 21st, 1932, confirming an earlier letter, the liquidator exercised his right "to surrender possession or disclaim" the lease, and when he had exercised that right the obligation of the tenant, the insolvent company, to pay rent was at an end. It did not require a statute to confer upon the liquidator power to surrender possession or disclaim the lease with the consent of the lessor; the statute means that, whether the lessor is or is not willing, the liquidator may surrender possession or disclaim the lease, and that, if he does so surrender possession or disclaim the lease, the tenant in liquidation shall be in the same position as if the lease had been surrendered with the consent of the lessor. Of course, if the lease were surrendered with the consent of the lessor,

there could be no suggestion of any further liability on the part of the lessee to pay rent and no suggestion that, by failing to pay rent, the tenant was committing a breach of covenant and was rendering himself liable for liquidated or unliquidated damages.

It will be noted that, in this passage, Rose, C.J.H.C., makes no distinction between surrender and disclaimer, and the clear inference is that, in the opinion of the learned Chief Justice, the legal effect of each is the same.

Apart entirely from this decision, however, I am not persuaded that a disclaimer of a lease by a trustee in bankruptcy has the consequence contended for by counsel for the plaintiff in this action. Assuming, for purposes of argument, that his submission that the sole effect of the trustee's disclaimer is simply to divest him of his entire interest in the lease is correct, it nevertheless does not follow in law that that interest thereupon reverts to the bankrupt tenant. As indicated previously, whatever interest the tenant had in the lease prior to bankruptcy was, by the operation of s. 41(5) of the Bankruptcy Act, vested in the trustee upon the filing of the assignment. In my view, when the trustee subsequently disclaimed that interest, all the rights and obligations which he inherited from the bankrupt were wholly at an end.

This conclusion may be tested by reference to the provisions of the Bankruptcy Act itself. Mr. Honsberger's theory suggests that after bankruptcy a tenant may be re-vested with the rights and obligations of a lease which the trustee elects to disclaim. Such a contingency must, however, from the tenant's point of view, be an "interest ... present or future, vested or contingent, in ... property." Since this is embraced by the statutory definition of "property" in s. 2(1b), the notional bounce-back interest for which counsel contends must itself be an incident of property that passes to the trustee immediately upon bankruptcy, and therefore cannot remain with the bankrupt tenant so as to revive in the event of disclaimer by the trustee. The contrary suggestion presupposes that there is an aspect of the tenant's property that does not pass to the trustee on the bankruptcy. An examination of the Act yields no

authority for such proposition.

I therefore find that, upon the bankruptcy of the tenant, all of its rights and obligations under the lease, including its liability to perform the covenant to pay rent, irrevocably passed to the trustee in bankruptcy. After that date, there were no covenants in the lease which the lessee was required to perform, and the defendants' guarantee of "the due performance by the Lessee of all its covenants in this lease" thereupon became inoperative.

The action is dismissed as against the defendant Fagot. The plaintiff will have judgment against the defendants Wax and Feldt for \$1,228.24, the amount of unpaid arrears of rent accruing before the bankruptcy. For the reasons indicated above, its claim against these defendants for rent accruing after the bankruptcy will be dismissed. In accordance with counsel's request at the conclusion of the argument, I may be spoken to on the question of costs.

Judgment for plaintiff for rent prior to bankruptcy; action dismissed on claim for rent after bankruptcy.

NOTE: An appeal to the Court of Appeal (Porter, C.J.O., Gibson and MacKay, JJ.A.) was dismissed with costs without written reasons on May 14, 1965.

INVT COMT LTLT

Domgroup Ltd. Appellant

v.

Crystalline Investments Ltd. and Burnac Leaseholds Ltd. Respondents**INDEXED AS: CRYSTALLINE INVESTMENTS LTD. v. DOMGROUP LTD.****Neutral citation: 2004 SCC 3.**

File No.: 29196.

2003: November 7; 2004: January 29.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Bankruptcy — Proposals — Disclaimer of commercial leases — Tenant validly assigning leases and assignee subsequently becoming insolvent — Assignee giving landlords notice of intention to repudiate leases pursuant to s. 65.2 of Bankruptcy and Insolvency Act — Whether repudiation of leases under s. 65.2 relieved first tenant of its obligations as original lessee — Whether post-disclaimer, assignors and guarantors must be treated in same manner with respect to liability — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 65.2.

Landlord and tenant — Commercial leases — Assignment clause — Insolvent commercial tenant — Tenant validly assigning leases and assignee subsequently becoming insolvent — Assignee giving landlords notice of intention to repudiate leases pursuant to s. 65.2 of Bankruptcy and Insolvency Act — Whether rights between landlords and original tenant affected by proceedings under s. 65.2 — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 65.2.

The appellant was the respondents' original tenant. Ultimately, F held the validly assigned leases. F later became insolvent and attempted reorganization under the *Bankruptcy and Insolvency Act*. F, through its trustee, repudiated the leases. Pursuant to s. 65.2(3) of the Act, the respondents received compensation payments equivalent to six months rent upon approval of the proposal. The respondents informed the appellant that F had repudiated

Domgroup Ltd. Appelante

c.

Crystalline Investments Ltd. et Burnac Leaseholds Ltd. Intimées**RÉPERTORIÉ : CRYSTALLINE INVESTMENTS LTD. c. DOMGROUP LTD.****Référence neutre : 2004 CSC 3.**

N° du greffe : 29196.

2003 : 7 novembre; 2004 : 29 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

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

Faillite — Propositions — Résiliation de baux commerciaux — Baux cédés valablement par le locataire à un cessionnaire devenu subséquemment insolvable — Avis du cessionnaire aux locataires les informant de son intention de résilier les baux conformément à l'art. 65.2 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité — La résiliation des baux effectuée en vertu de l'art. 65.2 a-t-elle libéré le premier locataire de ses obligations en tant que cessionnaire initial? — Après la résiliation d'un bail, les cédants et les garants devraient-ils être assujettis à la même responsabilité? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 65.2.

Locataires et locateurs — Baux commerciaux — Clause de cession — Locataire commercial insolvable — Baux cédés valablement par le locataire à un cessionnaire devenu subséquemment insolvable — Avis du cessionnaire aux locataires les informant de son intention de résilier les baux conformément à l'art. 65.2 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité — Les droits des locateurs et du locataire initial ont-ils été touchés par les procédures engagées en vertu de l'art. 65.2? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 65.2.

L'appelante était le locataire initial des intimées. Au moment pertinent, F était titulaire des baux, qui lui avaient été cédés valablement. Devenue insolvable après la cession, F a tenté une réorganisation en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Par l'intermédiaire de son syndic, F a résilié les baux. Par suite de l'approbation de la proposition, les intimées ont reçu, conformément au par. 65.2(3) de la Loi, des indemnités équivalant à six

the leases and asserted their right to be paid the outstanding rent under the assignment clause in the leases. The appellant declined to pay. The respondents filed suit and the appellant applied for summary judgment in both cases. Holding that the notices of repudiation given under s. 65.2 terminated the leases for all purposes, the motions judge granted summary judgment and dismissed the respondents' claims. The Court of Appeal reversed the judgment, finding that the rights between the respondents and the appellant were unaffected by proceedings under s. 65.2.

Held: The appeal should be dismissed.

The repudiation of the leases under s. 65.2 of the Act did not affect the appellant's obligations as the original lessee. Section 65.2 should be read narrowly. The plain purposes of the section are to free an insolvent from obligations under a commercial lease that have become too onerous, to compensate the landlord for the early determination of the lease, and to allow the insolvent to resume viable operations as best it can. Repudiation benefits only the insolvent. Nothing in the Act protects third parties, including assignors, from the consequences of an insolvent's repudiation of a commercial lease. From the time a lease is completed, the original tenant is bound by all the conditions of the lease, including the term. The covenant is fully enforceable even if it has been assigned. Explicit statutory language is required to divest persons of rights they otherwise enjoy at law. So long as the doctrine of paramountcy is not triggered, federally regulated bankruptcy and insolvency proceedings cannot be used to subvert provincially regulated property and civil rights.

The mere possibility that the original tenant may have a right of indemnity against his insolvent assignee and is able to make a claim to participate in the proposal proceedings as an unsecured creditor is not inconsistent with the Act. On the contrary, it is consistent with the circumstances applicable to other alternative debtors, and does not affect or alter the nature of the original tenant's contractual relationship and obligations. More importantly, it does not require that the original tenant be discharged from liability.

In distinguishing between a guarantor and an assignor post-disclaimer, *Cummer-Yonge Investments Ltd. v.*

mois de loyer. Les intimées ont avisé l'appelante que F avait résilié les baux et elles ont fait valoir leur droit aux loyers impayés conformément à la clause de cession figurant dans les baux. L'appelante a refusé de payer. Les intimées ont chacune poursuivi cette dernière, qui a demandé et obtenu un jugement sommaire dans les deux instances. Concluant que les avis de résiliation donnés en vertu de l'art. 65.2 avaient mis fin aux baux à tous égards, le juge des motions a prononcé les jugements sommaires demandés et rejeté les actions des intimées. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance et conclu que les droits des locateurs et du locataire initial n'étaient pas touchés par les procédures engagées en vertu de l'art. 65.2.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La résiliation des baux effectuée en vertu de l'art. 65.2 de la Loi n'a eu aucune incidence sur les obligations incombant à l'appelante en tant que locataire initial. L'article 65.2 doit être interprété restrictivement et les objectifs manifestes de cet article sont de libérer une personne insolvable des obligations découlant d'un bail commercial qui sont devenues trop lourdes, d'indemniser le locateur pour la fin prématurée du bail et de permettre à la personne insolvable de reprendre autant que possible des activités viables. La résiliation ne bénéficie qu'à la personne insolvable. La Loi ne protège pas les tiers, notamment les cédants, des conséquences de la résiliation d'un bail commercial par une personne insolvable. À compter du moment où un bail est formé, le locataire initial est lié par toutes ses conditions, y compris sa durée. La convention en question est pleinement exécutoire, même si elle a fait l'objet d'une cession. Il faut une disposition législative explicite pour priver une personne de droits dont elle jouit par ailleurs en droit. Tant que la doctrine de la primauté des lois fédérales n'entre pas en jeu, on ne saurait utiliser des procédures en matière de faillite et d'insolvabilité régies par le droit fédéral pour écarter des droits de propriété et autres droits civils régis par le droit provincial.

La simple possibilité que le locataire initial dispose d'un droit d'indemnisation opposable à son cessionnaire insolvable et qu'il puisse présenter une réclamation afin de participer aux procédures de proposition en tant que créancier non garanti n'est pas incompatible avec le régime établi par la Loi. Au contraire, cette possibilité demeure pertinente dans les circonstances applicables aux autres débiteurs subsidiaires et ne modifie en rien la nature des obligations et relations contractuelles du locataire initial. Facteur plus important, elle ne commande pas que le locataire initial soit libéré de ses obligations.

L'affaire *Cummer-Yonge Investments Ltd. c. Fagot*, [1965] 2 O.R. 152, a engendré de l'incertitude dans

Fagot, [1965] 2 O.R. 152, has created uncertainty in leasing and bankruptcy and should be overruled. Post-disclaimer, assignors and guarantors ought to be treated the same with respect to liability.

Cases Cited

Overruled: *Cummer-Yonge Investments Ltd. v. Fagot*, [1965] 2 O.R. 152, aff'd [1965] 2 O.R. 157n; **referred to:** *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; *McNeil v. Train* (1848), 5 U.C.Q.B. 91; *Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.* (1979), 22 O.R. (2d) 385; *Francini v. Canuck Properties Ltd.* (1982), 35 O.R. (2d) 321; *Transco Mills Ltd. v. Percan Enterprises Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 359; *Warnford Investments Ltd. v. Duckworth*, [1978] 2 All E.R. 517; *Peterborough Hydraulic Power Co. v. McAllister* (1908), 17 O.L.R. 145; *Stacey v. Hill*, [1901] 1 Q.B. 660; *Hindcastle Ltd. v. Barbara Attenborough Associates Ltd.*, [1996] 1 All E.R. 737; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, Part III, ss. 62(3), 65.2 [ad. 1992, c. 27, s. 30], 179.
Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995 (U.K.), 1995, c. 30.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 20.04(2).

Authors Cited

Goldfarb, Clifford S. "The Rights and Obligations of the Original Tenant and Subsequent Tenants after an Assignment of Lease". In H. M. Haber, ed., *Assignment, Subletting and Change of Control in a Commercial Lease*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2002, 157.
 Lem, Jeffrey W., and Stefan T. Proniuk. "Goodbye 'Cummer-Yonge': A Review of Modern Developments in the Law Relating to the Liability of Guarantors of Bankrupt Tenants" (1993), 1 *D.R.P.L.* 419.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 58 O.R. (3d) 549, 210 D.L.R. (4th) 659, 156 O.A.C. 392, 27 B.L.R. (3d) 102, 49 R.P.R. (3d) 171, 31 C.B.R. (4th) 225, [2002] O.J. No. 883 (QL), reversing a judgment of the Superior Court of Justice (2001), 39 R.P.R. (3d) 49, 31

le domaine de la location et de la faillite du fait que le tribunal a considéré qu'il existe, après la résiliation, une distinction entre les garants d'une part et l'auteur d'une cession d'autre part. Cette décision doit être écartée. Après la résiliation, cédants et garants devraient être assujettis à la même responsabilité.

Jurisprudence

Arrêt renversé : *Cummer-Yonge Investments Ltd. c. Fagot*, [1965] 2 O.R. 152, conf. par [1965] 2 O.R. 157n; **arrêts mentionnés :** *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; *McNeil c. Train* (1848), 5 U.C.Q.B. 91; *Wotherspoon c. Canadian Pacific Ltd.* (1979), 22 O.R. (2d) 385; *Francini c. Canuck Properties Ltd.* (1982), 35 O.R. (2d) 321; *Transco Mills Ltd. c. Percan Enterprises Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 359; *Warnford Investments Ltd. c. Duckworth*, [1978] 2 All E.R. 517; *Peterborough Hydraulic Power Co. c. McAllister* (1908), 17 O.L.R. 145; *Stacey c. Hill*, [1901] 1 Q.B. 660; *Hindcastle Ltd. c. Barbara Attenborough Associates Ltd.*, [1996] 1 All E.R. 737; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91.

Lois et règlements cités

Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995 (R.-U.), 1995, ch. 30.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, Partie III, art. 62(3), 65.2 [aj. 1992, ch. 27, art. 30], 179.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, r. 20.04(2).

Doctrine citée

Goldfarb, Clifford S. « The Rights and Obligations of the Original Tenant and Subsequent Tenants after an Assignment of Lease ». In H. M. Haber, ed., *Assignment, Subletting and Change of Control in a Commercial Lease*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2002, 157.
 Lem, Jeffrey W., and Stefan T. Proniuk. « Goodbye "Cummer-Yonge" : A Review of Modern Developments in the Law Relating to the Liability of Guarantors of Bankrupt Tenants » (1993), 1 *D.R.P.L.* 419.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 58 O.R. (3d) 549, 210 D.L.R. (4th) 659, 156 O.A.C. 392, 27 B.L.R. (3d) 102, 49 R.P.R. (3d) 171, 31 C.B.R. (4th) 225, [2002] O.J. No. 883 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure de justice (2001), 39 R.P.R. (3d) 49, 31

C.B.R. (4th) 216, [2001] O.J. No. 736 (QL). Appeal dismissed.

Fred D. Cass, Lawrence J. Crozier and David Stevens, for the appellant.

Peter-Paul E. DuVernet, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. —

I. Introduction

This appeal arises from a motion for summary judgment. The facts are undisputed. The respondents, Crystalline Investments Limited (“Crystalline”) and Burnac Leaseholds Limited (“Burnac”), while owners of different properties, are referred to collectively as the “landlords”.

Dominion Stores Limited was the original tenant of the landlords. It is not clear from the record nor is it relevant whether Dominion Stores Limited became Domgroup Limited (“Domgroup”) by reorganization or by a change of name. For purposes of this appeal, the appellant Domgroup can be viewed as the original tenant.

Domgroup assigned the leases to Coastal Foods Limited (“Coastal Foods”), a wholly owned subsidiary. The consent of the landlords was not required under the leases for the assignments. Domgroup subsequently sold Coastal Foods which amalgamated to form Food Group Inc. (“Food Group”). Food Group later became insolvent and attempted a reorganization under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (the “Act”), as amended to 1994.

The question is whether the terms of the reorganization by the insolvent assignee through its trustee where it purported to repudiate the leases under s. 65.2 of the Act affect the obligations between the landlords and the original tenant.

C.B.R. (4th) 216, [2001] O.J. No. 736 (QL). Pourvoi rejeté.

Fred D. Cass, Lawrence J. Crozier et David Stevens, pour l’appelante.

Peter-Paul E. DuVernet, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Introduction

Le présent pourvoi découle d’une motion sollicitant un jugement sommaire. Les faits ne sont pas contestés. Bien qu’elles soient propriétaires de biens différents, les intimées, Crystalline Investments Limited (« Crystalline ») et Burnac Leaseholds Limited (« Burnac »), sont appelées collectivement ci-après les « locateurs ».

Dominion Stores Limited était le locataire initial des locateurs. Le dossier n’indique pas clairement — information qui n’est d’ailleurs pas pertinente — si Dominion Stores Limited est devenue Domgroup Limited (« Domgroup ») à la suite d’une réorganisation ou d’un changement de dénomination. Pour les besoins du présent pourvoi, l’appelante Domgroup peut être considérée comme le locataire initial.

Domgroup a cédé les baux à Coastal Foods Limited (« Coastal Foods »), une filiale en propriété exclusive. Cette cession pouvait intervenir sans le consentement des locateurs. Domgroup a par la suite vendu Coastal Foods, qui s’est fusionnée pour former Food Group Inc. (« Food Group »). La société Food Group est plus tard devenue insolvable et a tenté une réorganisation en vertu de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (la « Loi »), dans sa version en vigueur en 1994.

Il s’agit de décider si les conditions de la réorganisation qu’a effectuée la cessionnaire insolvable par l’intermédiaire de son syndic et au moyen de laquelle elle entendait résilier les baux en vertu de l’art. 65.2 de la Loi ont une incidence sur les obligations convenues entre les locateurs et le locataire initial.

5 The procedure for granting summary judgment in Ontario was set out in rule 20.04(2) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. That rule provided as follows at the time:

20.04 . . .

(2) Where the court is satisfied that there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence, the court shall grant summary judgment accordingly.

6 In *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423, at para. 27, Iacobucci and Bastarache JJ. discussed the legal principles that govern a motion for summary judgment:

The appropriate test to be applied on a motion for summary judgment is satisfied when the applicant has shown that there is no genuine issue of material fact requiring trial, and therefore summary judgment is a proper question for consideration by the court. See *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 15; *Dawson v. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257 (Ont. C.A.), at pp. 267-68; *Irving Ungerman Ltd. v. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545 (C.A.), at pp. 550-51. Once the moving party has made this showing, the respondent must then “establish his claim as being one with a real chance of success” (*Hercules, supra*, at para. 15).

The parties do not dispute the test for summary judgment.

7 The motions judge held that notices of repudiation given under s. 65.2 terminated the leases for all purposes. Relying on *Cummer-Yonge Investments Ltd. v. Fagot*, [1965] 2 O.R. 152 (H.C.), he found that, since the leases no longer existed, the liabilities that would have been owed by the original tenant to the landlords also disappeared. He granted summary judgment dismissing the claims of the landlords who sought damages from the original tenant. The Ontario Court of Appeal reversed the trial judge and held that the rights between the landlords and the original tenant were unaffected by proceedings under s. 65.2. The appeal was allowed and the summary judgments set aside.

En Ontario, jugement sommaire est rendu dans les cas prévus par la règle 20.04(2) des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, qui est rédigée ainsi :

20.04 . . .

(2) Le tribunal, s’il est convaincu qu’une demande ou une défense ne soulève pas de question litigieuse, rend un jugement sommaire en conséquence.

Dans l’arrêt *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, par. 27, les juges Iacobucci et Bastarache ont examiné les principes juridiques régissant les motions sollicitant un jugement sommaire :

Le critère qu’il convient d’appliquer à une motion visant à obtenir un jugement sommaire est respecté lorsque le requérant démontre qu’il n’y a aucune véritable question de fait importante qui requiert la tenue d’un procès et qu’il est donc opportun que le tribunal examine s’il y a lieu d’accorder un jugement sommaire. Voir *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, au par. 15; *Dawson c. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257 (C.A. Ont.), aux pp. 267 et 268; *Irving Ungerman Ltd. c. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545 (C.A.), aux pp. 550 et 551. Une fois que l’auteur de la motion a fait cette démonstration, il incombe ensuite à la partie intimée « d’établir que son action a vraiment des chances de réussir » (*Hercules*, précité, au par. 15).

Les parties ne contestent pas ce critère.

Le juge des motions a conclu que les préavis de résiliation donnés en vertu de l’art. 65.2 ont eu pour effet de résilier les baux à tous égards. S’appuyant sur l’affaire *Cummer-Yonge Investments Ltd. c. Fagot*, [1965] 2 O.R. 152 (H.C.), le juge a conclu que, puisque les baux n’existaient plus, les obligations du locataire initial envers les locataires avaient également disparu. Le juge a prononcé des jugements sommaires rejetant les demandes des locataires, qui réclamaient des dommages-intérêts du locataire initial. La Cour d’appel de l’Ontario a infirmé la décision du juge de première instance et conclu que les droits des locataires et du locataire initial n’étaient pas touchés par les procédures engagées en vertu de l’art. 65.2. L’appel a été accueilli et les jugements sommaires ont été annulés.

For the reasons that follow, I agree with the Ontario Court of Appeal that the insolvency of the assignee and the order made pursuant to the Act do not affect the landlords who can continue to look to the original tenant for enforcement of the leases. The order affects the insolvent assignee and its creditors, including the original tenant and assignor of the leases, but does not reach to the landlords. I would dismiss the appeal.

In this appeal, the appellant sought to rely on certain common law remedies and, in particular, advanced the defence of surrender which was neither pleaded nor raised before the motions judge or the Court of Appeal. Surrender must be pleaded. See *McNeil v. Train* (1848), 5 U.C.Q.B. 91; *Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.* (1979), 22 O.R. (2d) 385 (H.C.), at p. 562. In these circumstances the court refused to consider the question.

This appeal is limited to confirming that Food Group's repudiation of the leases assigned to it by Domgroup did not, by virtue of s. 65.2 alone, terminate Domgroup's rights and obligations under the leases. Section 65.2 relates to the repudiation of leases by insolvent commercial tenants. It is not concerned with the effects of that repudiation on third parties, such as assignors and guarantors. Whether the leases were terminated by surrender, as Domgroup argues for the first time in the Court, or by the application of some other principle of common law, is a question best left for trial.

II. Background

On April 30, 1979, Domgroup leased premises from Crystalline. On April 24, 1980, Domgroup leased a different location from Burnac. Both premises were located in New Brunswick. The leases had 25-year terms and contained the following assignment clause:

Notwithstanding any assignment or sublease the Lessee shall remain fully liable under this lease and shall

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis, tout comme la Cour d'appel de l'Ontario, que l'insolvabilité du cessionnaire et l'ordonnance rendue en application de la Loi ne touchent pas les locataires, qui peuvent continuer d'exiger du locataire initial le respect des baux. L'ordonnance produit ses effets à l'égard du cessionnaire insolvable et de ses créanciers, y compris le locataire initial qui a cédé les baux, mais non à l'égard des locataires. Je rejeterais le pourvoi.

En l'espèce, l'appelante a voulu invoquer certains moyens de défense prévus par la common law et elle a notamment fait valoir la défense d'abandon qui n'avait été ni plaidée par écrit ni soulevée devant le juge des motions ou devant la Cour d'appel. L'abandon est un moyen qui doit être plaidé. Voir *McNeil c. Train* (1848), 5 U.C.Q.B. 91; *Wotherspoon c. Canadian Pacific Ltd.* (1979), 22 O.R. (2d) 385 (H.C.), p. 562. Dans ces circonstances, les tribunaux ont refusé d'examiner cette question.

Le présent pourvoi confirme uniquement que la résiliation par Food Group des baux que lui avait cédés Domgroup n'a pas, par la seule application de l'art. 65.2, éteint les droits et obligations de Domgroup découlant des baux. L'article 65.2 porte sur la résiliation de baux par des locataires commerciaux insolubles. Il ne traite pas des effets de cette résiliation sur les tierces parties, par exemple les cédants et les garants. La question de savoir s'il a été mis fin aux baux soit par abandon, comme l'invoque pour la première fois Domgroup devant notre Cour, soit par application d'un autre principe de common law est un problème qui devrait être débattu en première instance.

II. Contexte

Le 30 avril 1979, Domgroup a loué des locaux de Crystalline. Le 24 avril 1980, Domgroup a loué un autre local de Burnac. Tous ces locaux étaient situés au Nouveau-Brunswick. Les baux, d'une durée de 25 ans, comportaient la clause de cession suivante :

[TRADUCTION] Nonobstant toute cession ou sous-location, le locataire demeure entièrement responsable du

8

9

10

11

not be released from performing any of its covenants, obligations or agreements in this lease and shall continue to be bound by this lease.

12 On May 25, 1985, Domgroup assigned both leases to Coastal Foods which later became Food Group.

13 Food Group encountered financial difficulty and attempted a reorganization. In February of 1994, Food Group filed a notice of intention to make a proposal pursuant to Part III of the Act.

14 Food Group then prepared and filed its proposal, stating that it believed the proposal would be “of benefit to its creditors and employees, and will enable the Food Group to continue in business, albeit on a much reduced scale”. Part of the proposal was that Food Group’s leases with Burnac and Crystalline be terminated pursuant to s. 65.2.

15 On February 18, 1994, the insolvent Food Group, through its trustee, gave the original landlords, Burnac and Crystalline, notice of its intention to repudiate the leases. Neither Burnac nor Crystalline applied to the court to challenge the repudiation of the lease although entitled to do so under the Act. At no time did Food Group advise Domgroup of the proceedings.

16 On March 18, 1994, the proposal was approved by the Court of Queen’s Bench for New Brunswick in Bankruptcy. On March 24, 1994, Burnac and Crystalline received compensation payments of \$173,704.39 and \$131,154.54, respectively, being the equivalent of six months rent under the leases pursuant to s. 65.2(3) of the Act. The repudiation was declared to be effective as of March 31, 1994.

17 Food Group vacated Crystalline’s premises in March of 1994. It had previously vacated Burnac’s premises one year earlier, but had continued to pay rent.

18 Burnac, one of the original landlords, entered into short-term leases with a bingo operation and started modifications to the premises to accommodate another tenant. Similarly, the other landlord,

présent bail, il n’est pas libéré des engagements ou autres obligations énoncés dans ce bail et il continue d’être lié par celui-ci.

Le 25 mai 1985, Domgroup a cédé les deux baux à Coastal Foods, devenue par la suite Food Group.

Éprouvant des difficultés financières, Food Group a tenté une réorganisation. En février 1994, Food Group a déposé un avis d’intention de faire une proposition selon la partie III de la Loi.

Food Group a ensuite rédigé et déposé sa proposition, où elle affirmait croire que celle-ci serait [TRADUCTION] « avantageuse pour ses créanciers et ses employés et permettrait à Food Group de poursuivre ses activités, mais à une échelle plus modeste ». La proposition prévoyait notamment la résiliation, conformément à l’art. 65.2, des baux de Food Group avec Burnac et Crystalline.

Le 18 février 1994, Food Group — qui était alors insolvable — a, par l’intermédiaire de son syndic, donné préavis de son intention de résilier les baux aux locataires initiaux, Burnac et Crystalline. Même si la Loi les autorisait à le faire, ni Burnac ni Crystalline n’ont contesté la résiliation des baux devant le tribunal. Food Group n’a à aucun moment avisé Domgroup de ces procédures.

Le 18 mars 1994, la proposition a été approuvée par la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick siégeant en matière de faillite. Le 24 mars 1994, Burnac et Crystalline ont reçu, conformément au par. 65.2(3) de la Loi, des indemnités respectives de 173 704,39 \$ et de 131 154,54 \$, soit l’équivalent de six mois de loyer selon les conditions des baux. Le tribunal a déclaré que la résiliation prenait effet le 31 mars 1994.

Food Group a quitté les locaux de Crystalline en mars 1994. Elle avait laissé ceux de Burnac un an auparavant, mais continué à payer le loyer.

Burnac, l’un des locataires initiaux, a conclu des baux de courte durée avec un exploitant de salle de bingo et entrepris des modifications aux locaux pour répondre aux besoins d’un autre locataire. De

Crystalline, licensed its premises to kiosk-based vendors.

On January 20, 1995, Burnac and Crystalline informed the original tenant, Domgroup, by mail that the insolvent, Food Group, had repudiated the leases. At the same time, they asserted their rights to be paid outstanding rent pursuant to the assignment clause in the leases. The letters did not acknowledge the termination of the leases as of March 31, 1994.

Domgroup declined to pay. Burnac and Crystalline both sued in Ontario Superior Court. Domgroup, on application, was granted summary judgment in both cases. Both were later reversed by the Ontario Court of Appeal.

III. Relevant Statutory Provisions

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

65.2 (1) At any time between the filing of a notice of intention and the filing of a proposal, or on the filing of a proposal, in respect of an insolvent person who is a commercial tenant under a lease of real property, the insolvent person may repudiate the lease on giving thirty days notice to the landlord in the prescribed manner, subject to subsection (2).

(2) Within fifteen days after being given notice of the repudiation of a lease under subsection (1), the landlord may apply to the court for a declaration that subsection (1) does not apply in respect of that lease, and the court, on notice to such parties as it may direct, shall make such a declaration unless the insolvent person satisfies the court that the insolvent person would not be able to make a viable proposal, or that the proposal the insolvent person has made would not be viable, without the repudiation of that lease and all other leases that the tenant has repudiated under subsection (1).

(3) Where a lease is repudiated pursuant to subsection (1), a proposal filed by the insolvent person must provide for payment to the landlord, immediately after court approval of the proposal, of compensation equal to the lesser of

(a) an amount equal to six months rent under the lease, and

son côté, Crystalline, l'autre locateur, a autorisé l'occupation de ses locaux par des vendeurs en kiosques.

Le 20 janvier 1995, Burnac et Crystalline ont avisé par courrier Domgroup, le locataire initial, que Food Group, qui était alors insolvable, avait résilié les baux. Les locateurs ont par la même occasion fait valoir leur droit aux loyers impayés conformément à la clause de cession figurant dans les baux. Les lettres ne contenaient aucune mention reconnaissant la résiliation des baux survenue le 31 mars 1994.

Domgroup a refusé de payer. Burnac et Crystalline ont chacune poursuivi cette entreprise en Cour supérieure de l'Ontario. Domgroup a demandé et obtenu un jugement sommaire dans les deux instances. Ces jugements ont par la suite été infirmés par la Cour d'appel de l'Ontario.

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3

65.2 (1) Entre le dépôt d'un avis d'intention et celui d'une proposition relative à une personne insolvable qui est un locataire commercial en vertu d'un bail immobilier, ou lors du dépôt d'une telle proposition, cette personne peut, sous réserve du paragraphe (2), résilier son bail sur préavis de trente jours donné de la manière prescrite.

(2) Le locateur peut, dans les quinze jours suivant le jour où préavis lui a été donné aux termes du paragraphe (1), demander au tribunal de déclarer ce paragraphe inapplicable au bail en question; le tribunal est tenu, sur avis donné aux parties qu'il ordonne d'aviser, de rendre l'ordonnance souhaitée, sauf si la personne insolvable le convainc que, sans la résiliation du bail en question et de tout autre bail résilié par le locataire aux termes du paragraphe (1), elle ne serait pas en mesure de faire une proposition viable ou que la proposition déjà faite ne serait pas viable.

(3) En cas de résiliation du bail, la proposition déposée par la personne insolvable doit prévoir le paiement au locateur, dès que le tribunal approuve la proposition, d'une indemnité égale au moindre des deux montants suivants :

a) une somme égale à six mois de loyer, selon les termes du bail;

19

20

21

(b) the rent for the remainder of the lease, from the date on which the repudiation takes effect.

(4) For the purpose of voting on any question relating to a proposal referred to in subsection (3), the landlord does not have any claim in respect of accelerated rent, damages arising out of the repudiation, or the compensation referred to in subsection (3).

(5) Nothing in subsections (1) to (4) affects the operation of section 146 in the event of bankruptcy.

(6) Where an insolvent person who has made a proposal referred to in subsection (3) becomes bankrupt

(a) after court approval of the proposal and before the proposal is fully performed, and

(b) after compensation referred to in subsection (3) has been paid,

the landlord has no claim against the estate of the bankrupt for accelerated rent.

IV. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice* (2001), 39 R.P.R. (3d) 49

22 The motions for summary judgment by Domgroup were heard by Trafford J. on March 1, 2001, and by consent, the legal issue was stated as follows:

Is a landlord, following the Court-approved termination of a commercial lease under s. 65.2 of the 1992 Act and following acceptance of the compensation provided for by the statutory code, entitled to arrears of rent, or for damages, in respect of the unexpired term of the terminated lease as against the pre-proposal assignor of the lease?

23 The motions judge held that the court-approved termination of the leases ended all obligations of the parties and rendered the assignment clause inoperative. The compensation paid to the landlords under s. 65.2 constituted the total compensation for all damages to which they were entitled under the leases. Since the entire lease, including the assignment clause, was terminated by the court order, there was no basis in law for the claims made against the

b) le loyer pour la partie du bail non écoulee à la date de prise d'effet de la résiliation.

(4) En ce qui a trait au vote sur toute question relative à la proposition visée au paragraphe (3), le locateur n'a aucune réclamation à faire valoir à l'égard soit du loyer perçu par anticipation, soit des dommages-intérêts découlant de la résiliation, soit de l'indemnité prévue à ce paragraphe.

(5) Les paragraphes (1) à (4) n'ont pas pour effet de porter atteinte, en cas de faillite, à l'application de l'article 146.

(6) Dans le cas où la personne insolvable qui a fait une proposition visée au paragraphe (3) devient un failli après l'approbation de la proposition par le tribunal, mais avant l'exécution intégrale de celle-ci, et après le paiement de l'indemnité prévue à ce paragraphe, le locateur n'a aucune réclamation à faire valoir contre l'actif du failli à l'égard du loyer perçu par anticipation.

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (2001), 39 R.P.R. (3d) 49

Les motions de Domgroup sollicitant un jugement sommaire ont été entendues par le juge Trafford le 1^{er} mars 2001 et, par consentement, la question de droit en litige a été formulée comme suit :

[TRADUCTION] Une fois la résiliation d'un bail commercial approuvée par le tribunal en application de l'article 65.2 de la Loi qui était en vigueur en 1992 et une fois acceptée l'indemnité prévue par le code législatif, un locateur a-t-il droit d'obtenir de celui qui a cédé le bail avant la proposition les loyers impayés, ou des dommages-intérêts, pour la période du bail résilié qui reste à courir?

Le juge des motions a estimé que la résiliation des baux approuvée par le tribunal avait éteint toutes les obligations des parties et rendu inopérante la clause de cession. Les sommes versées aux locateurs en application de l'art. 65.2 constituaient l'indemnité totale à laquelle ils avaient droit en vertu des baux au titre des dommages-intérêts. Étant donné que le bail au complet, y compris la clause de cession, avait été résilié par l'ordonnance du

original tenant, Domgroup. He granted summary judgment in both cases.

B. *Ontario Court of Appeal* (2002), 58 O.R. (3d) 549

The Ontario Court of Appeal rejected the conclusion of the motions judge that the provisions of s. 65.2 terminated the leases for all purposes. In the view of Carthy J.A., the rights between the landlords and the original tenant were unaffected by the insolvency proceedings. He found no change in this result was warranted by the 1997 amendment to the English version of s. 65.2 from the term “repudiate” to “disclaim”.

The Court of Appeal held that the consequences of repudiation should be restricted to those provided for in s. 65.2 having regard to the purposes of insolvency proceedings as a whole. While the insolvency proceedings permitted Food Group as the insolvent to shed its obligations, the rights and liabilities of Domgroup to the landlords under the leases remained intact.

V. Analysis

A. *The Construction of Section 65.2*

The dispute is whether the Act has relieved the appellant Domgroup of its obligations by the assignment of the leases ultimately to the insolvent. More precisely, should s. 65.2 be interpreted to bring all the obligations between the appellant and respondents to an end when the leases were repudiated by the insolvent, Food Group?

While the drafting of s. 65.2 focusses on bilateral relationships, such as a simple lease between a landlord and a tenant, the effect of the repudiation does not change in circumstances such as the present ones, involving a tripartite arrangement resulting from the assignment of a lease. In both situations, the repudiation must be construed as benefiting only the insolvent.

tribunal, les réclamations présentées contre Domgroup, le locataire initial, n'étaient pas fondées en droit. Le juge des requêtes a rendu le jugement sommaire demandé dans les deux affaires.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2002), 58 O.R. (3d) 549

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la conclusion du juge des motions selon laquelle les dispositions de l'art. 65.2 avaient eu pour effet de résilier les baux à tous égards. Suivant le juge Carthy, les procédures en matière d'insolvabilité n'ont eu aucune incidence sur les droits des locataires et du locataire initial. Il a estimé que la modification apportée en 1997 à la version anglaise de l'art. 65.2, qui a substitué le mot « *disclaim* » au mot « *repudiate* », ne commandait pas un résultat différent.

La Cour d'appel a jugé que les conséquences de la résiliation devaient se limiter à celles prévues à l'art. 65.2, compte tenu de l'objectif de l'ensemble des procédures en matière d'insolvabilité. Bien que ces procédures aient permis à Food Group, la société insolvable, de se libérer de ses obligations, les droits et obligations de Domgroup envers les locataires aux termes des baux sont demeurés intacts.

V. Analyse

A. *L'interprétation de l'art. 65.2*

Il s'agit de décider si, du fait de la cession des baux à la société insolvable, l'appelante Domgroup est libérée par la Loi de ses obligations. Plus précisément, l'art. 65.2 a-t-il eu pour effet d'éteindre toutes les obligations liant l'appelante et les intimées lorsque les baux ont été résiliés par Food Group, la société insolvable?

Bien que le texte de l'art. 65.2 vise principalement des relations bilatérales, par exemple un simple bail entre un locateur et un locataire, l'effet de la résiliation n'est pas différent dans une situation comme la présente, où il y a un arrangement tripartite résultant de la cession d'un bail. Dans l'un et l'autre cas, il faut considérer que la résiliation ne bénéficie qu'à la personne insolvable.

28

I, thus, agree with the Court of Appeal that s. 65.2 should be read narrowly. The plain purposes of the section are to free an insolvent from the obligations under a commercial lease that have become too onerous, to compensate the landlord for the early determination of the lease, and to allow the insolvent to resume viable operations as best it can. Nothing in s. 65.2, or any part of the Act, protects third parties (i.e., guarantors, assignors or others) from the consequences of an insolvent's repudiation of a commercial lease. That is to say that they remain liable when the party on whose behalf they acted becomes insolvent.

29

When a lease is finalized, the landlord and tenant then have privity of contract and privity of estate. See *Francini v. Canuck Properties Ltd.* (1982), 35 O.R. (2d) 321 (C.A.), at pp. 322-23. When the lease is assigned, the landlord's privity of estate with the original tenant comes to an end, but the privity of contract continues and the original tenant remains liable upon its covenant. The estate or interest in the tenancy is transferred to the assignee, who, by being entitled to possession, is obliged to make payment of rent, but, subject to the terms of the lease and the agreement of the parties, the original tenant remains liable should his assignee not pay the rent. See C. S. Goldfarb, "The Rights and Obligations of the Original Tenant and Subsequent Tenants after an Assignment of Lease", in H. M. Haber, ed., *Assignment, Subletting and Change of Control in a Commercial Lease* (2002), 157.

30

Both the British Columbia Court of Appeal in *Transco Mills Ltd. v. Percan Enterprises Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 359, at p. 366, and Carthy J.A., here, at para. 16, quoted from Vice-Chancellor Megarry in *Warnford Investments Ltd. v. Duckworth*, [1978] 2 All E.R. 517 (Ch. D.), at p. 526, where the position of an original tenant in bankruptcy proceedings is discussed. It is worth repeating:

The original lessee is a person who as principal, undertook towards the lessor, the obligations of the lease for

En conséquence, je partage l'avis de la Cour d'appel que l'art. 65.2 doit recevoir une interprétation restrictive. Les objectifs manifestes de cet article sont de libérer une personne insolvable des obligations découlant d'un bail commercial qui sont devenues trop lourdes, d'indemniser le locateur pour la fin prématurée du bail et de permettre à la personne insolvable de reprendre autant que possible des activités viables. Ni l'article 65.2 ni quelque autre partie de la Loi ne protègent les tiers (c'est-à-dire les garants, cédants ou autres) des conséquences de la résiliation d'un bail commercial par une personne insolvable. C'est donc dire que les tiers demeurent responsables lorsque la partie au nom de laquelle ils ont agi devient insolvable.

Lorsqu'un bail a été conclu, il s'établit alors entre le locataire et le locateur un lien contractuel et une connexité de domaine. Voir *Francini c. Canuck Properties Ltd.* (1982), 35 O.R. (2d) 321 (C.A.), p. 322-323. En cas de cession du bail, la connexité de domaine entre le locateur et le locataire initial cesse d'exister, mais le lien contractuel survit et le locataire initial demeure tenu par son engagement. Le domaine ou l'intérêt dans la location est transféré au cessionnaire, qui, du fait de son droit à la possession, doit payer le loyer. Toutefois, sous réserve des conditions du bail et de l'entente entre les parties, le locataire initial demeure responsable du paiement du loyer si le cessionnaire fait défaut de le payer. Voir C. S. Goldfarb, « The Rights and Obligations of the Original Tenant and Subsequent Tenants after an Assignment of Lease », dans H. M. Haber, dir., *Assignment, Subletting and Change of Control in a Commercial Lease* (2002), 157.

Tant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Transco Mills Ltd. c. Percan Enterprises Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 359, p. 366, que le juge Carthy au par. 16 de l'arrêt visé par le présent pourvoi ont cité les propos du vice-chancelier Megarry dans l'affaire *Warnford Investments Ltd. c. Duckworth*, [1978] 2 All E.R. 517 (Ch. D.), p. 526, qui examinait la situation du locataire initial dans le cadre de procédures de faillite. Il vaut la peine de reproduire le passage en question :

[TRADUCTION] Le locataire initial est la personne qui, à titre de débiteur principal, assume envers le locateur

the whole term; and there is nothing in the process of assignment which replaced this liability by the mere collateral liability of a surety who must pay the rent only if the assignee does not. The bankruptcy of the assignee has for the time being destroyed the original lessee's right against the assignee to require him to discharge the obligations of the lease, and it has impaired the lessee's right of indemnity against him when he has to discharge the obligations himself; but it has not affected his primary liability towards the lessor, which continues unaffected. At no time does an original lessee become a mere guarantor to the lessor of the liability of any assignee of the lease. [Emphasis added.]

From the time a lease is completed, the original tenant is bound by all the conditions, including the term. Despite the hardship that may later develop, the covenant is fully enforceable even if it has been assigned. In England, however, public concern over the continuing liability of original tenants in post-assignment bankruptcy situations resulted in the enactment of the *Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995* (U.K.), 1995, c. 30. As a result, when a tenant in England lawfully assigns a lease, that tenant will have no further obligations with respect to the covenant. To effect the same result in Canada, similar legislation is needed.

B. Does the Common Law Indemnification Right Frustrate the Act?

If the liabilities remain enforceable by the landlord against the original tenant, then presumably the original tenant can exercise its common law indemnification rights against its assignee as an unsecured creditor. See *Peterborough Hydraulic Power Co. v. McAllister* (1908), 17 O.L.R. 145 (C.A.), at p. 151. The original tenant could therefore prove a claim in insolvency against that assignee under this right of indemnity. As a result, the insolvent assignee could face an additional claim on the lease in excess of the preferred payment required to be paid to the landlord under s. 65.2.

les obligations du bail pour toute la durée de celui-ci; de plus, le processus de cession n'a pas pour effet de substituer à cette obligation la simple obligation subsidiaire qu'a la caution de payer le loyer uniquement en cas de défaut du cessionnaire. La faillite du cessionnaire a éteint pour le moment le droit du locataire initial d'exiger du cessionnaire l'exécution des obligations prévues par le bail et a affaibli le droit du locataire d'être indemnisé par ce dernier lorsqu'il doit les exécuter lui-même; mais la faillite du cessionnaire n'a pas eu d'incidence sur l'obligation fondamentale du locataire initial envers le locateur, obligation qui, elle, reste intacte. En aucune circonstance le locataire initial ne devient simple garant envers le locateur des obligations du cessionnaire du bail. [Je souligne.]

À compter du moment où un bail est formé, le locataire initial est lié par toutes ses conditions, y compris sa durée. Quelles que soient les difficultés qui pourraient surgir ultérieurement, la convention en question est pleinement exécutoire même si elle a fait l'objet d'une cession. En Angleterre toutefois, les inquiétudes exprimées par la population au sujet du maintien de la responsabilité des locataires initiaux en cas de faillites postérieures à une cession ont entraîné l'adoption de la *Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995* (R.-U.), 1995, ch. 30. Conséquemment, en Angleterre, le locataire qui cède légalement son bail n'est plus tenu aux obligations découlant de celui-ci. Une loi similaire serait nécessaire pour produire le même résultat au Canada.

B. Le droit à indemnisation en common law fait-il obstacle à l'application de la Loi?

Si les obligations demeurent opposables au locataire initial par le locateur, on peut alors supposer que le locataire initial peut, à titre de créancier non garanti, exercer contre son cessionnaire le droit à indemnisation que lui accorde la common law. Voir *Peterborough Hydraulic Power Co. c. McAllister* (1908), 17 O.L.R. 145 (C.A.), p. 151. Le locataire initial pourrait donc, en vertu de ce droit, établir l'existence d'une réclamation contre ce cessionnaire en contexte d'insolvabilité. En conséquence, en plus du paiement qui doit être fait en priorité au locateur conformément à l'art. 65.2, le cessionnaire insolvable pourrait être exposé à une réclamation additionnelle fondée sur le bail.

33 The appellant submits this result would frustrate the objectives of the Act and is the reason that a repudiation under s. 65.2 should terminate a lease for all purposes. I disagree for two reasons.

34 First, an assignor is no different from other alternative debtors, none of which is excused under the Act. For example, s. 179 states:

179. An order of discharge does not release a person who at the date of the bankruptcy was a partner or co-trustee with the bankrupt or was jointly bound or had made a joint contract with him, or a person who was surety or in the nature of a surety for him.

While s. 62(3) provides:

62. . . .

(3) The acceptance of a proposal by a creditor does not release any person who would not be released under this Act by the discharge of the debtor.

Parliament therefore saw fit to conserve the liabilities of alternative debtors, yet chose not to extinguish their common law rights of indemnity.

35 Second, where an original tenant seeks indemnification on a contingent claim, provided the claim is provable and not disallowed, it would fall into the insolvency to be dealt with in accordance with the scheme of the Act. The assignor simply joins the other unsecured creditors in the proceedings. If such a claim is approved, it cannot satisfy and at the same time frustrate the Act.

36 Simply stated, the mere possibility that the original tenant may have a right of indemnity against his insolvent assignee and is able to make a claim to participate in the proposal proceedings as an unsecured creditor is not inconsistent with the statutory scheme. On the contrary, it is consistent with the circumstances applicable to other alternative covenants, and does not affect or alter the nature of the original tenant's contractual relationship and

L'appelante fait valoir que ce résultat ferait obstacle à la réalisation des objectifs de la Loi et constitue la raison pour laquelle la résiliation prévue par l'art. 65.2 doit mettre fin au bail à tous égards. Je ne suis pas de cet avis, et ce pour deux raisons.

Premièrement, un cédant ne diffère pas des autres débiteurs subsidiaires, dont aucun n'est exempté de l'application de la Loi. À titre d'exemple, l'art. 179 dispose ainsi :

179. Une ordonnance de libération ne libère pas une personne qui, au moment de la faillite, était un associé du failli ou coadministrateur avec le failli, ou était conjointement liée ou avait passé un contrat en commun avec lui, ou une personne qui était caution ou semblait être une caution pour lui.

Le paragraphe 62(3) prévoit ceci :

62. . . .

(3) L'acceptation d'une proposition par un créancier ne libère aucune personne qui ne le serait pas aux termes de la présente loi par la libération du débiteur.

Le législateur a donc jugé bon de maintenir les obligations des débiteurs « subsidiaires », mais il a choisi de ne pas éteindre leur droit à indemnisation en common law.

Deuxièmement, lorsqu'un locataire initial demande l'indemnisation d'une réclamation éventuelle, sa réclamation — pourvu qu'elle soit prouvable et qu'elle ne soit pas rejetée — est traitée conformément au régime établi par la Loi en matière d'insolvabilité. Le cédant joint simplement les rangs des autres créanciers non garantis participant aux procédures pertinentes. Si une telle réclamation est approuvée, elle ne saurait à la fois répondre aux exigences de la Loi et faire obstacle à la réalisation des objectifs de celle-ci.

En somme, la simple possibilité que le locataire initial dispose d'un droit d'indemnisation opposable à son cessionnaire insolvable et qu'il puisse présenter une réclamation afin de participer aux procédures de proposition en tant que créancier non garanti n'est pas incompatible avec le régime établi par la Loi. Au contraire, cette possibilité demeure pertinente dans les circonstances applicables aux autres contractants subsidiaires et ne modifie en rien la

obligations. More importantly, it does not require that the original tenant be discharged from liability.

I also question whether there is any justification for distinguishing between a guarantor and an assignor post-disclaimer. In *Cummer-Yonge*, *supra*, the landlord brought an action against guarantors of a bankrupt tenant for the unpaid rent accruing after the tenant's bankruptcy but prior to the reletting of the leased premises. The trustee in bankruptcy had disclaimed the lease in accordance with the trustees' rights under the then applicable federal bankruptcy and provincial landlord and tenancy legislation. The guarantee provision contained in the disclaimed lease provided as follows:

The Guarantors if one is a party hereto join for the first five (5) years of the term hereby granted for valuable consideration and for the purpose of guaranteeing the due performance by the Lessee of all its covenants in this lease including the covenant to pay rent on the part of the Lessee to be performed.

Gale C.J.H.C. applied the reasoning of the English Court of Appeal in *Stacey v. Hill*, [1901] 1 Q.B. 660. He read the guarantee clause strictly as a pure surety provision and found that when the lease was disclaimed by a trustee in bankruptcy, the bankrupt's covenants to perform were dissolved. Since the guarantors' obligation is to assure performance of those covenants, their obligations disappeared with the covenants. The Ontario Court of Appeal affirmed the decision without reasons ([1965] 2 O.R. 157n).

Cummer-Yonge has created uncertainty in leasing and bankruptcy. Not only have drafters of leases attempted to circumvent the holding in *Cummer-Yonge* by playing upon the primary and secondary obligation distinction, but courts have also performed what has been called "tortuous distinctions" in order to reimpose liability on guarantors. See J. W. Lem and S. T. Proniuk, "Goodbye '*Cummer-Yonge*': A Review of Modern Developments in

nature des obligations et relations contractuelles du locataire initial. Facteur plus important, cette possibilité ne commande pas que le locataire initial soit libéré de ses obligations.

Je me demande également s'il existe quelque raison justifiant d'établir une distinction, après la résiliation, entre un garant d'une part et l'auteur d'une cession d'autre part. Dans l'affaire *Cummer-Yonge*, précitée, le locateur a intenté une action contre les garants d'un locataire failli pour le loyer qui avait été impayé après la faillite du locataire mais avant le relouage des lieux. Le syndic de la faillite avait résilié le bail conformément aux droits reconnus aux syndics par les mesures législatives alors applicables, à savoir la loi fédérale sur la faillite et la loi provinciale régissant les rapports entre propriétaires et locataires. La clause de garantie qui figurait dans le bail résilié était rédigée ainsi :

[TRADUCTION] Les garants parties aux présentes, s'il en est, s'engagent, pour les cinq (5) premières années du bail qui est accordé par les présentes moyennant juste contrepartie, à garantir l'exécution par le locataire de toutes ses obligations découlant du présent bail, notamment son engagement de payer le loyer.

Le juge en chef Gale de la Haute Cour de l'Ontario a appliqué le raisonnement qu'avait suivi la Cour d'appel de l'Angleterre dans l'arrêt *Stacey c. Hill*, [1901] 1 Q.B. 660. Il a interprété la clause de garantie comme un simple cautionnement et il a conclu que, au moment où le syndic de faillite avait résilié le bail, les engagements du failli avaient été éteints. Comme l'obligation des garants consiste à assurer l'exécution de ces engagements, leurs obligations s'étaient éteintes en même temps que ces engagements. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé cette décision sans donner de motifs ([1965] 2 O.R. 157n).

L'arrêt *Cummer-Yonge* a engendré de l'incertitude dans le domaine de la location et de la faillite. Non seulement les rédacteurs de baux ont-ils tenté de contourner la conclusion de l'arrêt *Cummer-Yonge* en jouant sur la distinction entre obligation principale et obligation secondaire, mais les tribunaux ont eux aussi établi ce qu'on a décrit comme des [TRADUCTION] « distinctions tortueuses » pour rétablir la responsabilité des garants. Voir J. W. Lem

37

2004 SCC 3 (CanLII)

38

39

the Law Relating to the Liability of Guarantors of Bankrupt Tenants” (1993), 1 *D.R.P.L.* 419, at p. 436.

40 Despite the division over *Cummer-Yonge*, the distinction between guarantors as having secondary obligations that disappear when a lease is disclaimed by a trustee in bankruptcy, and assignors as having primary obligations that survive a disclaimer, thrives in Canadian case law.

41 Not surprisingly, *Stacey v. Hill*, *supra*, led to a similar situation in England. In *Hindcastle Ltd. v. Barbara Attenborough Associates Ltd.*, [1996] 1 All E.R. 737 (H.L.), Lord Nicholls, faced with facts involving a guarantor of an assignor of a lease, gave a convincing illustration of the absurdity of maintaining this distinction, at p. 754:

This would make no sort of legal or commercial sense. This would mean that directors who guarantee their company’s obligations would *not* be liable if their *own* company became insolvent whilst tenant, but they *would* be liable if an *assignee* from their company encountered financial difficulties whilst tenant. Mr. Whitten, as guarantor of CIT’s obligations, remains liable to the landlord. According to *Stacey v. Hill*, had he been a guarantor of Prest’s liabilities [the assignee who became bankrupt], the disclaimer would have released him. What sort of a law would this be? [Emphasis in original.]

42 The House of Lords went on to overrule *Stacey v. Hill*. In my opinion, *Cummer-Yonge* should meet the same fate. Post-disclaimer, assignors and guarantors ought to be treated the same with respect to liability. The disclaimer alone should not relieve either from their contractual obligations.

43 The appellant submits that the English bankruptcy statute that was applied in *Hindcastle* clearly stated that disclaimer will not “affect the rights or liabilities of any other person”, and that s. 65.2 of the Act has no similar wording. I agree with

et S. T. Proniuk, « Goodbye “Cummer-Yonge” : A Review of Modern Developments in the Law Relating to the Liability of Guarantors of Bankrupt Tenants » (1993), 1 *D.R.P.L.* 419, p. 436.

Malgré les désaccords qui sont survenus à propos de l’arrêt *Cummer-Yonge*, demeure toujours bien vivante dans la jurisprudence canadienne la distinction voulant que les garants soient tenus à une obligation secondaire qui disparaît en cas de résiliation du bail par le syndic de faillite et que les cédants soient tenus à une obligation principale qui survit à cette résiliation.

Il n’est pas étonnant que l’arrêt *Stacey c. Hill*, précité, ait conduit à une situation similaire en Angleterre. Dans l’affaire *Hindcastle Ltd. c. Barbara Attenborough Associates Ltd.*, [1996] 1 All E.R. 737 (H.L.), p. 754, en présence d’un litige concernant la caution du cédant d’un bail, lord Nicholls a illustré de manière convaincante l’absurdité du maintien de cette distinction :

[TRADUCTION] Un tel résultat n’aurait absolument aucun sens, ni sur le plan juridique ni sur le plan commercial. Il impliquerait que les administrateurs qui se portent garants des obligations de leur société *ne* seraient *pas* responsables si leur *propre* société devenait insolvable pendant qu’elle est locataire, mais qu’ils *seraient* responsables si un cessionnaire de leur société éprouvait des difficultés financières pendant qu’il est locataire. À titre de garant des obligations de CIT, M. Whitten demeure responsable envers le locateur. Suivant l’arrêt *Stacey c. Hill*, s’il avait été garant des obligations de Prest [le cessionnaire en faillite], la résiliation l’aurait libéré. Quelle sorte de règle de droit serait-ce donc? [En italique dans l’original.]

La Chambre des lords a par la suite infirmé l’arrêt *Stacey c. Hill*. À mon avis, l’arrêt *Cummer-Yonge* devrait subir le même sort. Après la résiliation d’un bail, cédants et garants devraient être assujettis à la même responsabilité. Le seul fait de la résiliation ne devrait libérer ni les uns ni les autres de leurs obligations contractuelles.

L’appelante a plaidé que la loi anglaise sur la faillite appliquée dans l’arrêt *Hindcastle* énonçait clairement que la résiliation [TRADUCTION] « n’a aucune incidence sur les droits ou obligations de toute autre personne », puis elle a ajouté que

the respondents' rebuttal to this argument that the English wording affirms the ordinary construction of the statute. In other words, explicit statutory language is required to divest persons of rights they otherwise enjoy at law. As Carthy J.A. observed in the Court of Appeal, at paras. 11-12, the lease may have real value to the original tenant and, on the wording of s. 65.2, cannot be eliminated in the absence of the original tenant's agreement. In any event, so long as the doctrine of paramountcy is not triggered, federally regulated bankruptcy and insolvency proceedings cannot be used to subvert provincially regulated property and civil rights. See *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91.

As previously noted, the appellant sought to argue surrender in this Court despite not having pleaded surrender in either action as a defence, and not raising the issue before the motions judge or the Court of Appeal. Like the other defences, surrender represents an issue for trial. The decision whether to allow amendments to the pleadings, and on what terms if any, should be left to the trial judge.

VI. Disposition

I would dismiss the appeal and award the respondents their costs in this Court and below.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Aird & Berlis, Toronto.

Solicitors for the respondents: Glaholt & Associates, Toronto.

l'art. 65.2 ne comporte pas ces mots. Je suis d'accord avec la réponse des intimées à cet argument, à savoir que ce passage du texte de loi anglais exprime l'interprétation normale de cette loi. En d'autres mots, il faut une disposition législative explicite pour priver une personne de droits dont elle jouit par ailleurs en droit. Comme l'a fait observer le juge Carthy de la Cour d'appel, aux par. 11 et 12, le bail peut avoir une valeur réelle pour le locataire initial et le libellé de l'art. 65.2 ne permet pas d'éliminer le bail sans son accord. Quoi qu'il en soit, tant que la doctrine de la primauté des lois fédérales n'entre pas en jeu, on ne saurait utiliser des procédures en matière de faillite et d'insolvabilité régies par le droit fédéral pour écarter des droits de propriété et autres droits civils régis par le droit provincial. Voir *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91.

Comme il a été dit précédemment, l'appelante a voulu invoquer devant la Cour la défense d'abandon, bien qu'elle n'ait pas plaidé ce moyen dans ses actes de procédure dans l'une ou l'autre action ni soulevé cette question devant le juge des motions ou la Cour d'appel. Comme les autres moyens de défense, l'abandon est une question qui doit être débattue en première instance. La décision d'autoriser ou non la modification des actes de procédure et, dans l'affirmative, de dire à quelles conditions cela doit être fait, devrait être laissée au juge de première instance.

VI. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accorder aux intimées leurs dépens tant devant notre Cour que devant les juridictions inférieures.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Aird & Berlis, Toronto.

Procureurs des intimées : Glaholt & Associates, Toronto.

[1] For oral reasons delivered on December 8, 2014, the plaintiff's action was dismissed. At that time, Mr. Mehta declined to continue the cross-examination of Neeru Uppal for the purposes of the counterclaim against him personally. Moreover, he declined to participate any further in the trial to defend the counterclaim. Accordingly, the defendants represented by Mr. Title closed their case and the matter was put over for argument.

[2] As the plaintiff's action has already been dismissed, argument was limited to the counterclaim and costs.

The Arrears

[3] By written lease dated January 24, 2005, the plaintiff rented commercial condominium premises from the defendant Indian Spice & Curry Ltd. The premises were located in a retail mall. The plaintiff opened a restaurant under its lease. In its claim, the plaintiff alleged that its landlord and others breached its exclusive right to sell certain types of food at the mall. It claimed that the breaches caused it to suffer damages by way of loss of profits. The plaintiff's business ultimately failed and the landlord evicted it for non-payment of rent in 2009. The landlord counterclaims against the plaintiff for rent arrears and against Ramesh Mehta on a personal guarantee in the plaintiff's lease.

[4] Covenants in a lease are independent. That is to say, even if the plaintiff had been proven correct in its allegations, it was still required to pay rent. Rent expense would have been a deductible expense in any calculation of the plaintiff's future profits. Accordingly, regardless of whether the plaintiff's claim had succeeded or was dismissed, rent was due and payable by the plaintiff.

[5] Mr. Mehta provided some evidence during the trial concerning the landlord's acquiescence in rent arrears while the plaintiff made efforts to sell its business. There was no formal agreement forgiving rent. Any forbearance that may have been offered by the landlord terminated in 2009 when it commenced efforts to cajole the plaintiff to meet its obligations and ultimately terminated the lease due to the plaintiff's failure to do so.

[6] Mr. Mehta argued that the plaintiff was not liable for rent arrears that arose in late 2008 and early 2009 when it had "subleased" the restaurant to others. There was no evidence put forward by Mr. Mehta of any formal sublease. There was one disputed document that referred to an agreement that Mr. Mehta claimed would have forgiven the arrears if a proposed sale of the business had come to fruition. That sale did not proceed. Even if there were one or more subleases, there is no indication in any admissible evidence, that the terms of any sublease included a release of the liability of the plaintiff for rent as head tenant.

[7] Neeru Uppal's evidence was that arrears of rent and utilities as of the date of termination of the lease amounted to \$115,292.81. The number was not seriously challenged. Her calculations were supported by bank statements and other contemporaneous financial records. The quantum was not an issue that turned on any finding of Neeru Uppal's credibility as a witness.

The Guarantee

[8] Mr. Mehta was a guarantor of all of the plaintiff's obligations under its lease. Article 3.7 of the lease provided a limited guarantee. It was limited in the sense that it was terminable in the event that the lease was ever assigned to an independent third party and all of the plaintiff's construction and other obligations up to the time of such an assignment had been performed. No assignment occurred prior to the termination of the lease. Accordingly, the guarantee remains enforceable in accordance with its terms.

[9] Mr. Mehta argued that he is not liable under the guarantee because the lease called for an indemnity agreement to be appended as schedule "E" and no such document was ever agreed upon or signed. However, the lack of an independent indemnity does not undermine the applicability of the guarantee. It was common practice to include both guarantees and indemnities in leases in order to avoid the risk that a guarantee might become unenforceable on the bankruptcy of the tenant based on pre-2005 common law.¹ While that law no longer applies,² it is not surprising to see a form of lease from 2005 that was drafted in that manner.

[10] During his cross-examination, Mr. Mehta testified that when the lease was amended in August, 2005, Rakesh Uppal agreed to delete the guarantee once Mr. Mehta made his initial investment of \$200,000 into the plaintiff and the plaintiff performed its promised tenant's work. This evidence is inconsistent with the terms of the guarantee set out in the lease which were never formally amended. As noted above, the guarantee as agreed is terminated only on an assignment and then only if the tenant's work *and* all additional obligations of the plaintiff were fulfilled up to the time of assignment.

[11] Mr. Mehta argued that he had intended to ask Dr. Uppal about this issue had the trial continued. However, when the court asked Mr. Mehta if he wished to re-open his case in the counterclaim for this purpose, Mr. Mehta thought about the issue during a break and ultimately argued the counterclaim without Dr. Uppal's evidence.

[12] I do not see a basis in Mr. Mehta's evidence by which he can avoid the express and unambiguous terms of the guarantee in the lease. His evidence did not provide a basis for an estoppel or any other defense to the enforcement of the lease contract nor a separate collateral warranty. Nor can he, by oral evidence, contradict or alter the meaning of the words used in the lease or, by oral agreement, amend the lease.

[13] Moreover, if necessary to go further, I would not have accepted Mr. Mehta's evidence of an oral amendment to the guarantee in any event. First, Mr. Mehta claimed that Dr. Uppal had previously agreed that because there was no schedule "E" to the lease, there would be no guarantee required of Mr. Mehta in any event. One wonders why Mr. Mehta's name was inserted in the lease as a guarantor and why Mr. Mehta signed the lease in that capacity if the parties had agreed that he was not to be guarantor. Moreover had they agreed that Mr. Mehta was not going to be bound as a guarantor because there was no schedule "E", then why would

¹ *Cummer-Yonge Investments Ltd. v. Fagot et al.*, 1965 CanLII 295 (ON SC)

² *Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.*, 2004 SCC 3 (CanLII)

there have been a discussion months later, in August, 2005, about the termination of the guarantee upon the tenant's work being performed? Mr. Mehta's arguments conflict. If there was no guarantee at all, then there would have been nothing to limit in August.

[14] In addition, the notion that when Mr. Mehta signed the lease amendment document he made an oral agreement which he trusted Rakesh Uppal to implement later, is utterly inconsistent with Mr. Mehta's conduct throughout. Mr. Mehta clearly demonstrated at trial a penchant to carefully document everything to which he accorded significance. He boasted about his business acumen and his knowledge of the need for proper documentation.³

[15] Mr. Mehta was meticulous in requiring handwritten changes to the draft lease amendment document that he signed with Rakesh Uppal. Mr. Mehta required handwritten changes to the draft to confirm receipt of certain deposits and to limit the plaintiff's investment to \$200,000. Similarly, Mr. Mehta had previously had Rakesh Uppal sign a copy of the proposed floor plan for the leased premises to evidence the landlord's approval under the lease of the proposed layout. Mr. Mehta prepared letters for the landlord's execution to formally confirm that the plaintiff had taken possession of the premises and for other matters. Mr. Mehta had witnesses sign various documents including even handwritten notes of meetings, to evidence their authenticity. When he discussed the receipt that is at Tab 85 of the exhibit brief, Mr. Mehta testified that he was careful to get receipts for payments made. When he personally delivered copies of his lawyer's demand letter to members of the board of directors of the condominium corporation, he required that they sign acknowledgements of receipt of the letter. It is simply not possible to believe that Mr. Mehta would have made such a substantial change to the lease terms and not required that the lease amendment document be amended to reflect a term of such importance when he had in fact insisted upon and made a number of other more minor amendments to that very document. It is contrary the extreme meticulousness with which Mr. Mehta acted at all other times in respect of documentation.

[16] In his reply examination, Mr. Mehta made a fundamental admission. He said that he fulfilled the lease until he stopped when cash flow was hard and his efforts to sell the restaurant had failed. "I couldn't arrange any other money and had to sue". That was the simple reality.

[17] Accordingly, judgment will issue in the counterclaim against both defendants jointly and severally in the principal amount of \$115,292.81. The judgment is in favour of the landlord, Indian Spice & Curry Ltd., only. Mr. Title confirmed that Rakesh Uppal is not seeking relief in the counterclaim any longer.

Interest

[18] Prejudgment interest is claimed under the provisions of article 3.5 of the lease. The lease provides for interest on outstanding amounts to accrue at the rate of 18% per annum, calculated at the rate of 1.5% per month. This is a simple interest calculation. If interest were calculated on a compound basis, one would expect the agreement to use the words "compound interest" or

³ His evidence was that he is "the strongest businessman in the world". He said that although he was only 60 years old, he had "400 years of business experience".

interest would not simply be “calculated” on a monthly basis, it would “compound” on a monthly basis. Moreover, interest that compounds at the rate of 1.5% per month would exceed the stated annual rate of 18%. That could raise an issue under section 4 of the *Interest Act*, R.S.C. 1985, c I-15. In all, I read article 3.5 of the lease as providing simple interest at 18% per annum.

[19] In the prayer for relief in the counterclaim, prejudgment interest is sought under the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1980, c.C.43. However, the prayer for relief does include the usual basket clause. Moreover, there is no prejudice to the defendants by counterclaim in granting leave to amend, if necessary. There was never any doubt that the landlord was seeking to enforce the terms of the lease in the counterclaim. Accordingly, prejudgment interest should be calculated at the rate of 18% per annum or 1.5% per month from July 7, 2009 until the date of this judgment and the amount of interest so calculated should be included in the principal amount of the judgment. Thereafter, the judgment will bear interest at the same rate.

Costs

[20] The landlord seeks its costs under the terms of article 15.4 of the lease on a substantial indemnity basis. Whether under that section or the tenant indemnity contained in article 11.4(b) of the lease, there is no reason why the agreement between the parties should not govern. The billable rates for Mr. Title and Mr. Gilmour set out in their accounts and summaries are quite reasonable. Moreover, the hours are reasonable particularly in light of the difficulty of dealing with Mr. Mehta after the plaintiff’s former lawyer left the scene in 2012. At 90% of full fees in accordance with the prevailing definition, the costs in favor of the defendants/plaintiffs by counterclaim represented by Mr. Title and previously by Mr. Gilmour are fixed at \$250,779.01.

[21] In addition, the plaintiff was unsuccessful and had raised allegations of intentional torts against the defendants represented by Mr. Title. That, too, is an appropriate basis for finding the plaintiff liable for costs on a substantial indemnity basis in this case. *Harris v. Leikin Group Inc.*, 2014 ONCA 479 (CanLII)

[22] Mr. Title seeks to have Mr. Mehta held jointly and severally liable for the full amount of costs. He expressly disclaimed any argument of piercing the corporate veil or third-party liability for costs of the plaintiff. Rather, he argues, Mr. Mehta’s status as a defendant by counterclaim should lead to the same liability for costs as the plaintiff because there was really no defense to the counterclaim and Mr. Mehta’s only real hope of avoiding paying rested upon the plaintiff recovering damages in excess of the arrears of rent otherwise due. On that basis, Mr. Title asserts that there was no real distinction in the trial or pretrial proceedings between the issues in the main claim and in the counterclaim.

[23] It seems to me that the issue may be simpler. The plaintiff is liable for costs on a substantial indemnity basis for the reasons set out above. Mr. Mehta is liable for all of the obligations of the plaintiff as guarantor. Accordingly, even without an independent assessment of costs against Mr. Mehta, he is liable personally for costs on a substantial indemnity basis.

[24] Mr. Title argues that it is appropriate for Mr. Mehta to be responsible for costs on a substantial indemnity basis in view of his unmeritorious, unsupported, and vexatious allegations throughout. I agree with Mr. Title to the extent that the manner in which Mr. Mehta conducted the proceeding was, at times, vexatious and tended to lengthen unnecessarily at least the duration of the trial. Having reviewed the pre-trial decisions of Justice Wilson with respect to trial management efforts, it is clear that Mr. Mehta's unwillingness to accept the application of procedural laws to him led to the need for repeat appearances and much unnecessary complexity. This is not simply a question of Mr. Mehta being a non-lawyer. There were several times throughout the trial where the court provided assistance to Mr. Mehta in terms of legal process, definitions, and explaining rulings. Unfortunately, when Mr. Mehta was unhappy with information or rulings received, he all too frequently ignored them - blaming his brain problems in many cases. Similarly, he was abusive towards witnesses and blamed his brain problems for his inability to restrain himself despite exhortations by the court.

[25] The bulk of Mr. Mehta's costs submissions related to his arguments concerning a separate piece of litigation that was commenced by one or more of the defendants in Brampton. The litigation was dealt with by various judges in Brampton and was ultimately dismissed on consent. Mr. Mehta says that Mr. Gilmour, who was then counsel for the landlord, delivered 11 fraudulent affidavits in a Mareva injunction motion in Brampton. But the proceeding was resolved on consent. There is no basis for the costs of this action to turn upon anything done or not done in that action. If Mr. Mehta had a concern with the conduct of the parties in the Brampton action, he had his remedies there. I previously ruled during the trial that the details of the Brampton lawsuit were not admissible in relation to the plaintiff's claims of punitive and aggravated damages in respect of the breaches of its lease that were alleged in the statement of claim. I do not see the outcome or conduct of parties in the Brampton litigation impacting the costs of this litigation despite Mr. Mehta's belief that serious wrongs were done to him and to his family in the Brampton litigation.

[26] In all, it seems to me that Mr. Mehta is liable as guarantor and, therefore, bears liability for the costs as ordered against the plaintiff. While not necessarily applicable, I have considered *Boucher v. Public Accountants Council (Ontario)*, 2004 CanLII 14579 (ON CA), (2004), 71 O.R. (3d) 291 and the factors set out in rule 57.01, to determine if there is any reason to try to limit the normal operation of the guarantee in respect of costs that are payable by Mr. Mehta. In light of the various factors set out in *Boucher* and the rule, and, especially, issues of access to justice, not just for the plaintiff but for the successful defendants as well, I see no basis to exercise any discretion to try to ameliorate the effects of the parties' agreements in respect of costs.

[27] Mr. Title may amend the draft form of judgment that he prepared to conform to these reasons and submit the revised draft directly to my office for signing. The court dispenses with any need for Mr. Mehta to approve the form or content of the draft judgment.

F.L. Myers, J.

DATE: December 15, 2014

CITATION: Sirdi Sai Sweets Inc. v. Indian Spice & Curry Ltd., 2014 ONSC 7221
COURT FILE NO.: CV-09-378581
DATE: 20141215

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE

B E T W E E N:

SIRDI SAI SWEETS INC.

Plaintiff

- and -

INDIAN SPICE & CURRY LTD., JAIPUR GORE
PLAZA INC., PEEL STANDARD
CONDOMINIUM CORPORATION NO. 767,
MADHU GROVER, RAKESH MAHDU, JEFF
LAL AND RAKESH UPPAL

Defendants

A N D B E T W E E N:

INDIAN SPICE & CURRY LTD. and RAKESH
UPPAL

Plaintiffs by Counterclaim

- and -

SIRDI SAI SWEETS INC. and RAMESH MEHTA

Defendants by Counterclaim

REASONS FOR DECISION

F.L. Myers J.

David Brock Henry *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Barry Wayne Riley *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Canada and Attorney
General of Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. HENRY

Neutral citation: 2005 SCC 76.

File Nos.: 29952, 29953.

Hearing: April 23, 2004.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie,
Arbour, LeBel and Fish JJ.

Rehearing: January 12, 2005.

Judgment: December 15, 2005.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Retrial of accused on same charge — Crown cross-examining accused on their testimony given at prior trial to impeach their credibility — Whether use of statements made at first trial violated accused's right against self-incrimination guaranteed by s. 13 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 13 available to accused who choose to testify at their retrial on same indictment.

David Brock Henry *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Barry Wayne Riley *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Canada et procureur
général de l'Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. HENRY

Référence neutre : 2005 CSC 76.

N^{os} du greffe : 29952, 29953.

Audition : 23 avril 2004.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour, LeBel et Fish.

Nouvelle audition : 12 janvier 2005.

Jugement : 15 décembre 2005.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Nouveau procès des accusés pour la même infraction — Contre-interrogatoire des accusés sur leur témoignage donné à leur procès antérieur mené par le ministère public dans le but d'attaquer leur crédibilité — L'utilisation des déclarations faites par les accusés à leur premier procès porte-t-elle atteinte au droit de ne pas s'incriminer que leur garantit l'art. 13 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Les accusés qui choisissent de témoigner à leur nouveau procès pour la même infraction peuvent-ils se prévaloir de l'art. 13?

Courts — Supreme Court of Canada — Decisions — Circumstances in which prior Supreme Court decisions will be reconsidered or revised — Compelling circumstances.

Courts — Supreme Court of Canada — Decisions — Obiter dicta — Whether obiter dicta in prior Supreme Court decisions binding on lower courts — Weight to be given to obiter dicta.

In their retrial on a charge of first degree murder the accused told a different story under oath than they had five years earlier at their first trial on the same charge. At the new trial, the Crown cross-examined the accused on these prior inconsistent statements for the purpose of impeaching their credibility. They were again convicted of first degree murder. On appeal the accused argued that notwithstanding the fact they were not (and could not be) compelled to testify at their first trial, they ought nevertheless to have been protected as voluntary witnesses at their second trial from exposure of the contradictory testimony they gave at the first trial, despite the misleading impression with which such non-disclosure would have left the jury. The search for truth, they contended, is limited by s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The majority judgment of the Court of Appeal rejected this argument and upheld the conviction. The dissenting judge would have ordered a new trial because on his view of *Noël* the use of the prior inconsistent statements in those circumstances violated the accused's right against self-incrimination.

Held: The appeals should be dismissed.

Section 13 of the *Charter* is not available to an accused who chooses to testify at his retrial on the same indictment. The purpose of s. 13 is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves. As in the case of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, s. 13 embodies a *quid pro quo*: when a witness who is compelled to give evidence in a proceeding is exposed to the risk of self-incrimination, the state offers, in exchange for that witness's testimony, protection against the subsequent use of that evidence against him. Here, the accused freely testified at their first trial and freely testified at their second trial. The compulsion, which is the source of the *quid pro quo* which in turn lies at the root of s. 13, was missing. Accordingly, their s. 13 *Charter* rights were not violated by the Crown's cross-examination. They were in

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Décisions — Circonstances dans lesquelles les décisions antérieures de la Cour suprême seront réexaminées ou révisées — Circonstances impérieuses.

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Décisions — Remarques incidentes — Les remarques incidentes figurant dans les décisions antérieures de la Cour suprême lient-elles les tribunaux d'instance inférieure? — Poids à accorder aux remarques incidentes.

À leur nouveau procès pour meurtre au premier degré, les accusés ont donné sous serment une version des faits différente de celle qu'ils avaient présentée cinq ans plus tôt lors de leur premier procès pour la même infraction et le ministère public les a contre-interrogés sur leurs déclarations antérieures incompatibles dans le but d'attaquer leur crédibilité. Ils ont à nouveau été déclarés coupables de meurtre au premier degré. En appel, les accusés ont soutenu que, même s'ils n'avaient pas été (et ne pouvaient être) contraints de témoigner à leur premier procès, ils devaient tout de même, lorsqu'ils ont témoigné de leur propre gré à leur deuxième procès, être protégés contre la communication de leur témoignage incompatible donné au premier procès, malgré l'impression trompeuse que cette non-divulgaration pouvait donner au jury. Selon eux, l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* limite la recherche de la vérité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté cet argument et confirmé la condamnation. Le juge dissident aurait ordonné un nouveau procès parce que, selon son interprétation de l'arrêt *Noël*, l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles dans ces circonstances violait le droit des accusés de ne pas s'incriminer.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

L'accusé qui choisit de témoigner à son nouveau procès pour la même accusation ne peut pas se prévaloir de l'art. 13 de la *Charte*. L'objet de l'art. 13 est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer. À l'instar de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, l'art. 13 établit un *quid pro quo* ou une contrepartie : lorsqu'un témoin contraint de déposer au cours d'une procédure judiciaire risque de s'auto-incriminer, l'État lui offre une protection contre l'utilisation subséquente de cette preuve contre lui en échange de son témoignage. En l'occurrence, les accusés ont choisi librement de témoigner à leurs premier et deuxième procès. La contrainte à l'origine de la contrepartie, qui constitue un élément essentiel de l'art. 13, n'existait pas. Par conséquent, leur contre-interrogatoire par le ministère public n'a pas porté atteinte aux droits

no need of protection “from being indirectly compelled to incriminate themselves”. [22] [42-43] [47] [60]

The jurisprudence of this Court has not been altogether consistent on the scope of s. 13 and it is therefore desirable to retrace the path from *Dubois* to *Noël*. The Court’s practice, of course, is against departing from its precedents unless there are compelling reasons to do so. Such circumstances exist here in respect of *Mannion*. The consequences of failing to adhere consistently to a purposeful interpretation of s. 13 have only emerged over time as the courts have struggled to apply the *Kuldip* distinction between impeachment of credibility and incrimination in ways that, as the accused’s invocation of *Noël* illustrates, have become unduly and unnecessarily complex and technical. The defence and the prosecution both view with scepticism the idea that triers of fact can truly isolate the purpose of impeaching credibility from the purpose of incrimination. They agree on the problem but disagree about the solution. Moreover, the insistence that s. 13 has the same application in a retrial of the same accused on the same indictment as it does in a trial where the accused was formerly not an accused but a compellable witness, has led to an unfair dilution of the s. 13 protection in the latter situation. The attempt to subject these very different situations to the same constitutional rule results in the end in a satisfactory solution for neither. [8] [24] [44-46]

Reviewing the Court’s s. 13 jurisprudence in light of its purpose (“to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves”), the argument of the Attorney General of Canada that *Dubois* was wrongly decided is rejected. The accused has a right not to testify. The Crown cannot file his testimony given at the prior trial (now overturned) as part of its case-in-chief at the retrial, because to do so would permit the Crown indirectly to compel the accused to testify at the retrial in circumstances where s. 11(c) of the *Charter* would not permit such compelled self-incrimination directly. The Crown must prove its case without recruiting the accused to incriminate himself. [22] [39-40]

On the other hand there are persuasive reasons for declining to follow *Mannion*. In that case, the accused freely testified at his first and second trials. The compulsion which is the source of the *quid pro quo*, which in turn lies at the root of s. 13, was missing. Denying the Crown the opportunity to cross-examine the accused on

que l’art. 13 de la *Charte* leur garantit. Ils n’avaient pas besoin d’être protégés « contre l’obligation indirecte de s’incriminer ». [22] [42-43] [47] [60]

La jurisprudence de la Cour n’a pas toujours été constante en ce qui concerne la portée de l’art. 13. Il est donc indiqué de retracer son évolution de *Dubois* à *Noël*. Il n’est pas d’usage à la Cour de s’écarter des précédents à moins de raisons impérieuses. De telles circonstances existent en l’espèce relativement à l’arrêt *Mannion*. Les conséquences du défaut de retenir systématiquement une interprétation téléologique de l’art. 13 se sont manifestées graduellement, au fur et à mesure que les tribunaux ont essayé de trouver tant bien que mal des façons d’appliquer la distinction établie dans *Kuldip*, entre attaquer la crédibilité de l’accusé et l’incriminer, qui sont devenues inutilement et indûment complexes et formalistes, comme le démontre l’utilisation de *Noël* faite par les appelants en l’espèce. La défense et la poursuite sont toutes les deux sceptiques concernant la capacité du juge des faits de dissocier réellement l’objectif d’attaquer la crédibilité d’un accusé de celui de l’incriminer. Elles reconnaissent ce problème, mais elles ne s’entendent pas sur la solution. De plus, en soutenant que l’art. 13 s’applique de la même façon qu’il s’agisse du deuxième procès d’un même accusé pour la même infraction ou du procès d’un accusé qui n’était qu’un témoin contraignable dans l’instance antérieure, on a indûment affaibli la protection offerte par l’art. 13 dans cette deuxième situation. En voulant appliquer la même règle constitutionnelle à ces situations très différentes, on aboutit à un résultat insatisfaisant dans les deux cas. [8] [24] [44-46]

Après avoir examiné sa jurisprudence sur l’art. 13 en fonction de son objet (« protéger les individus contre l’obligation indirecte de s’incriminer »), la Cour rejette l’argument du procureur général du Canada voulant que l’arrêt *Dubois* soit mal fondé. L’accusé a le droit de ne pas témoigner. Le ministère public ne peut pas déposer le témoignage de l’accusé au procès antérieur (maintenant annulé) en preuve principale au nouveau procès, parce que l’y autoriser lui permettrait de contraindre indirectement l’accusé à témoigner à son nouveau procès dans des circonstances où l’al. 11c) de la *Charte* interdit de le forcer directement à s’auto-incriminer. Le ministère public doit faire sa preuve sans faire appel à l’accusé pour qu’il s’auto-incrimine. [22] [39-40]

Par ailleurs, il existe des raisons convaincantes de ne pas suivre l’arrêt *Mannion*. Dans cette affaire, l’accusé avait choisi librement de témoigner à ses premier et deuxième procès. La contrainte à l’origine de la contrepartie, qui constitue un élément essentiel de l’art. 13, n’existait pas. Le refus de permettre au ministère

his prior voluntary testimony gave him a constitutional immunity to which he was not entitled. In *Mannion*, the Court did not adopt an interpretation in line with the purpose of s. 13. [42] [45]

Kuldip should be affirmed insofar as it permitted cross-examination of the accused on the inconsistent testimony he volunteered at his first trial. However, insofar as the Court felt compelled by *Mannion* to narrow the purpose of the cross-examination to the issue of credibility, the decision in the instant case not to follow *Mannion* renders such restriction no longer operative. If the contradiction of testimony gives rise to an inference of guilt, s. 13 of the *Charter* does not preclude the trier of fact from drawing the common sense inference. [48]

Noël is a classic example of prosecutorial abuse of the very “bargain” s. 13 was designed to enforce. Called to testify at somebody else’s trial, Noël was a compelling witness who at common law could have refused to answer the Crown’s questions that tended to show his guilt. He was compelled by s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* to answer the incriminating questions, and in consequence he invoked the protection of s. 5(2). When s. 5(2) says “the answer so given shall not be used or admissible in evidence”, it means not to be used for any purpose, including the impeachment of credibility. *Noël* is affirmed on its facts. [49]

Further, even though s. 13 talks of precluding the use of prior evidence “to incriminate that witness”, and thus implicitly leaves the door open to its use for other purposes such as impeachment of credibility, experience has demonstrated the difficulty in practice of working with such distinctions. As the distinction is unrealistic in the context of s. 5(2), it must equally be unrealistic in the context of s. 13. Accordingly, by parity of reasoning, prior compelled evidence should, under s. 13 as under s. 5(2), be treated as inadmissible in evidence against an accused, even for the ostensible purpose of challenging his or her credibility, and be restricted (in the words of s. 13 itself) to “a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence”. *Allen* was a straightforward application of *Noël* and its correctness is confirmed. [50-51]

Much of the argument on this appeal was directed to *obiter* statements in various s. 13 cases. The notion is

public de contre-interroger l’accusé sur son témoignage antérieur volontaire a conféré à ce dernier une immunité constitutionnelle à laquelle il n’avait pas droit. Dans *Mannion*, la Cour n’a pas retenu une interprétation conforme à l’objet de l’art. 13. [42] [45]

L’arrêt *Kuldip* doit être confirmé, dans la mesure où il permet le contre-interrogatoire d’un accusé sur les déclarations incompatibles qu’il a faites volontairement à son premier procès. Toutefois, comme la Cour s’est sentie obligée, par l’arrêt *Mannion*, de limiter le but du contre-interrogatoire à une attaque de la crédibilité, la présente décision de ne pas suivre l’arrêt *Mannion* a rendu cette restriction inopérante. Si les contradictions permettent d’inférer la culpabilité, l’art. 13 de la *Charte* n’empêche pas le juge des faits de tirer des conclusions fondées sur le bon sens. [48]

L’affaire *Noël* est l’exemple classique du non-respect par la poursuite du « marché » même auquel l’art. 13 vise à donner effet. Appelé à témoigner au procès d’un tiers, M. Noël était un témoin contraignable qui, suivant la common law, aurait pu refuser de répondre aux questions de la poursuite qui tendaient à l’incriminer. Le paragraphe 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* l’obligeant à répondre aux questions incriminantes, il s’est prévalu de la protection prévue au par. 5(2). Le libellé du par. 5(2) selon lequel la réponse d’un témoin « ne peut être invoquée et n’est pas admissible en preuve » signifie qu’elle ne peut être invoquée à quelque fin que ce soit, même pas pour attaquer sa crédibilité. L’arrêt *Noël* est confirmé, compte tenu des faits en cause. [49]

De plus, bien que l’art. 13 dispose que le témoignage antérieur d’une personne ne peut être « utilisé pour l’incriminer », et qu’il laisse ainsi implicitement subsister la possibilité de l’utiliser à une autre fin, par exemple pour attaquer sa crédibilité, l’expérience a démontré qu’il était difficile d’appliquer cette distinction en pratique. Si cette distinction est irréaliste dans le contexte du par. 5(2), elle doit aussi l’être dans le contexte de l’art. 13. En conséquence, par souci de cohérence, il faut conclure que le témoignage antérieur forcé doit être considéré, tant sous le régime de l’art. 13 que sous celui du par. 5(2), comme inadmissible en preuve contre l’accusé, même dans le but manifeste d’attaquer sa crédibilité, et que son utilisation doit se limiter, selon les termes mêmes de l’art. 13, aux « poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires ». L’affaire *Allen* est un cas d’application pure et simple de l’arrêt *Noël* et son bien-fondé est confirmé. [50-51]

Les arguments soulevés dans le pourvoi étaient en grande partie axés sur des remarques incidentes

sometimes (erroneously) attributed to *Sellars* that each phrase in a judgment of this Court should be treated as if enacted in a statute. Such an approach is not supported by the cases and is inconsistent with the basic fundamental principle that the common law develops by experience. The submissions of the attorneys general were predicated on a strict and tidy demarcation between the narrow *ratio decidendi* of a case, which is binding, and *obiter*, which they say may safely be ignored. This supposed dichotomy is an oversimplification of how the common law develops. The traditional view is that “a case is only an authority for what it actually decides”. Care must be taken in determining how broadly or how narrowly to draw “what it actually decides”. Beyond the *ratio decidendi* which is generally rooted in the facts, the legal point decided by this Court may be as narrow as the jury instruction at issue in *Sellars* or as broad as the *Oakes* test. All *obiter* do not have, and are not intended to have, the same weight. The weight decreases as one moves from the dispositive *ratio decidendi* to a wider circle of analysis which is obviously intended for guidance and which should be accepted as authoritative. Beyond that, there will be commentary, examples or exposition that are intended to be helpful and may be found to be persuasive, but are certainly not “binding” in the sense the *Sellars* principle in its most exaggerated form would have it. The objective of the exercise is to promote certainty in the law, not to stifle its growth and creativity. To the extent that *obiter* statements in this Court’s earlier s. 13 cases are inconsistent with the rationale of compulsion (the “*quid pro quo*”), they should no longer be regarded as authoritative. [52-53] [57] [59]

The result of a purposeful interpretation of s. 13 is that an accused will lose the *Mannion* advantage in relation to prior volunteered testimony but his or her protection against the use of prior compelled testimony will be strengthened. The two different situations will be treated differently instead of homogenized, and the unpredictability inherent in sorting out attacks on credibility from attempts at incrimination will be avoided. [60]

Cases Cited

Overruled: *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272;
overruled in part: *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618,

figurant dans la jurisprudence relative à l’art. 13. On interprète souvent (à tort) l’arrêt *Sellars* comme voulant que chaque énoncé d’un jugement de la Cour soit traité comme s’il s’agissait d’un texte de loi. Cette thèse n’est pas étayée par la jurisprudence et va à l’encontre du principe fondamental de l’évolution de la common law au gré des situations qui surviennent. Les observations des procureurs généraux présupposaient qu’il existe une ligne de démarcation très nette entre la *ratio decidendi* bien circonscrite d’une affaire, qui a force contraignante, et les remarques incidentes, dont on peut, selon eux, faire abstraction sans danger. Cette prétendue dichotomie procède d’une simplification à outrance du mode évolutif de la common law. Selon l’opinion classique, « une décision ne fait autorité qu’à l’égard des questions qu’elle tranche effectivement ». Il faut prendre soin de ne pas circoncrire trop largement ni trop étroitement les « questions [que la décision] tranche effectivement ». Au-delà de la *ratio decidendi*, qui est généralement ancrée dans les faits, le point de droit tranché par la Cour peut être aussi étroit que la directive au jury en cause dans *Sellars* ou aussi large que le test établi par l’arrêt *Oakes*. Les remarques incidentes n’ont pas et ne sont pas censées avoir toutes la même importance. Leur poids diminue lorsqu’elles s’éloignent de la stricte *ratio decidendi* pour s’inscrire dans un cadre d’analyse plus large dont le but est manifestement de fournir des balises et qui devrait être accepté comme faisant autorité. Au-delà, il s’agira de commentaires, d’exemples ou d’exposés qui se veulent utiles et peuvent être jugés convaincants, mais qui ne sont certainement pas « contraignants » comme le voudrait le principe *Sellars* dans son expression la plus extrême. L’objectif est de contribuer à la certitude du droit, non de freiner son évolution et sa créativité. Dans la mesure où les remarques incidentes figurant dans les autres arrêts de la Cour sur l’art. 13 sont incompatibles avec la justification de la contrainte (la contrepartie), ils ne devraient plus être considérés comme faisant autorité. [52-53] [57] [59]

Selon une interprétation téléologique de l’art. 13, l’accusé perdra l’avantage que lui conférerait l’arrêt *Mannion* relativement à son témoignage antérieur volontaire, mais sa protection contre l’utilisation de ses témoignages antérieurs forcés sera renforcée. Ces deux situations différentes ne seront pas assimilées, mais traitées différemment, et l’imprévisibilité inhérente à la distinction entre attaquer la crédibilité de quelqu’un et tenter de l’incriminer sera éliminée. [60]

Jurisprudence

Arrêt rejeté : *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272;
arrêt rejeté en partie : *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S.

rev'g (1988), 40 C.C.C. (3d) 11; **distinguished:** *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Noël*, [2002] 3 S.C.R. 433, 2002 SCC 67, rev'g (2001), 156 C.C.C. (3d) 17; *R. v. Allen*, [2003] 1 S.C.R. 223, 2003 SCC 18, rev'g (2002), 208 Nfld. & P.E.I.R. 250, 2002 NFCA 2; **referred to:** *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Shearing*, [2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58; *R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, 2004 SCC 5; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Reference re Ng Extradition (Can.)*, [1991] 2 S.C.R. 858; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Quinn v. Leatham*, [1901] A.C. 495; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527; *Re Haldimand-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses' Association* (1981), 120 D.L.R. (3d) 101; *R. v. Sansregret*, [1984] 1 W.W.R. 720; *R. v. Barrow* (1984), 65 N.S.R. (2d) 1; *Clark v. Canadian National Railway Co.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 58; *Scarff v. Wilson* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290; *Moses v. Shore Board Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 712; *Cardella v. Minister of National Revenue* (2001), 268 N.R. 168, 2001 FCA 39; *R. v. Chartrand* (1992), 74 C.C.C. (3d) 409; *R. v. Hynes* (1999), 26 C.R. (5th) 1; *R. v. Vu* (2004), 184 C.C.C. (3d) 545, 2004 BCCA 230; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation* (2005), 251 D.L.R. (4th) 93, 2005 MBCA 22; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(c), 13.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1).

Authors Cited

Devinat, Mathieu. "L'Autorité des obiter dicta de la Cour suprême" (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 1.

618, inf. (1988), 40 C.C.C. (3d) 11; **distinction d'avec les arrêts :** *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Noël*, [2002] 3 R.C.S. 433, 2002 CSC 67, inf. [2001] R.J.Q. 1464; *R. c. Allen*, [2003] 1 R.C.S. 223, 2003 CSC 18, inf. (2002), 208 Nfld. & P.E.I.R. 250, 2002 NFCA 2; **arrêts mentionnés :** *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58; *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, 2004 CSC 5; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Quinn c. Leatham*, [1901] A.C. 495; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527; *Re Haldimand-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses' Association* (1981), 120 D.L.R. (3d) 101; *R. c. Sansregret*, [1984] 1 W.W.R. 720; *R. c. Barrow* (1984), 65 N.S.R. (2d) 1; *Clark c. Canadian National Railway Co.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 58; *Scarff c. Wilson* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290; *Moses c. Shore Board Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 712; *Cardella c. Canada*, [2001] A.C.F. n° 322 (QL), 2001 CAF 39; *R. c. Chartrand* (1992), 74 C.C.C. (3d) 409; *R. c. Hynes* (1999), 26 C.R. (5th) 1; *R. c. Vu* (2004), 184 C.C.C. (3d) 545, 2004 BCCA 230; *McDiarmid Lumber Ltd. c. God's Lake First Nation* (2005), 251 D.L.R. (4th) 93, 2005 MBCA 22; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11c), 13.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 5.

Doctrine citée

Devinat, Mathieu. « L'Autorité des obiter dicta de la Cour suprême » (1998), 77 *R. du B. can.* 1.

Lambert, Douglas. “*Ratio Decidendi and Obiter Dicta*” (1993), 51 *Advocate (B.C.)* 689.

Wilson, Bertha. “Decision-making in the Supreme Court” (1986), 36 *U.T.L.J.* 227.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Newbury and Hall J.J.A.) (2003), 186 B.C.A.C. 106, 306 W.A.C. 106, 179 C.C.C. (3d) 307, 14 C.R. (6th) 241, 111 C.R.R. (2d) 1, [2003] B.C.J. No. 2068 (QL), 2003 BCCA 476, upholding the convictions of the accused for first degree murder. Appeals dismissed.

Gil D. McKinnon, Q.C., and *Lisa Sturgess*, for the appellants.

Alexander Budlovsky and *Nikos Harris*, for the respondent.

Kenneth J. Yule, Q.C., and *Ronald C. Reimer*, for the intervener the Attorney General of Canada.

M. David Lepofsky, for the intervener the Attorney General of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — In their retrial on a charge of first degree murder the appellants told a different story under oath than they had five years earlier at their first trial on the same charge. They were cross-examined at the subsequent trial on these prior inconsistent statements. They were again convicted of first degree murder. They claim this use of prior statements violated their constitutional right against self-incrimination guaranteed by s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The right against self-incrimination is of course one of the cornerstones of our criminal law. The right to stand silent before the accusations of the state has its historical roots in the general revulsion against the practices of the Star Chamber, and in modern times is intimately linked to our adversarial system of criminal justice and the presumption of innocence. Section 13 of the *Charter* gives

Lambert, Douglas. « *Ratio Decidendi and Obiter Dicta* » (1993), 51 *Advocate (B.C.)* 689.

Wilson, Bertha. « Decision-making in the Supreme Court » (1986), 36 *U.T.L.J.* 227.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Newbury et Hall) (2003), 186 B.C.A.C. 106, 306 W.A.C. 106, 179 C.C.C. (3d) 307, 14 C.R. (6th) 241, 111 C.R.R. (2d) 1, [2003] B.C.J. No. 2068 (QL), 2003 BCCA 476, qui a confirmé les déclarations de culpabilité des accusés pour meurtre au premier degré. Pourvois rejetés.

Gil D. McKinnon, c.r., et *Lisa Sturgess*, pour les appelants.

Alexander Budlovsky et *Nikos Harris*, pour l’intimée.

Kenneth J. Yule, c.r., et *Ronald C. Reimer*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

M. David Lepofsky, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — À leur nouveau procès pour meurtre au premier degré, les appelants ont donné sous serment une version des faits différente de celle qu’ils avaient présentée cinq ans plus tôt lors de leur premier procès et ils ont été contre-interrogés sur leurs déclarations antérieures incompatibles. Ils ont à nouveau été déclarés coupables de meurtre au premier degré. Ils soutiennent que cette utilisation de leurs déclarations antérieures porte atteinte au droit constitutionnel de ne pas s’incriminer que leur garantit l’art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le droit de ne pas s’incriminer est, bien sûr, l’une des pierres angulaires de notre droit criminel. Le droit de garder le silence devant les accusations de l’État tire ses origines historiques de la répugnance générale suscitée par les méthodes de la Chambre étoilée et, de nos jours, il est étroitement lié à notre système contradictoire de justice criminelle et à la présomption d’innocence. L’article 13 de la *Charte*

constitutional protection to a more specific privilege against *testimonial* self-incrimination. In *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, the Court stated at p. 358 that

the purpose of s. 13, when the section is viewed in the context of s. 11(c) and (d), is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves, to ensure that the Crown will not be able to do indirectly that which s. 11(c) prohibits. [Emphasis added.]

It seems a long stretch from the important purpose served by a right designed to protect against compelled self-incrimination to the proposition advanced by the appellants in the present case, namely that an accused can volunteer one story at his or her first trial, have it rejected by the jury, then after obtaining a retrial on an unrelated ground of appeal volunteer a different and contradictory story to a jury differently constituted in the hope of a better result because the second jury is kept in the dark about the inconsistencies.

3 The protective policy of s. 13 must be considered in light of the countervailing concern that an accused, by tailoring his or her testimony at successive trials on the same indictment, may obtain through unexposed lies and contradictions an unjustified acquittal, thereby bringing into question the credibility of the trial process itself. Effective cross-examination lies at the core of a fair trial: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 608; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 663; *R. v. Shearing*, [2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58, at para. 76; *R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, 2004 SCC 5, at para. 41. Catching a witness in self-contradictions is one of the staples of effective cross-examination.

4 Having said that, there are observations in the Court's previous s. 13 jurisprudence that can fairly be said to fuel the appellants' argument (none of which escaped their counsel's skilful attention). It is therefore necessary to return to the foundational case of *Dubois* and trace the subsequent

octroie une protection constitutionnelle à un privilège plus spécifique protégeant contre l'auto-incrimination *testimonial*. Dans *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, la Cour a dit ce qui suit, à la p. 358 :

... l'objet de l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11c) et d), est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11c) interdit. [Je souligne.]

Il y a un monde entre l'objet important visé par un droit destiné à protéger contre l'auto-incrimination forcée et la prétention des appelants, selon laquelle un accusé peut, après avoir donné volontairement une version des faits à son premier procès, l'avoir vue rejetée par le jury et avoir obtenu un nouveau procès pour un motif distinct, soumettre volontairement une version différente et contradictoire à un jury différemment constitué, dans l'espoir que celui-ci rendra un verdict plus favorable parce que les contradictions avec la première version ne lui seront pas révélées.

La finalité protectrice de l'art. 13 a un contre-poids dont il faut tenir compte, soit la crainte qu'un accusé puisse ajuster son témoignage au cours de procès successifs relativement à la même accusation et ainsi être acquitté à tort, grâce à des mensonges et des contradictions non révélés, ce qui ébranlerait la crédibilité du processus judiciaire lui-même. Un contre-interrogatoire efficace constitue une composante essentielle d'un procès équitable : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 608; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 663; *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58, par. 76; *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, 2004 CSC 5, par. 41. Mettre au jour les contradictions dans les déclarations d'un témoin est l'un des éléments principaux d'un contre-interrogatoire efficace.

Cela dit, la jurisprudence de notre Cour qui porte sur l'art. 13 renferme des observations qui, il faut le reconnaître, peuvent alimenter les arguments des appelants (et qui n'ont pas échappé à la vigilance de leurs avocats). Il faut donc revenir à l'arrêt fondamental *Dubois* et passer en revue les

jurisprudence to clarify the role and function of s. 13, and to explain why the appellants' interpretation of s. 13 overshoots its purpose, and why it must therefore be rejected. The appeals, in the result, will be dismissed.

I. Introduction

The present case arises out of a botched “rip-off” of a marijuana-growing operation (“grow-op”) at Port Coquitlam, British Columbia. The appellants admit they carried out the rip-off, stealing 170 marijuana plants, in the course of which the in-house caretaker of the grow-op was murdered. He was suffocated by 24 feet of duct tape being wound around his head, blocking the passage of air to his nose and mouth. The appellants admit their involvement. They accept culpability for manslaughter. At issue is whether the proper verdict is manslaughter or murder.

The Crown's case rested on both physical evidence and out-of-court statements by both appellants to undercover police officers. In accordance with *Dubois*, the Crown did not attempt to file at the retrial as part of its case-in-chief the testimony of the appellants at their first trial.

At the close of the Crown's case on the retrial, both appellants decided to testify. As he had at the first trial, Henry again claimed that he was intoxicated, but other than remembering being intoxicated he now admitted to no significant recollection of what happened. Riley testified in chief that while he had “on occasion” lied at the first trial he now had a clear recollection that he was not in the room when the fatal winding took place. He argued that his candour in admitting previous falsehoods was a badge of present truthfulness. Riley's defence strategy at the retrial thus incorporated his testimony at the previous trial. Henry's defence was more simple. Not only did he claim to recall less at the second trial than he testified to at the first trial, at times he seemed to suggest that he did not

décisions qui ont suivi, afin de clarifier le rôle et la fonction de l'art. 13 et d'expliquer pourquoi l'interprétation qu'en proposent les appelants excède l'objet de cette disposition et doit être écartée. Les appels seront donc rejetés.

I. Introduction

L'affaire résulte d'un vol bâclé dans des installations de culture de marijuana à Port Coquitlam en Colombie-Britannique. Les appelants ont avoué avoir commis ce vol, qui leur a permis de s'emparer de 170 plants de marijuana et lors duquel le gardien des installations, qui résidait sur place, a été tué. Le gardien est mort par asphyxie, 24 pieds de ruban adhésif enroulés autour de sa tête l'empêchant d'inspirer par le nez ou par la bouche. Les appelants ont reconnu leur participation au crime. Ils ont admis leur culpabilité pour homicide involontaire coupable. Restait à savoir s'ils devaient être condamnés pour homicide involontaire coupable ou pour meurtre.

La preuve du ministère public reposait à la fois sur des éléments de preuve matérielle et sur des déclarations extra-judiciaires faites par les deux appelants à des agents d'infiltration. Conformément à l'arrêt *Dubois*, le ministère public n'a pas cherché, lors du deuxième procès, à déposer en preuve principale le témoignage des appelants à leur premier procès.

À la clôture de la preuve soumise par le ministère public lors du nouveau procès, les deux appelants ont décidé de témoigner. Comme il l'avait fait au premier procès, M. Henry a prétendu avoir été ivre, mais il a cette fois affirmé n'avoir aucun autre souvenir notable de ce qui s'était passé. En interrogatoire principal, M. Riley a pour sa part reconnu avoir menti « quelquefois » lors du premier procès, mais il a déclaré se souvenir maintenant clairement qu'il ne se trouvait pas dans la pièce lorsque le bâillon fatal a été posé. Il a fait valoir que l'aveu sincère de ses mensonges antérieurs était garant de sa franchise actuelle. La stratégie de la défense de M. Riley au nouveau procès incorporait donc le témoignage qu'il avait donné lors du procès antérieur. La défense de M. Henry était plus simple. Non

5

6

7

even recall that an earlier trial had taken place. The Crown took the view that it was entitled to cross-examine both appellants on the testimony given at the prior trial for the purpose of impeaching their credibility, and did so, relying in this respect on *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618. The defence says that such cross-examination even for the purpose of impeachment of credibility was unfair, but in any event that the distinction in these circumstances between the purposes of impeachment of credibility and incrimination is illusory. Reliance was placed on *R. v. Noël*, [2002] 3 S.C.R. 433, 2002 SCC 67, and *R. v. Allen*, [2003] 1 S.C.R. 223, 2003 SCC 18, to exclude the damaging inconsistencies. The Crown, for its part, says that the accused in volunteering their testimony at the second trial stepped outside the protection of s. 13, and that any observations to the contrary in the Court's previous s. 13 jurisprudence should be reconsidered. Thus issue was joined on the proper scope of s. 13.

seulement il a affirmé ne pas se souvenir d'éléments qu'il avait relatés dans son témoignage au premier procès, mais il a parfois laissé entendre qu'il ne se rappelait même pas avoir subi un premier procès. Le ministère public a contre-interrogé les deux appelants sur leur témoignage au premier procès dans le but d'attaquer leur crédibilité, s'appuyant à cet égard sur l'arrêt *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618. La défense a soutenu qu'un tel contre-interrogatoire était inéquitable, même s'il visait à miner la crédibilité, et que la distinction entre l'objectif d'incriminer un accusé et celui d'attaquer sa crédibilité était de toute façon illusoire dans les circonstances. Elle a invoqué les arrêts *R. c. Noël*, [2002] 3 R.C.S. 433, 2002 CSC 67, et *R. c. Allen*, [2003] 1 R.C.S. 223, 2003 CSC 18, pour faire valoir que les contradictions préjudiciables ne devaient pas être révélées. Le ministère public a soutenu, pour sa part, qu'en décidant de témoigner à leur deuxième procès, les accusés se sont exclus de la protection offerte par l'art. 13 et qu'il y a lieu de reconsidérer les remarques à l'effet contraire dans la jurisprudence antérieure de la Cour sur l'art. 13. L'objet du pourvoi est donc la portée de l'art. 13.

8

I pause at this juncture to observe that both parties view with scepticism the idea that the trier of fact can truly isolate the purpose of impeaching credibility from the purpose of incrimination. They agree on the problem but disagree about the solution. The appellants' solution, relying on *Noël*, is that unless the statements used to contradict the present testimony were innocuous when made at the first trial, and still innocuous at the second trial, they should be altogether excluded, i.e. even for the limited purpose of challenging credibility. They wish to see a roll-back of *Kuldip*. Otherwise, they fear, the contradictions may well be used by the trier of fact for the forbidden purpose of incrimination. The Crown also recognizes the troublesome nature of the distinction but, relying on *Kuldip*, says that fair trial considerations absolutely require that the contradictions in the evidence of an accused be exposed. The Crown then goes further than *Kuldip* in saying that the trier of fact should be able to make of the contradictions what it wishes, including drawing an inference of guilt, and indeed that a realistic appraisal of the

J'ouvre ici une parenthèse pour signaler le scepticisme des deux parties concernant la capacité du juge des faits de dissocier réellement l'objectif d'attaquer la crédibilité d'un accusé de celui de l'incriminer. Elles reconnaissent ce problème, mais elles ne s'entendent pas sur la solution. Les appelants, citant l'arrêt *Noël*, prétendent que les déclarations utilisées pour contredire le nouveau témoignage doivent être exclues purement et simplement, même si leur utilisation vise uniquement à miner la crédibilité, à moins qu'elles aient été inoffensives lorsqu'elles ont été faites au premier procès et qu'elles le soient toujours dans le cadre du second procès. Ils souhaitent que la Cour revienne sur l'arrêt *Kuldip*, à défaut de quoi ils craignent que le juge des faits utilise les contradictions dans le but prohibé d'incriminer l'accusé. Le ministère public reconnaît lui aussi que cette distinction pose problème, mais il soutient, en s'appuyant sur l'arrêt *Kuldip*, qu'il est indispensable à l'équité du procès que les contradictions dans les témoignages d'un accusé soient révélées. S'aventurant plus loin que l'arrêt *Kuldip*, il va même jusqu'à dire que le juge

trial process permits no other conclusion, human nature being what it is.

It has long been recognized that the distinction between credibility and incrimination in this particular context is “troublesome” (as Lamer C.J. described it in *Kuldip*, at p. 635) and “difficult” (as Martin J.A. described it in *Kuldip* when the case was before the Ontario Court of Appeal ((1988), 40 C.C.C. (3d) 11, at p. 23)). As both the defence lawyers and the prosecutors agree that a problem exists, the question is: what should be done about it, having regard to the 20 years of experience since *Dubois*?

II. Facts

On October 17, 2001, a jury convicted the two appellants of the first degree murder of Timothy Langmead, who had operated a marijuana “grow-op” at Port Coquitlam, B.C. In the course of a “rip-off” of that operation by the appellants, Langmead was tied to a chair, had duct tape wound around his mouth and nose, and suffocated. At their first trial in 1996 the appellants admitted their involvement in the unlawful confinement that led up to his death, but they pleaded diminished responsibility because of intoxication.

The appellant Riley and the victim Langmead were acquaintances. They had both done work over the years for the same marijuana dealer. In fact Riley had helped set up the marijuana grow-op in Port Coquitlam that was being tended by Langmead on the night Langmead was killed. Riley claimed that he was owed \$5,000 to \$10,000 by the drug dealer for wiring a bypass of the hydro meter and other services. On the night of June 8, 1994, he and two accomplices planned to help themselves to some marijuana plants by way of compensation.

Riley and the appellant Henry knew each other from high school in the B.C. Interior. The two of them, along with another individual (Gabe Abbott, who was not charged) drove to Langmead’s house.

des faits devrait pouvoir utiliser les contradictions comme il le souhaite, y compris en inférer la culpabilité de l’accusé, et que, la nature humaine étant ce qu’elle est, une perception réaliste du processus d’instruction ne permet pas d’autre conclusion.

Il est depuis longtemps reconnu qu’il est difficile, dans ce contexte, de faire la distinction entre attaquer la crédibilité d’un accusé et l’incriminer (le juge en chef Lamer l’a signalé dans *Kuldip* à la p. 635, tout comme l’avait fait le juge Martin de la Cour d’appel de l’Ontario dans cette même affaire ((1988), 40 C.C.C. (3d) 11, p. 23)). Les avocats de la défense et de la poursuite s’entendant sur l’existence de ce problème, il reste à déterminer comment y remédier, à la lumière de ce qui s’est produit depuis le prononcé de l’arrêt *Dubois* il y a 20 ans.

II. Les faits

Le 17 octobre 2001, un jury a déclaré les deux appelants coupables du meurtre au premier degré de Timothy Langmead, qui s’occupait d’installations de culture de marijuana à Port Coquitlam (C.-B.). Pendant le vol perpétré par les appelants dans ces installations, M. Langmead a été ligoté sur une chaise; il a eu le nez et la bouche recouverts de ruban adhésif et il est mort asphyxié. Lors de leur premier procès, en 1996, les appelants ont avoué leur participation à la séquestration qui a entraîné la mort de la victime, mais ils ont invoqué la défense d’ivresse pour atténuer leur responsabilité.

M. Riley et la victime se connaissaient. Ils avaient tous deux travaillé au cours des ans pour le même trafiquant de marijuana. De fait, M. Riley avait participé à la mise en place des installations de culture de Port Coquitlam dont M. Langmead s’occupait la nuit où il a été tué. M. Riley a prétendu que le trafiquant lui devait entre 5 000 \$ et 10 000 \$ pour divers services rendus, dont le contournement du compteur d’électricité. La nuit du 8 juin 1994, avec deux complices, il a décidé de récupérer son dû en s’appropriant des plants de marijuana.

Les appelants Riley et Henry s’étaient connus à l’école secondaire dans l’intérieur de la Colombie-Britannique. Accompagnés d’une troisième personne (Gabe Abbott, qui n’a pas été accusé), ils se

9

10

11

12

They said they expected that Langmead would not be home, but he was, or came home shortly after they entered the house. Riley knew that Langmead recognized him from their earlier dealings. Although the details are not clear, it seems there was some struggle between Riley and Langmead. Once subdued, Langmead was put in a chair and his arms secured by rope or duct tape. He began to yell. Tape was applied to his mouth. The question was whether Henry or Riley applied the fatal windings of 24 feet of duct tape to Langmead's mouth and nose, or whether it was both of them, and with what intent. After the killing, the three intruders stole marijuana plants, a guitar, a VCR and a van. They took Langmead's body with them. They drove a couple of hours to the Alexandra Bridge in the Fraser Canyon, threw the body into the river and rolled the van over a cliff. Nine days later, Langmead's body was found floating downstream. The duct tape was still wound around his head.

sont rendus en voiture chez M. Langmead. Selon leurs dires, ils ne s'attendaient pas à ce qu'il soit là, mais il s'y trouvait ou il y est arrivé peu après leur introduction dans la maison. M. Riley savait que M. Langmead l'avait reconnu parce qu'ils avaient déjà fait affaire ensemble. Les détails ne sont pas clairs, mais il semble qu'une lutte se soit engagée entre MM. Riley et Langmead. Une fois maîtrisé, M. Langmead a été assis sur une chaise à laquelle on lui a attaché les bras à l'aide de cordes ou de ruban adhésif. Il a commencé à crier. On lui a mis du ruban adhésif sur la bouche. Reste à savoir si c'est M. Riley, M. Henry ou les deux qui ont couvert la bouche et le nez de M. Langmead avec les 24 pieds de ruban adhésif qui l'ont tué, et dans quelle intention. Après le meurtre, les trois intrus ont volé des plants de marijuana, une guitare, un magnétoscope et une fourgonnette. Ils ont emporté le cadavre de M. Langmead avec eux. Après avoir conduit quelques heures jusqu'au pont Alexandra dans le canyon du fleuve Fraser, ils ont jeté le corps dans le fleuve et poussé la fourgonnette en bas d'une falaise. Neuf jours plus tard, le corps a été retrouvé flottant en aval. Sa tête était encore entourée de ruban adhésif.

13 The police mounted an undercover operation and obtained incriminating statements from both of the appellants boasting of responsibility for the death of Langmead. After Riley's arrest, he made some further admissions to the police.

Des policiers ont mis en place une opération d'infiltration et ont obtenu des déclarations incriminantes des deux appelants, qui se sont vantés d'avoir tué M. Langmead. Après son arrestation, M. Riley a fait d'autres aveux à la police.

14 Both appellants were convicted of first degree murder, but in 1999 the British Columbia Court of Appeal held that the trial judge had failed to properly instruct the jury on the defence of intoxication. A new trial was ordered: (1999), 117 B.C.A.C. 49, 1999 BCCA 22.

Les deux appelants ont été déclarés coupables de meurtre au premier degré, mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué, en 1999, que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives appropriées concernant le moyen de défense d'ivresse et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès : (1999), 117 B.C.C.A. 49, 1999 BCCA 22.

15 At the second trial Henry continued to advance the defence of intoxication but Riley largely resiled from it, seeking instead to use his greater recollection of events to push the responsibility onto Henry. He testified to having assisted in securing Langmead's mouth with a few small pieces of tape only to stop him yelling, and said that thereafter Henry was alone with Langmead. Both men,

Au deuxième procès, M. Henry a persisté à invoquer le moyen de défense d'ivresse, mais M. Riley l'a en grande partie abandonné et a plutôt cherché à tirer parti de ses souvenirs plus précis pour faire porter la responsabilité à M. Henry. Il a témoigné avoir aidé à fermer la bouche de M. Langmead avec quelques petits bouts de ruban adhésif, mais seulement pour l'empêcher de continuer à crier, et avoir

through their counsel, again admitted criminal responsibility for manslaughter. The only live issue at the second trial, as at the first trial, was whether it was a case of murder.

1. *Relevant Enactments*

Canadian Charter of Rights and Freedoms

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5

5. (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence or for the giving of contradictory evidence.

2. *Judicial History*

(a) The Trial Judge's Instructions on the Use of Prior Inconsistent Statements

The trial judge instructed the jury that they could use a witness's prior inconsistent statement whether given "under oath or otherwise" to assess the credibility of that witness's testimony, but that they could not use the prior statement for proof of its truth unless the witness adopted the statement as

ensuite laissé M. Langmead seul avec M. Henry. Par l'intermédiaire de leur avocat, les deux hommes ont de nouveau reconnu leur responsabilité criminelle pour homicide involontaire coupable. La seule question à trancher au deuxième procès était, comme au premier, celle de savoir s'ils pouvaient être déclarés coupables de meurtre.

1. *Dispositions législatives pertinentes*

Charte canadienne des droits et libertés

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5

5. (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage ou pour témoignage contradictoire.

2. *Historique judiciaire*

a) Les directives du juge du procès concernant l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles

Le juge du procès a dit au jury qu'il pouvait avoir recours aux déclarations antérieures incompatibles d'un témoin, qu'elles aient été faites [TRADUCTION] « sous serment ou non », pour évaluer sa crédibilité, mais qu'il ne pouvait les considérer comme faisant foi de leur véracité à moins que le témoin n'ait admis

true. There was no objection by defence counsel to this portion of the charge.

18 Dealing specifically with references in the testimony to “another proceeding”, the trial judge instructed the jury that they were not to speculate as to the nature or outcome of those proceedings. He also reminded the jury that Riley had admitted to lying under oath, and that this was a factor to be considered in assessing his credibility as a witness.

(b) The British Columbia Court of Appeal ((2003), 186 B.C.A.C. 106, 2003 BCCA 476)

19 A three-judge panel of the British Columbia Court of Appeal divided on the scope to be given to this Court’s decision in *Noël*. In Southin J.A.’s analysis, *Noël* stands for the proposition that the testimony of a witness tending to prove him guilty of an offence, if given on someone else’s trial, could not be used at his own subsequent trial for that same offence. The protection did not apply to the retrial of the same accused on the same charge.

20 Newbury J.A. took the view that on the facts both appellants had “opened the door” in their own testimony to being cross-examined on the prior inconsistent statements given at the first trial. The trade-off between the right of the Crown to compel a witness to answer questions — the response to which might incriminate him — and the right of an accused *qua* witness not to incriminate himself, does not apply where he has chosen to testify regarding previous incriminating statements given by himself in the first trial. Here the appellants’ testimony had not been compelled; rather, it was offered in the second trial in an apparent attempt to gain credibility. The Crown was entitled to cross-examine on that evidence, she held.

21 Hall J.A., dissenting, considered that *Noël* had narrowed the permissible ambit of cross-examination of an accused in a retrial of the same

qu’elles étaient vraies. Les avocats de la défense ne se sont pas opposés à cette partie des directives.

Sur la question précise de la mention d’une [TRADUCTION] « autre procédure » dans le témoignage, le juge du procès a informé le jury qu’il ne devait pas faire de conjectures sur la nature ou l’issue de cette procédure. Il lui a également rappelé que M. Riley avait admis avoir menti lors d’un témoignage donné sous serment et qu’il s’agissait là d’un facteur à prendre en considération pour évaluer sa crédibilité comme témoin.

b) La Cour d’appel de la Colombie-Britannique ((2003), 186 B.C.A.C. 106, 2003 BCCA 476)

Les trois juges qui ont entendu l’appel étaient partagés sur la question de la portée à donner à l’arrêt *Noël* de notre Cour. Selon la juge Southin, cet arrêt pose le principe que le témoignage tendant à prouver la culpabilité du témoin, donné au procès d’une autre personne, ne peut être subséquentement utilisé au procès du témoin pour la même infraction, mais que cette protection ne s’applique pas au nouveau procès du même accusé pour la même infraction.

Au vu des faits, la juge Newbury a estimé que les témoignages des deux appelants avaient « ouvert la porte » à leur contre-interrogatoire sur les déclarations antérieures incompatibles qu’ils avaient faites lors du premier procès. Selon elle, le compromis entre le droit du ministère public de contraindre un témoin à répondre à des questions — susceptibles de l’incriminer — et le droit d’un accusé témoin de ne pas s’incriminer ne trouve pas application lorsque l’accusé choisit de témoigner relativement à des déclarations antérieures incriminantes qu’il a faites au premier procès. Les appelants en l’espèce n’ont pas été contraints de témoigner; ils ont plutôt déposé au deuxième procès pour tenter, semble-t-il, de renforcer leur crédibilité. Elle était donc d’avis que le ministère public était admis à les contre-interroger sur ces déclarations.

Le juge Hall, dissident, estimait que l’arrêt *Noël* avait restreint le champ du contre-interrogatoire auquel un accusé pouvait être soumis lors de son

charge. On this view the cross-examination at the second trial of both appellants infringed the prohibition imposed by s. 13 of the *Charter*. The Crown used portions of Riley's previous testimony to show that he was more of a direct participant in the death of the victim than he had acknowledged in his testimony-in-chief at the second trial. The Crown's cross-examination of both appellants on the prior inconsistent statements was not just directed to credibility. Its effect was to incriminate them as being active participants in the murder. This was contrary to the principles laid down in *Noël* and *Allen*. He was not persuaded that the verdicts concerning both men would necessarily have been the same absent the error. He would have allowed the appeals of both appellants and ordered a third trial on the same charge. The appeal thus comes to us as of right based on Hall J.A.'s dissent on the proper scope of *Noël* and *Allen*.

III. Analysis

The consistent theme in the s. 13 jurisprudence is that "the purpose of s. 13 . . . is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves" (*Dubois*, at p. 358, and reiterated in *Kuldip*, at p. 629). That same purpose was flagged in *Noël*, the Court's most recent examination of s. 13, by Arbour J., at para. 21:

Section 13 reflects a long-standing form of statutory protection against compulsory self-incrimination in Canadian law, and is best understood by reference to s. 5 of the *Canada Evidence Act*. Like the statutory protection, the constitutional one represents what Fish J.A. called a *quid pro quo*: when a witness who is compelled to give evidence in a court proceeding is exposed to the risk of self-incrimination, the state offers protection against the subsequent use of that evidence against the witness in exchange for his or her full and frank testimony. [Emphasis added.]

There is thus a consensus that s. 13 was intended to extend s. 5 of the *Canada Evidence Act* to give further and better effect to this purpose. As McIntyre J. pointed out in *Dubois*, in reasons that

nouveau procès pour la même infraction. Ainsi, le contre-interrogatoire des deux appelants à leur deuxième procès violait l'interdiction imposée par l'art. 13 de la *Charte*. Le ministère public s'était servi de passages du témoignage antérieur de M. Riley pour démontrer qu'il avait pris une part plus directe au décès de la victime qu'il ne l'avait reconnu dans son témoignage principal au deuxième procès. Le contre-interrogatoire des deux appelants sur leurs déclarations antérieures incompatibles ne visait pas uniquement à attaquer leur crédibilité. Il a eu pour effet de les incriminer comme ayant participé activement au meurtre, ce qui contrevenait aux principes formulés dans les arrêts *Noël* et *Allen*. Le juge Hall n'était pas convaincu que les verdicts auraient nécessairement été les mêmes, dans les deux cas, si cette erreur n'avait pas été commise. Il aurait accueilli les deux appels et ordonné un troisième procès pour la même accusation. Notre Cour est donc saisie d'un appel de plein droit fondé sur la dissidence du juge Hall concernant la portée à donner aux arrêts *Noël* et *Allen*.

III. Analyse

Le thème constant de la jurisprudence relative à l'art. 13 est que « l'objet de l'art. 13 [. . .] est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer » (*Dubois*, p. 358, répété dans *Kuldip*, p. 629). Dans *Noël*, le plus récent des arrêts de notre Cour portant sur l'art. 13, la juge Arbour a insisté sur cet objet, le décrivant ainsi, au par. 21 :

L'article 13 incorpore une protection légale contre l'auto-incrimination forcée établie de longue date en droit canadien, et la meilleure façon de l'interpréter est de l'examiner en regard de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. À l'instar de la protection légale, la protection constitutionnelle représente ce que le juge Fish a qualifié de *quid pro quo*, ou contrepartie : lorsqu'un témoin contraint de déposer au cours d'une procédure judiciaire risque de s'auto-incriminer, l'État lui offre une protection contre l'utilisation subséquente de cette preuve contre lui en échange de son témoignage complet et sincère. [Je souligne.]

Il y a donc consensus sur le fait que l'art. 13 vise à élargir la protection prévue à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, afin de mieux réaliser cet objet. Comme le juge McIntyre l'a souligné

dissented in the result but not on this point, s. 13 “does not depend on any objection made by the witness giving the evidence. It is applicable and effective without invocation, and even where the witness in question is unaware of his rights” (p. 377). Further, s. 13 “is not limited to a question in respect of which a witness would have been entitled to refuse to answer at common law and its prohibition against the use of incriminating evidence is not limited to criminal proceedings. It confers a right against incrimination by the use of evidence given in one proceeding in any other proceedings” (p. 377). *Noël*, our most recent pronouncement, also agreed that s. 13 was intimately linked (though not necessarily limited to) the role and function traditionally served by s. 5 of the *Canada Evidence Act*.

24

Despite these broad areas of agreement, the Court’s s. 13 jurisprudence bristles with observations that enable the appellants to argue with a measure of indignation that notwithstanding the fact they were not (and could not be) compelled to testify at their first trial, they ought nevertheless to have been protected as volunteers at their second trial from exposure of the contradictory testimony they gave at the first trial, despite the misleading impression with which such non-disclosure would have left the jury. The search for truth, they say, is limited by constitutional considerations. The appellants rely in particular on observations made in *Noël*, even though *Noël* did not involve the retrial of an accused on the same indictment, but the trial of an accused whose previous testimony had been compelled at the trial of somebody else on charges related to the same subject matter. *Noël* was a classic application of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, which in fact had wisely been invoked on Noël’s behalf at the earlier trial of that other person, who happened to be his brother. It is therefore desirable to retrace the essentials of the jurisprudence from *Dubois* to *Noël* to determine whether the appellants’ position on s. 13 is well founded.

dans ses motifs de dissidence quant au résultat mais non sur ce point dans *Dubois*, l’art. 13 « ne dépend aucunement de la formulation d’une objection par le témoin en question. Cette protection est applicable et opérante sans qu’il soit nécessaire de l’invoquer et même lorsque le témoin en question n’est pas au courant de ses droits » (p. 377). De plus, la protection de l’art. 13 « ne se limite pas à une question à laquelle un témoin aurait pu refuser de répondre en *common law* et l’interdiction d’utiliser un témoignage incriminant n’est pas restreinte à des procédures criminelles. L’article 13 confère le droit de ne pas être incriminé par l’utilisation d’un témoignage dans d’autres procédures que celles dans lesquelles il a été donné » (p. 377). L’arrêt *Noël*, notre plus récente décision sur la question, réitère aussi que l’art. 13 est étroitement lié (sans toutefois se limiter nécessairement) au rôle et à la fonction traditionnels de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

En dépit de ces consensus généraux, la jurisprudence de notre Cour sur l’art. 13 fourmille de commentaires qui permettent aux appelants de faire valoir avec une certaine indignation que, même s’ils n’ont pas été (et ne pouvaient être) contraints de témoigner à leur premier procès, ils devaient tout de même, lorsqu’ils ont témoigné de leur propre gré à leur deuxième procès, être protégés contre la communication de leur témoignage incompatible donné au premier procès, malgré l’impression trompeuse que cette non-divulgaration pouvait donner au jury. Selon eux, des considérations constitutionnelles limitent la recherche de la vérité. Les appelants invoquent plus particulièrement des observations formulées dans *Noël*, même si cette affaire ne concernait pas la tenue d’un nouveau procès sur une même accusation, mais le procès d’un accusé qui avait été contraint de témoigner antérieurement au procès d’un tiers sur des accusations ayant le même fondement. L’arrêt *Noël* est un cas classique d’application du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, que l’avocat de M. Noël avait judicieusement invoqué lors du procès antérieur du tiers, qui était en l’occurrence le frère de l’accusé. Il est donc indiqué de reprendre les principes fondamentaux énoncés dans la jurisprudence, de *Dubois* à *Noël*, pour décider du bien-fondé de la position des appelants au sujet de l’art. 13.

1. *The Scope of Section 13 of the Charter*

Section 13 of the *Charter* precludes “incriminating evidence” given in one proceeding from being “used to incriminate that witness in any other proceedings”. Incriminating evidence means “something ‘from which a trier of fact may infer that an accused is guilty of the crime charged’”: *Kuldip*, at p. 633. The meaning of this protection in the context of a retrial of an accused on the same charge was first considered in *Dubois*. The question was phrased in that case by Lamer J. (as he then was): “When a new trial is ordered on the same charge or on an included offence by a court of appeal, can the Crown adduce as evidence-in-chief the testimony given by an accused at the former trial?” (p. 353 (emphasis added)). *Dubois* was charged with second degree murder. At his first trial he admitted that he had killed the deceased but alleged justification. He was convicted, but successfully appealed the conviction and was granted a new trial on grounds of a misdirection to the jury. At the retrial, as part of its case-in-chief, the Crown read in *Dubois*’ testimony from the first trial over an objection by *Dubois*’ counsel based on s. 13 of the *Charter*. *Dubois* chose not to testify nor did he call any evidence. He was again convicted. The majority of our Court agreed that the testimony of the accused at the first trial could not be used by the Crown as part of its “case to meet” to incriminate the accused at the retrial on the same charge.

More specifically, *Dubois* concluded that the reference in s. 13 to “other proceedings” includes a retrial on the same indictment and that the term “witness” in s. 13 also applies to an accused testifying (voluntarily) in his or her own defence. Lamer J., for the majority, held that “given the nature and purpose of the [s. 13] right, which is essentially protection against self-incrimination, the issue of whether the testimony was compulsory or voluntary at the moment it was given is largely

1. *La portée de l’art. 13 de la Charte*

L’article 13 de la *Charte* énonce que « [c]hacun a droit à ce qu’aucun témoignage incriminant qu’il donne ne soit utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures ». On qualifie d’incriminant un élément qui « pourrait faire conclure au juge des faits que l’accusé est coupable du crime allégué » (*Kuldip*, p. 633). C’est dans *Dubois* que la portée de cette protection a été examinée pour la première fois dans le contexte du nouveau procès d’un accusé pour la même accusation. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a formulé ainsi la question qui se posait : « Lorsqu’une cour d’appel ordonne un nouveau procès à l’égard d’une même accusation ou d’une infraction comprise, la poursuite peut-elle présenter à titre de preuve principale le témoignage donné par un accusé au cours du premier procès? » (p. 353 (je souligne)). M. *Dubois* était accusé de meurtre au deuxième degré. Lors du premier procès, il avait avoué avoir tué la victime, tout en invoquant des justifications. Il avait été déclaré coupable, mais sa condamnation avait été infirmée en appel en raison de directives erronées données au jury. Un nouveau procès avait été ordonné, lors duquel le ministère public avait inclus dans sa preuve principale le témoignage donné par M. *Dubois* au premier procès, malgré une objection de son avocat fondée sur l’art. 13 de la *Charte*. M. *Dubois* n’avait pas témoigné et n’avait présenté aucune preuve. Il avait été déclaré coupable une deuxième fois. Les juges majoritaires de notre Cour ont estimé qu’au deuxième procès pour la même accusation, le ministère public ne pouvait, à des fins incriminantes, inclure dans la « preuve complète » qu’il lui incombait de présenter le témoignage donné par l’accusé au premier procès.

Plus précisément, l’arrêt *Dubois* a établi que les mots « autres procédures » figurant à l’art. 13 comprennent un deuxième procès pour la même accusation et que cette disposition s’applique au témoignage donné (de manière volontaire) par un accusé pour sa propre défense. Le juge Lamer, s’exprimant au nom de la majorité, a déclaré qu’« étant donné la nature et le but du droit, qui est essentiellement la protection contre l’auto-incrimination, la question de savoir si le témoignage était obligatoire ou

irrelevant. The focus of the right is on the second proceedings, the time at which the previous testimony is sought to be used, rather than the time at which it is given” (p. 361). At the second proceeding, however, Dubois was not a witness. He was exercising his absolute right not to testify at all. Therefore, as Lamer J. pointed out at p. 365: “I do not see how the evidence given by the accused to meet the case as it was in the first trial could become part of the Crown’s case against the accused in the second trial, without being in violation of s. 11(d) [the presumption of innocence], and to a lesser extent of s. 11(c) [the right not to be compelled to be a witness].”

27 In my view, the same result would have followed if at the retrial in the present case the appellants had chosen not to testify. Whether or not the appellants had been voluntary witnesses at the earlier trial would have been, in that respect, irrelevant. At the second trial the testimony, had the Crown been permitted to file it as part of the case-in-chief, would have been compelled, and its use, on a purposeful interpretation of s. 13, prohibited.

28 *Dubois* was applied in *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272, where, as in the present case, the Crown attempted to use prior inconsistent statements in the *cross-examination* of an accused at a retrial. The accused was charged with raping a woman in Edmonton. Shortly thereafter, but before an arrest could be made, he left Edmonton heading for British Columbia. Whether or not his departure could give rise to an inference of guilt depended in part on whether he knew of the rape investigation before he left. At the first trial he said that when he spoke to a police officer before his departure, he had been told that the officer wanted to see him concerning a rape. At the second trial, no doubt sensing the danger, he changed his story to say that while he knew the officer wanted to speak with him, he understood it was about his work as a police informant on unrelated matters, and he was afraid to speak to the officer because he had not lived up to certain obligations. At the second trial, the accused was

volontaire au moment où il a été donné est en grande partie non pertinente. Le droit vise principalement les secondes procédures, la date où l’on cherche à utiliser le témoignage antérieur, plutôt que celle où il a été donné » (p. 361). Lors de la deuxième instance, toutefois, M. Dubois n’a pas témoigné. Il a exercé son droit le plus absolu de ne pas témoigner. Par conséquent, le juge Lamer a souligné, à la p. 365 : « Je ne vois pas comment le témoignage donné par l’accusé pour réfuter la preuve soumise au premier procès pourrait, sans contrevenir à l’al. 11d) [le droit d’être présumé innocent], et à un degré moindre à l’al. 11c) [le droit de ne pas être contraint de témoigner], faire partie de la preuve présentée par la poursuite contre l’accusé au second procès. »

Je suis d’avis que le résultat aurait été le même si les appelants avaient décidé en l’espèce de ne pas témoigner au deuxième procès. À cet égard, il aurait été sans conséquence que les appelants aient témoigné volontairement ou non au procès antérieur. Si le ministère public avait été autorisé à déposer leur témoignage en preuve principale au deuxième procès, il se serait agi d’un témoignage forcé dont une interprétation téléologique de l’art. 13 interdit l’utilisation.

Les principes formulés dans *Dubois* ont été appliqués dans *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272. Dans cette affaire, comme en l’espèce, le ministère public avait tenté, lors d’un nouveau procès, de *contre-interroger* un accusé sur des déclarations antérieures incompatibles. M. Mannion avait été accusé d’avoir violé une femme à Edmonton. Peu après le crime, mais avant d’être arrêté, il avait quitté Edmonton et s’était rendu en Colombie-Britannique. La possibilité que son départ puisse faire conclure à sa culpabilité dépendait en partie de la question de savoir si, avant de partir, il était au courant qu’il y avait enquête sur le viol. Lors du premier procès, il avait affirmé que l’agent de police auquel il avait parlé avant de partir lui avait dit qu’il voulait le voir au sujet d’un viol. Lors du deuxième procès, flairant sans doute le danger, il a modifié sa version et indiqué qu’il savait que l’agent voulait lui parler mais qu’il pensait que c’était à propos de son travail d’informatique concernant

cross-examined on the different explanation he gave at the first trial, which the Crown submitted for the truth of its content. McIntyre J., for the Court, held that the cross-examination was improper. In doing so, however, he focussed on the *purpose* of the cross-examination (incrimination), rather than the *purpose* of s. 13 (protection against *compelled* self-incrimination). McIntyre J., with the unanimous support of his colleagues, accepted that the result of the holding in *Dubois* (in which he had dissented) dictated the outcome in *Mannion*. The distinction between Dubois' status as a compelled witness at the second trial and Mannion's status as a volunteer at both trials was not commented upon.

The Court returned to a purposive interpretation in *Kuldip*. The accused was charged with failing to remain at the scene of a car accident with the intent of escaping civil or criminal liability. At his first trial he volunteered that he had reported the accident to a constable at a police station in Toronto whom he identified as P.C. Brown. The Crown established that Brown was not on duty on the day in question. At the retrial, the accused again chose to testify, but changed his story to accommodate that awkward fact. Lamer C.J. for the majority of the Court held that the accused was properly confronted with his prior inconsistent statement:

An interpretation of s. 13 which insulates such an accused from having previous inconsistent statements put to him/her on cross-examination where the only purpose of doing so is to challenge that accused's credibility, would, in my view, "stack the deck" too highly in favour of the accused. [p. 636]

In other respects, *Kuldip* followed where *Mannion* had led. Lamer C.J. stated that the questions raised in the appeal were "identical to those examined by this Court in *Mannion*" (p. 628). The only difference in his view was that in *Mannion*, the

d'autres affaires et qu'il avait peur de lui parler parce qu'il ne s'était pas acquitté de certaines obligations. Il a été contre-interrogé sur l'explication différente qu'il avait fournie au premier procès et que le ministère public a présentée comme faisant foi de son contenu. Rendant jugement pour la Cour, le juge McIntyre a statué que le contre-interrogatoire était inadmissible. En tirant cette conclusion, toutefois, il a mis l'accent sur l'*objet* du contre-interrogatoire (l'incrimination) plutôt que sur l'*objet* de l'art. 13 (la protection contre l'*obligation* de s'incriminer). Le juge McIntyre, à l'opinion duquel ses collègues ont unanimement souscrit, a conclu que la décision rendue dans *Dubois* (où il était dissident) dictait l'issue dans *Mannion*. Il n'a formulé aucun commentaire sur le fait que le témoignage de M. Dubois à son deuxième procès était un témoignage forcé, tandis que M. Mannion avait témoigné volontairement à ses deux procès.

La Cour est revenue à une interprétation téléologique dans *Kuldip*. L'accusé avait été inculpé d'omission de s'arrêter lors d'un accident dans l'intention d'échapper à toute responsabilité civile ou criminelle. Lors de son premier procès, il avait déclaré volontairement avoir signalé l'accident à un agent d'un poste de police de Toronto, qu'il avait identifié comme P.C. Brown. Le ministère public a prouvé que cet agent n'était pas en fonction ce jour-là. Lors de son nouveau procès, l'accusé a une fois de plus choisi de témoigner, mais il a modifié sa version des faits pour se sortir de cette situation embarrassante. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge en chef Lamer a statué que l'accusé avait été à bon droit confronté à ses déclarations antérieures incompatibles :

Interpréter l'art. 13 de façon à protéger l'accusé contre un contre-interrogatoire portant sur ses déclarations antérieures incompatibles aux seules fins d'attaquer sa crédibilité, équivaldrait, à mon avis, à trop « fausser la donne » en faveur de l'accusé. [p. 636]

À d'autres égards, *Kuldip* a suivi la voie tracée par *Mannion*. Le juge en chef Lamer a estimé que les questions soulevées dans le pourvoi étaient « identiques à celles que la Cour a étudiées dans l'arrêt *Mannion* » (p. 628), à l'unique différence

purpose of the cross-examination was to incriminate, whereas in *Kuldip* it was to impeach credibility. A successful impeachment would do no more than nullify the accused's testimony. The Crown could not obtain a conviction except on the basis of other evidence.

31 Of interest in *Kuldip* is the example given by Lamer C.J., at p. 634, of a witness at a murder trial who testifies that the accused could not have murdered the victim in Ottawa because on the day in question they were both in Montreal doing a bank robbery. If the witness were later charged with the bank robbery in Montreal, and changed his story at his trial to say that in fact he was in Ottawa that day, Lamer C.J. said it would not infringe s. 13 to impeach credibility using the earlier admission (despite the fact the statement was incriminating both when given at the earlier trial and when used at the later trial). However the trial judge must warn the jury "that it would not be open to it to conclude, on the basis of his previous statement, that the accused was in Montreal on the day of the alleged bank robbery nor to conclude that the accused did, in fact, commit the bank robbery" (pp. 634-35). As will be seen, the facts of the example anticipate, to some extent, the situation in *Noël*.

32 *Kuldip* thus qualified *Mannion*. If the prior testimony is used at the retrial to incriminate, *Mannion* says s. 13 is violated. If the prior testimony is used to impeach credibility, and thereby to nullify the accused's retrial testimony, *Kuldip* says s. 13 permits it. As Lamer C.J.'s example of the bank robber shows, however, the distinction poses problems. There can be few triers of fact, whether judge or jurors, who would not have found the prior admission of the accused, that on the day in question he was in Montreal robbing a bank, probative on the issue of guilt of that offence.

que, dans *Mannion*, le contre-interrogatoire visait à incriminer l'accusé, tandis que, dans *Kuldip*, il visait à attaquer sa crédibilité. Le fait de réussir à discréditer l'accusé témoin aurait pour unique conséquence d'anéantir son témoignage. Le ministère public ne pourrait obtenir une condamnation sans l'appuyer sur d'autres éléments de preuve.

Dans l'arrêt *Kuldip*, le juge en chef Lamer donne, à la p. 634, l'exemple intéressant d'un témoin affirmant, lors d'un procès pour meurtre, que l'accusé ne peut avoir tué la victime à Ottawa parce que, cette journée-là, l'accusé et le témoin étaient à Montréal, occupés à dévaliser une banque. Si le témoin est par la suite accusé du vol de banque commis à Montréal et qu'il modifie sa version des faits à son procès pour affirmer qu'il se trouvait à Ottawa le jour en question, il ne serait pas contraire à l'art. 13, selon le juge en chef Lamer, d'utiliser la déclaration antérieure du témoin pour attaquer sa crédibilité (malgré que cette déclaration ait été incriminante à la fois lorsqu'elle a été donnée au procès antérieur et lorsqu'elle est utilisée au procès subséquent). Toutefois, le juge du procès doit avertir le jury « qu'il ne peut s'inspirer de la déclaration antérieure pour conclure que l'accusé se trouvait à Montréal le jour du vol de banque ni pour conclure que l'accusé a de fait commis le vol de banque » (p. 634). Comme on le verra, les faits de cet exemple préfigurent jusqu'à un certain point la situation de l'affaire *Noël*.

Kuldip apporte donc des réserves à *Mannion*. *Mannion* pose que l'utilisation du témoignage antérieur de l'accusé dans le but de l'incriminer lors de son nouveau procès viole l'art. 13. *Kuldip* statue que l'art. 13 permet néanmoins le recours au témoignage antérieur de l'accusé s'il vise à attaquer sa crédibilité et à anéantir ainsi son témoignage au nouveau procès. Comme l'illustre l'exemple du voleur de banque donné par le juge en chef Lamer, cette distinction pose toutefois des difficultés. En prenant connaissance du témoignage antérieur de l'accusé selon lequel il se trouvait à Montréal à dévaliser une banque le jour en question, peu de juges des faits, qu'ils soient juges ou jurés, réussiraient à ne lui attribuer aucune valeur probante quant à la culpabilité relativement à cette infraction.

Kuldip was endorsed by *Noël*, which applied the s. 13 jurisprudence to the case of an accused who at the previous trial was not the accused but a mere witness at somebody else's trial (as in Lamer C.J.'s bank robbery example in *Kuldip*). The accused had testified as a compellable witness during his brother's trial about his complicity in the senseless strangulation of a nine-year-old boy. He was subsequently charged with the murder, but at his own trial he denied any such complicity. The Crown put to him statement after statement that he had made at the earlier trial, which he acknowledged having made, and which formed an important element (if it was not virtually conclusive) in establishing his guilt. In that context, and recognizing that when testifying as a witness at his brother's trial Noël had claimed the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, Arbour J. emphasized the *quid pro quo* "when a witness who is compelled to give evidence in a court proceeding is exposed to the risk of self-incrimination" (emphasis added) and held that "the state offers protection against the subsequent use of that evidence against the witness in exchange for his or her full and frank testimony" (para. 21). The emphasis in *Noël* on the *quid pro quo* reinforces the link between s. 13 of the *Charter* and s. 5 of the *Canada Evidence Act* and the whole issue of compelled testimony. It must be recognized that a witness who was also the accused at the first trial is at *both* trials a voluntary rather than a compelled witness, and therefore does not offer the same *quid pro quo*. (The notion that an accused who volunteers testimony can simultaneously object to answering questions whose answers may tend to incriminate him or her is a difficult concept. The whole point of volunteering testimony is to respond to the prosecution's case. Even answers to his or her own counsel's questions may tend to incriminate.)

Despite the difference between the trial of an accused who was a compelled witness in another "proceeding" and the retrial of an accused who volunteered evidence at both the first and second trials, the appellants here rely on the observation of Arbour J. at para. 4 of *Noël*:

L'arrêt *Noël* a confirmé l'arrêt *Kuldip*. Il a appliqué la jurisprudence relative à l'art. 13 au procès d'un accusé qui avait auparavant témoigné au procès d'un autre accusé, comme dans l'exemple du vol de banque donné par le juge en chef Lamer dans *Kuldip*. L'accusé avait déposé à titre de témoin contraignable au procès de son frère, relativement à sa complicité dans le meurtre gratuit d'un garçonnet de neuf ans mort par strangulation. Il avait par la suite été accusé de meurtre mais, à son propre procès, il avait nié toute complicité. Le ministère public l'avait confronté à de nombreuses déclarations, qu'il avait reconnu avoir faites au procès antérieur et qui constituaient un élément important (sinon pratiquement déterminant) de la preuve de sa culpabilité. Dans ce contexte, la juge Arbour, reconnaissant que M. Noël avait témoigné au procès de son frère en invoquant la protection de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, a souligné qu'il y avait *quid pro quo*, ou contrepartie, « lorsqu'un témoin contraint de déposer au cours d'une procédure judiciaire risque de s'auto-incriminer, l'État lui offre une protection contre l'utilisation subséquente de cette preuve contre lui en échange de son témoignage complet et sincère » (par. 21 (je souligne)). L'accent mis sur la notion de contrepartie dans l'affaire *Noël* renforce le lien entre, d'une part, l'art. 13 de la *Charte* et l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et, d'autre part, toute la question du témoignage forcé. Il faut reconnaître que le témoin qui était aussi l'accusé au premier procès témoigne volontairement aux *deux* procès, sans y être contraint, et qu'il ne fournit donc pas la même contrepartie. (L'idée qu'un accusé qui décide de témoigner puisse en même temps refuser de répondre à des questions parce que ses réponses pourraient l'incriminer est difficile à saisir. Un accusé ne choisit de témoigner que pour réfuter la preuve du ministère public. Même les réponses aux questions de son propre avocat peuvent tendre à l'incriminer.)

Malgré la différence entre le procès d'un accusé qui a été contraint de témoigner dans une autre « procédure » et le nouveau procès d'un accusé qui a témoigné volontairement à ses deux procès, les appelants appuient leur argumentation sur le commentaire fait par la juge Arbour au par. 4 de l'arrêt *Noël* :

When an accused testifies at trial, he cannot be cross-examined on the basis of a prior testimony unless the trial judge is satisfied that there is no realistic danger that his prior testimony could be used to incriminate him. The danger of incrimination will vary with the nature of the prior evidence and the circumstances of the case including the efficacy of an adequate instruction to the jury.

The facts of *Noël* provide an interesting parallel to Lamer C.J.'s bank robbery example in *Kuldip*. In Lamer C.J.'s example, the prior testimony was considered admissible for impeachment, although it was undeniably incriminatory when given, and would almost certainly have been taken as incriminatory if allowed into evidence at the second trial. In *Noël*, the Crown's incriminatory purpose was unmistakable. Yet in both the bank robber example and in *Noël* itself the prior testimony was compelled, and its use thus posed a serious problem not only under the *Dubois* analysis of s. 13 but under s. 11(c) of the *Charter* and s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. (For present purposes, evidence of compellable witnesses should be treated as compelled even if their attendance was not enforced by a subpoena.)

35

Kuldip can be seen as an attempt by the Court to put the brakes on *Mannion*, but in its unwillingness to reconsider its reasoning in *Mannion*, the Court was required to resort to reliance on the sometimes difficult distinction between the purposes of impeachment of credibility and incrimination. Although this distinction is well established in the law (see, e.g., *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660, at para. 25), its practicality in this particular context is frequently questioned. It is worth setting out in full what was said by Arthur Martin J.A., writing in *Kuldip*, when it was before the Ontario Court of Appeal:

Furthermore, in my view, where the prior evidence is used ostensibly to impeach the accused's credibility only, it nevertheless does assist the Crown in its case and, in a broad sense, may help to prove guilt. It is often difficult to draw a clear line between

[L]'accusé qui témoigne à son procès ne peut être contre-interrogé relativement à un témoignage qu'il a rendu antérieurement, sauf si le juge du procès est convaincu qu'il n'existe aucun risque réaliste que ce témoignage antérieur puisse être utilisé pour l'incriminer. Le risque d'incrimination variera selon la nature du témoignage antérieur et les circonstances de l'affaire, y compris l'efficacité de directives appropriées données au jury.

Les faits de l'affaire *Noël* permettent un parallèle intéressant avec l'exemple du vol de banque donné par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Kuldip*. Dans cet exemple, le témoignage antérieur était admissible pour attaquer la crédibilité, même s'il était incontestablement incriminant au moment où il a été donné et s'il était presque certain qu'il aurait été considéré tel au deuxième procès s'il y avait été admis en preuve. Dans *Noël*, le but du ministère public d'incriminer l'accusé était indéniable. Pourtant, tant dans l'exemple du voleur de banque que dans l'affaire *Noël*, le témoignage antérieur n'était pas volontaire, et son utilisation soulevait par conséquent un grave problème non seulement au regard de l'analyse de l'art. 13 faite dans *Dubois* mais également au regard de l'al. 11c) de la *Charte* et du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. (En l'espèce, il y a lieu de considérer la déposition d'un témoin contraignable comme un témoignage forcé même si le témoin n'a pas été assigné formellement.)

On peut voir dans *Kuldip* une tentative de la Cour de circonscrire la portée de l'arrêt *Mannion*, mais en voulant éviter de reconsidérer le raisonnement qu'elle avait suivi dans *Mannion*, la Cour a dû recourir à la distinction, parfois difficile à faire, entre l'objectif d'attaquer la crédibilité de l'accusé et l'objectif de l'incriminer. Bien que cette distinction soit bien établie en droit (p. ex. voir *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660, par. 25), son utilité pratique dans le contexte qui nous occupe est souvent remise en question. Ce qu'en a dit le juge Arthur Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Kuldip*, mérite d'être cité textuellement :

[TRADUCTION] J'estime en outre que même si le témoignage antérieur est visiblement utilisé dans le seul but d'attaquer la crédibilité, il n'en concourt pas moins à prouver les allégations du ministère public et, dans un sens large, il peut contribuer à établir la culpabilité.

cross-examination on the accused's prior testimony for the purpose of incriminating him and such cross-examination for the purpose of impeaching his credibility. If the court concludes on the basis of the accused's contradictory statements that he deliberately lied on a material matter, that lie could give rise to an inference of guilt. [p. 23]

In Martin J.A.'s view, successful invocation of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* ought to exclude the prior testimony of the witness for *any* purpose, including impeachment of credibility (p. 20). Arbour J., writing in *Noël* in the context of incriminating statements made by a current accused at the earlier trial of somebody else, agreed with this interpretation (paras. 31-33) except for her acceptance of *Kuldip* in the very limited case of statements innocuous when made at the first trial and still innocuous with respect to the issue of guilt at the second trial (paras. 30 and 45). This, she observed, is the only outcome consistent with the *quid pro quo* that "lies at the heart of s. 13" (para. 25), which should be interpreted in a manner "co-extensive with that of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*" (para. 34).

The controversial aspect of *Noël* lies in its *obiter* extending to an accused at a retrial on the same indictment the identical protection enjoyed by witnesses who are compelled to testify at the trial of somebody else (or in another "proceeding"), and who can therefore invoke both s. 13 of the *Charter* and s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. *Noël* decides that in both cases, the root of this protection lies "in the *quid pro quo*" (para. 22) under which as a matter of legislative policy, testimonial immunity at common law was exchanged in 1893 for a limited testimonial *use* immunity.

Noël was subsequently applied by this Court in *Allen*. That too was a case of an accused being confronted with prior testimony he had given as a witness at the trial of somebody else for the same murder. The Newfoundland Court of Appeal,

Il est souvent difficile de faire la distinction entre un contre-interrogatoire portant sur le témoignage antérieur de l'accusé en vue de l'incriminer et le même genre de contre-interrogatoire en vue d'attaquer sa crédibilité. Le tribunal qui, à partir des déclarations contradictoires d'un accusé, conclut que ce dernier a menti sciemment sur un point important, pourrait en inférer qu'il est coupable. [p. 23]

Suivant le juge Martin, lorsque la protection prévue au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* s'applique, le témoignage antérieur du témoin ne peut être utilisé à *quelque* fin *que ce soit*, même pas pour miner sa crédibilité (p. 20). Dans *Noël*, dans le contexte de déclarations incriminantes faites par l'accusé actuel au procès antérieur d'un tiers, la juge Arbour a souscrit à cette interprétation (par. 31-33), sauf dans un cas très limité où elle estime que *Kuldip* s'applique, soit celui des déclarations qui étaient inoffensives lorsqu'elles ont été faites au premier procès et qui le sont toujours lorsqu'il s'agit d'établir la culpabilité au deuxième procès (par. 30 et 45). Selon elle, seul ce résultat est compatible avec la contrepartie « qui constitue un élément essentiel de l'art. 13 » (par. 25), lequel doit être interprété comme ayant « la même portée que celle accordée au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* » (par. 34).

L'aspect controversé de l'arrêt *Noël* réside dans l'opinion incidente qui accorde à l'accusé subissant un nouveau procès pour la même accusation une protection identique à celle dont bénéficient les témoins qui sont contraints de témoigner au procès d'un tiers (ou dans une autre « procédure »), et qui peuvent par conséquent invoquer tant l'art. 13 de la *Charte* que le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Selon l'arrêt *Noël*, dans les deux cas, « il s'agit à l'origine d'une contrepartie » (par. 22) qui procède du choix fait par le législateur en 1893 de remplacer l'immunité testimoniale en common law par une immunité limitée touchant l'*utilisation* du témoignage.

Notre Cour a par la suite appliqué l'arrêt *Noël* dans l'affaire *Allen*, laquelle concernait elle aussi un accusé confronté à un témoignage antérieur donné au procès d'un tiers pour le même meurtre. La Cour d'appel de Terre-Neuve (le juge

O'Neill J.A. dissenting, found that the cross-examination was directed to credibility, and was therefore authorized by *Kuldip*: (2002), 208 Nfld. & P.E.I.R. 250, 2002 NFCA 2. Some of the prior compelled testimony used “to impeach” included statements that the accused had killed or thought he had killed the victim. In a brief judgment, this Court without much discussion applied *Noël* to find a s. 13 violation.

O'Neill était dissident) avait conclu que le contre-interrogatoire visait à attaquer la crédibilité et qu'il était donc autorisé en vertu de *Kuldip* : (2002), 208 Nfld. & P.E.I.R. 250, 2002 NFCA 2. Le témoignage forcé utilisé afin de « discréditer » le témoin comprenait notamment des déclarations dans lesquelles l'accusé disait avoir tué la victime ou penser l'avoir tuée. Dans un jugement succinct, notre Cour a appliqué l'arrêt *Noël*, sans procéder à une longue analyse, et elle a conclu qu'il y avait eu violation de l'art. 13.

38

To recapitulate: *Dubois* was an attempt to compel testimony at a retrial; *Mannion* and *Kuldip* involved the use of prior voluntary testimony of an accused at the retrial; and *Noël* and *Allen*, were attempts by the Crown to use the compelled testimony of a witness at an earlier trial who had become the accused at the later trial. Despite this variation, in all of these cases except *Kuldip*, the prior testimony was excluded on the basis of s. 13 operating in combination with s. 11(c) of the *Charter* (and, in *Noël*, with s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*). Clearly there has not been consistent adherence to the underlying purpose of s. 13, namely “to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves” (emphasis added) (*Dubois*, at p. 358; *Kuldip*, at p. 629; and *Noël*, at para. 21).

Pour récapituler, *Dubois* portait sur une tentative de forcer un témoignage lors d'un nouveau procès; *Mannion* et *Kuldip* concernaient l'utilisation, lors d'un nouveau procès, du témoignage volontaire que l'accusé avait donné antérieurement; dans *Noël* et *Allen*, le ministère public a voulu utiliser contre l'accusé, lors de son procès, le témoignage forcé qu'il avait donné à titre de témoin dans un procès antérieur. En dépit de ces différences, dans tous les cas sauf *Kuldip*, le témoignage antérieur a été exclu sur le fondement de l'art. 13, appliqué en conjonction avec l'al. 11c) de la *Charte* (et, dans *Noël*, avec le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*). On constate à l'évidence que certaines décisions s'éloignent de l'objet fondamental de l'art. 13, qui consiste à « protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer » (je souligne) (*Dubois*, p. 358; *Kuldip*, p. 629; et *Noël*, par. 21).

2. *Should the Court Reconsider Dubois?*

2. *La Cour devrait-elle reconsidérer l'arrêt Dubois?*

39

The Attorney General of Canada submits that the Court should overrule *Dubois* and hold that s. 13 has no application to a retrial. The rationale underlying *Dubois* for extending s. 13 protection to an accused in a retrial, however, was because when a “new” trial is ordered the accused is entitled not to testify at all. Thus, to allow the Crown simply to file the testimony of the accused given at the prior trial (now overturned) would permit the Crown indirectly to compel the accused to testify at the retrial where s. 11(c) of the *Charter* would not permit such compelled self-incrimination directly. The Crown must prove its case without

Le procureur général du Canada soutient que la Cour devrait revenir sur sa décision dans *Dubois* et déclarer que l'art. 13 ne s'applique pas à un nouveau procès. Toutefois, la raison fondamentale pour laquelle l'arrêt *Dubois* statue que la protection prévue à l'art. 13 s'étend à l'accusé qui subit un « nouveau » procès est le droit de l'accusé de ne pas témoigner du tout à son nouveau procès. Ainsi, en permettant au ministère public de déposer simplement le témoignage de l'accusé au procès antérieur (maintenant annulé), on lui permettrait de contraindre indirectement l'accusé à témoigner à son nouveau procès, alors que l'al. 11c) de la *Charte* lui

recruiting the accused to self-incriminate. As Lamer J. pointed out,

the accused is being *conscripted* to help the Crown in discharging its burden of *a case to meet*, and is thereby denied his or her right to stand mute until a case has been made out. [Emphasis in original; p. 365.]

Dubois, to repeat, was an attempt to compel testimony. The result was correct and we should decline the invitation to revisit it.

3. *Should the Court Reconsider Mannion?*

While *Mannion* followed *Dubois* on the textual point that the words “other proceedings” in s. 13 include a retrial of the same accused on the same indictment, it did not ask the further question whether excluding cross-examination on the prior volunteered testimony would further the *purpose* of s. 13 identified in *Dubois*, namely “to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves” (p. 358 (emphasis added)). *Mannion* was under reserve at the same time as *Dubois* and, as stated, the Court seems to have concluded that the result in the latter dictated the outcome of the former.

In my view, the crux of the problem is this. In *Dubois*, the prosecution sought to pre-empt the right of the accused not to testify. The filing of the earlier testimony was compelled self-incrimination. In *Mannion*, there was no such compulsion. The accused freely testified at his first trial and freely testified at his second trial. The compulsion, which lies at the root of the *quid pro quo* which in turn lies at the root of s. 13, was missing. Experience in the 20 years since *Dubois* and *Mannion* were decided shows that taking our eye off the underlying purpose of s. 13 has given rise to a number of distinctions and sub-distinctions that in the end have proven unworkable. Indeed in *Noël*, as Fish J.A. pointed out when the case was

interdit de le forcer directement à s’auto-incriminer. Le ministère public doit faire sa preuve sans faire appel à l’accusé pour qu’il s’auto-incrimine. Comme le juge Lamer l’a fait remarquer,

l’accusé serait alors *forcé* d’aider la poursuite à s’acquitter du fardeau de *présenter une preuve complète* et en conséquence privé de son droit de se taire jusqu’à ce que la preuve ait été faite. [En italique dans l’original; p. 365.]

L’affaire *Dubois*, je le répète, portait sur la tentative de forcer un témoignage. Cette décision est bien fondée, et la Cour devrait refuser de la reconsidérer.

3. *La Cour devrait-elle reconsidérer l’arrêt Mannion?*

Bien que l’arrêt *Mannion* ait suivi l’arrêt *Dubois* quant à savoir si les mots « autres procédures » à l’art. 13 comprennent le nouveau procès d’un même accusé pour la même accusation, il n’a pas poursuivi l’analyse et examiné la question de savoir si l’exclusion du contre-interrogatoire sur le témoignage antérieur donné volontairement permettrait de réaliser l’*objet* de l’art. 13 défini dans *Dubois*, c’est-à-dire de « protéger les individus contre l’obligation indirecte de s’incriminer » (p. 358 (je souligne)). L’affaire *Mannion* était en délibéré en même temps que l’affaire *Dubois* et, comme on l’a indiqué, la Cour semble avoir conclu que l’issue de cette dernière dictait celle de *Mannion*.

À mon avis, le nœud du problème est le suivant. Dans *Dubois*, le ministère public voulait agir d’une façon qui aurait empiété sur le droit de l’accusé de ne pas témoigner. Le dépôt du témoignage antérieur équivalait à une auto-incrimination forcée. Cette contrainte était absente dans l’affaire *Mannion*, où l’accusé avait choisi librement de témoigner à ses deux procès. La contrainte à l’origine de la contrepartie, qui constitue un élément essentiel de l’art. 13, n’existait pas. Ce qui s’est produit au cours des 20 années écoulées depuis les arrêts *Dubois* et *Mannion* démontre qu’en s’éloignant de l’objet fondamental de l’art. 13, on tend à établir des distinctions et sous-distinctions qui mènent à des impasses fonctionnelles. Ainsi,

40

41

42

before the Quebec Court of Appeal, the jury asked a question which clearly demonstrated their failure (or unwillingness) to grasp the distinction between use of prior statements for the impeachment of credibility and use of prior statements for the purpose of incrimination (see (2001), 156 C.C.C. (3d) 17, at paras. 169 and 173-74, and in this Court, at paras. 19-20).

43 In my respectful view, notwithstanding the strong Court that decided *Mannion* and the cases that followed it, we should hold that s. 13 is *not* available to an accused who chooses to testify at his or her retrial on the same indictment.

44 The Court's practice, of course, is against departing from its precedents unless there are compelling reasons to do so: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at pp. 777-83; and *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683, at paras. 16-46. Nevertheless, while rare, departures do occur. In *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680, it was said that "[t]his Court has made it clear that constitutional decisions are not immutable, even in the absence of constitutional amendment" (p. 704), and in the *Charter* context the Court in *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7, effectively overturned the result (if not the reasoning) in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, and *Reference re Ng Extradition (Can.)*, [1991] 2 S.C.R. 858. In the area of human rights, important reappraisals were made in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489 (overturning the reasoning in *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561), and *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219 (overturning *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183). The Court should be particularly careful before reversing a precedent where the effect is to diminish *Charter* protection.

comme le juge Fish siégeant alors à la Cour d'appel du Québec l'a souligné dans *Noël*, le jury a posé une question indiquant indéniablement qu'il ne réussissait pas (ou n'était pas disposé) à saisir la distinction entre attaquer la crédibilité de l'accusé et l'incriminer (voir [2001] R.J.Q. 1464, par. 169 et 173-74, et les motifs de notre Cour, par. 19-20).

Je suis d'avis que, malgré l'arrêt unanime de la Cour dans *Mannion* et les arrêts qui ont suivi, il nous faut statuer qu'un accusé qui choisit de témoigner à son nouveau procès pour la même accusation *ne peut pas* se prévaloir de l'art. 13.

Naturellement, il n'est pas d'usage à la Cour de s'écarter des précédents à moins de raisons impérieuses : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 777-783; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, par. 16-46. Néanmoins, il lui arrive effectivement de s'en écarter, même si elle le fait rarement. L'arrêt *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680, précise que la « Cour a affirmé clairement que les décisions constitutionnelles ne sont pas immuables et ce, même en l'absence d'une modification constitutionnelle » (p. 704) et, dans *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7, elle a effectivement écarté, dans le contexte de la *Charte*, le résultat auquel elle était parvenue (sinon son raisonnement) dans *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, et *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858. D'importantes réévaluations ont été faites dans le domaine des droits de la personne, notamment dans *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489 (rejetant le raisonnement adopté dans *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561), et *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219 (rejetant *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183). Cependant, la Cour doit se montrer particulièrement prudente avant d'écarter un précédent lorsque ce revirement a pour effet d'affaiblir une protection offerte par la *Charte*.

I believe there are compelling reasons for declining to follow *Mannion*. The first, as discussed earlier, is that *Mannion* did not adopt an interpretation in line with the purpose of s. 13 spelled out in *Dubois*. Although *Dubois* had said that no distinction should be drawn between testimony that had been compelled or voluntary at the first trial, that comment was made in the context of an attempt to compel testimony at the second trial. The second reason is that the consequences of failing to return to the purpose of s. 13 have only emerged over time as the courts have struggled to work with the distinction between impeachment of credibility and incrimination in ways that, as the appellants' invocation of *Noël* illustrates in the present case, become "unduly and unnecessarily complex and technical": *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 859. In *Noël*, it will be recalled, the Court identified permissible cross-examination by reference to testimony "innocuous" when made at the initial trial and "innocuous" when used at the retrial, opening up consideration of various combinations and permutations of statements innocuous/incriminating, incriminating/innocuous and incriminating/incriminating, an exercise in classification that when argued on a question by question basis can become both protracted and somewhat unpredictable, as an examination of the questions at issue in the present appeal illustrates.

The third reason, and I think the most important, is that the insistence that s. 13 has the same application in a retrial of the same accused on the same indictment as it does in a trial where the accused was formerly not an accused but a compellable witness has led to an unfair dilution of the s. 13 protection in the latter situation. Thus in the bank robbery example in *Kuldip*, the compelled testimony given as a witness at somebody else's trial would virtually guarantee the bank robber's conviction in his own subsequent prosecution. This is contrary to sound principle. Even though the bank robber was a compelled witness who had given *quid pro quo* testimony (as in *Noël*) at somebody else's trial, he would receive no greater or lesser protection than

Je crois qu'il existe des raisons impérieuses de ne pas suivre l'arrêt *Mannion*. Premièrement, je le répète, l'interprétation retenue dans *Mannion* n'était pas conforme à l'objet de l'art. 13 défini dans *Dubois*. Bien que la Cour ait indiqué, dans *Dubois*, qu'il n'y avait pas lieu de distinguer les témoignages selon qu'ils étaient forcés ou volontaires au premier procès, elle a fait ce commentaire dans le contexte d'une tentative de forcer un témoignage au second procès. Deuxièmement, les conséquences du défaut de se reporter à l'objet de l'art. 13 se sont manifestées graduellement, au fur et à mesure que les tribunaux ont essayé de trouver tant bien que mal des façons d'appliquer la distinction entre attaquer la crédibilité de l'accusé et l'incriminer qui, comme le démontre l'utilisation de *Noël* faite par les appelants en l'espèce, sont devenues « inutilement et indûment complexe[s] et formaliste[s] » : *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 859. On se rappellera que, dans *Noël*, la Cour a déterminé quels contre-interrogatoires étaient permis en faisant référence au témoignage qui est « inoffensif » au procès initial et demeure « inoffensif » au moment où il est utilisé lors du nouveau procès, ouvrant ainsi la porte à l'examen de diverses combinaisons et permutations de déclarations inoffensives/incriminantes, incriminantes/inoffensives et incriminantes/incriminantes, un exercice de classification qui, s'il est exécuté individuellement pour chaque question, peut durer longtemps et donner un résultat imprévisible, comme le révèle l'examen des questions en litige en l'espèce.

Enfin, la troisième raison — et, à mon avis, la plus importante — est qu'en soutenant que l'art. 13 s'applique de la même façon qu'il s'agisse du deuxième procès d'un même accusé pour la même infraction ou du procès d'un accusé qui n'était qu'un témoin contraignable dans l'instance antérieure, on a indûment affaibli la protection offerte par l'art. 13 dans cette deuxième situation. Ainsi, dans l'exemple du voleur de banque évoqué dans *Kuldip*, la déposition forcée qu'il a faite en qualité de témoin au procès d'un tiers lui vaudrait presque inévitablement d'être déclaré coupable lors de son propre procès. Ce résultat serait contraire à des principes judiciaires. Même si le voleur de banque a été contraint de témoigner au procès d'un tiers,

an accused who had been under no such compulsion at the earlier trial (*Kuldip* and *Mannion*). The attempt to subject these very different situations to the same constitutional rule results in the end in a satisfactory solution for neither.

47

In *Noël*, the Court saw the unfairness of putting *compelled* testimony to the accused and held that the Crown would be permitted to cross-examine an accused on prior testimony only

when there is no possibility that the jury could use the content of the prior testimony to draw an inference of guilt, except to the limited extent that a finding that the accused has been untruthful under oath could be damaging to his defence. [Emphasis added; para. 54.]

The “no possibility” test significantly raises the bar set in *Kuldip*, yet one can readily see the need for such a stringent test on the facts of *Noël*, where the prior statements were made by a compelled witness who had invoked s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. However, the stringency of the “no possibility” test in *Noël* does not provide a satisfactory resolution in the case of a retrial of the accused who volunteers testimony at both trials and then seeks to shelter self-serving inconsistencies behind a *Charter* barrier. While the appellants argue (with some justification) that such an immunity flows from the *Mannion* line of cases, such a result is completely inconsistent with a purposive reading of s. 13. For these reasons, I believe *Mannion* should not be followed. Accused persons who testify at their first trial and then volunteer inconsistent testimony at the retrial on the same charge are in no need of protection “from being indirectly compelled to incriminate themselves” in any relevant sense of the word, and s. 13 protection should not be available to them.

fournissant ainsi sa contrepartie (comme dans *Noël*), la protection dont il bénéficierait ne serait pas différente de celle accordée à un accusé qui n’aurait pas fait l’objet d’une telle contrainte lors du procès antérieur (*Kuldip* et *Mannion*). En voulant appliquer la même règle constitutionnelle à ces situations très différentes, on aboutit à un résultat insatisfaisant dans les deux cas.

Dans *Noël*, la Cour a reconnu qu’il serait contraire à l’équité de confronter un accusé à son témoignage *forcé*, et elle a statué que le ministère public ne serait être autorisé à contre-interroger un accusé sur un témoignage antérieur que

lorsqu’il est impossible que le jury puisse utiliser le contenu du témoignage antérieur pour inférer la culpabilité de l’accusé, sauf dans la mesure où la constatation que l’accusé a menti sous serment pourrait nuire à sa défense. [Je souligne; par. 54.]

Le critère de l’« impossibilité » est nettement plus exigeant que celui énoncé dans *Kuldip*, mais la nécessité d’un critère aussi rigoureux est facile à constater si l’on se reporte à l’affaire *Noël*, où les déclarations antérieures avaient été faites par un témoin forcé qui avait invoqué le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Toutefois, la rigueur du critère de l’« impossibilité » énoncé dans *Noël* ne donne pas un résultat satisfaisant lorsqu’un accusé témoigne volontairement à ses deux procès et tente ensuite de protéger ses déclarations incompatibles intéressées en invoquant la *Charte*. Bien que les appelants avancent l’argument (justifié dans une certaine mesure) qu’une telle immunité découle des arrêts rendus dans la lignée de *Mannion*, ce résultat est totalement incompatible avec une interprétation téléologique de l’art. 13. J’estime, pour ces raisons, qu’il n’y a pas lieu de suivre l’arrêt *Mannion*. Les accusés qui, sans y être contraints, décident de témoigner à leur nouveau procès pour y faire des déclarations incompatibles avec celles qu’ils ont faites volontairement à leur premier procès relativement à la même accusation n’ont pas besoin d’être protégés « contre l’obligation indirecte de s’incriminer », quel que soit le sens attribué à ce mot, et ils ne devraient pas bénéficier de la protection de l’art. 13.

4. *Should the Court Reconsider Kuldip?*

Insofar as *Kuldip* permitted cross-examination of the accused on the inconsistent testimony he volunteered at his first trial, *Kuldip* should, of course, be affirmed. However, insofar as the Court felt compelled by *Mannion* to narrow the purpose of the cross-examination to the impeachment of credibility, and to deny the probative effect of the answers on the issue of guilt or innocence, it seems to me our decision today not to follow *Mannion* renders such restrictions no longer operative. If the contradiction reasonably gives rise to an inference of guilt, s. 13 of the *Charter* does not preclude the trier of fact from drawing the common sense inference.

5. *Should the Court Reconsider Noël?*

Noël is a classic example of prosecutorial abuse of the very “bargain” s. 13 was designed to enforce. Noël was not on trial at the time he gave the testimony subsequently relied upon by the Crown. He was a compellable witness who at common law could have refused to answer the Crown’s questions that tended to show his guilt. He was compelled by s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* to answer the incriminating questions, and in consequence he invoked the protection of s. 5(2). When s. 5(2) says “the answer so given shall not be used or admissible in evidence”, it means not to be used for *any* purpose, including the impeachment of credibility. We should affirm the correctness of the result in *Noël* on its facts.

I would go further. Even though s. 13 talks of precluding the use of prior evidence “to incriminate that witness”, and thus implicitly leaves the door open to its use for purposes other than incrimination such as impeachment of credibility (as *Kuldip* accepted), experience has demonstrated the difficulty in practice of working with that distinction. If, as *Noël* held, and as Arthur Martin J.A.

4. *La Cour devrait-elle reconsidérer l’arrêt Kuldip?*

L’arrêt *Kuldip* devrait bien sûr être confirmé, dans la mesure où il permet le contre-interrogatoire d’un accusé sur les déclarations incompatibles qu’il a faites volontairement à son premier procès. Toutefois, comme la Cour s’est sentie obligée, par l’arrêt *Mannion*, de limiter le but du contre-interrogatoire à une attaque de la crédibilité et de nier aux réponses tout effet probant relativement à la culpabilité ou à l’innocence, je crois que la présente décision de ne pas suivre l’arrêt *Mannion* a rendu ces restrictions inopérantes. Si les contradictions permettent raisonnablement d’inférer la culpabilité, l’art. 13 de la *Charte* n’empêche pas le juge des faits de tirer des conclusions fondées sur le bon sens.

5. *La Cour devrait-elle reconsidérer l’arrêt Noël?*

L’affaire *Noël* est l’exemple classique du non-respect par la poursuite du « marché » même auquel l’art. 13 vise à donner effet. M. Noël ne subissait pas son propre procès lorsqu’il a fait le témoignage que le ministère public a voulu utiliser par la suite. Il était un témoin contraignable qui, suivant la common law, aurait pu refuser de répondre aux questions de la poursuite qui tendaient à l’incriminer. Le paragraphe 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* l’obligeant à répondre aux questions incriminantes, il s’est prévalu de la protection prévue au par. 5(2). Le libellé du par. 5(2) selon lequel la réponse d’un témoin « ne peut être invoquée et n’est pas admissible en preuve » signifie qu’elle ne peut être invoquée à *quelque fin que ce soit*, même pas pour attaquer sa crédibilité. Nous devons confirmer la validité de l’arrêt *Noël*, compte tenu des faits en cause.

J’irais plus loin. Bien que l’art. 13 dispose que le témoignage antérieur d’une personne ne peut être « utilisé pour l’incriminer », et qu’il laisse ainsi implicitement subsister la possibilité de l’utiliser à une autre fin que pour l’incriminer, par exemple pour attaquer sa crédibilité (comme l’a reconnu l’arrêt *Kuldip*), l’expérience a démontré qu’il était difficile d’appliquer cette distinction en pratique.

48

49

50

observed in *Kuldip*, the distinction is unrealistic in the context of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, it must equally be unrealistic in the context of s. 13 of the *Charter*. Accordingly, by parity of reasoning, I conclude that the prior *compelled* evidence should, under s. 13 as under s. 5(2), be treated as inadmissible in evidence against the accused, even for the ostensible purpose of challenging his or her credibility, and be restricted (in the words of s. 13 itself) to “a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence”.

6. *Should the Court Reconsider Allen?*

51 *Allen* was a straightforward application of *Noël* to an accused who was confronted with prior compelled testimony given at the trial of somebody else. He had given his *quid pro quo*. The decision was correct.

7. *The Significance of Obiter Dicta in Noël*

52 The Attorney General of Ontario, in particular, argued more strenuously about some of the *obiter* commentary in *Noël* than about its actual result, such as Arbour J.’s suggestion that circumstances enabling a *Kuldip* type cross-examination might be “rare” (para. 60). The Attorney General worries that this sort of *obiter* will be seen as binding on trial courts. I do not think this “concern” is plausible. The comment was neither part of the legal analysis nor a direction to trial courts. It was simply an observation by an experienced judge. More significantly, the respondent and the intervening attorneys general contend that everything said in *Noël* about the application of s. 13 to an accused in a retrial on the same charge is *obiter*. While I agree that every judgment has to be read in light of the facts the Court was dealing with, and that *Noël* was emphatically not a case of a retrial of the same accused on the same indictment, nevertheless I believe the submissions of the attorneys general presuppose a strict and tidy demarcation between

Si, comme l’a statué l’arrêt *Noël* et l’a fait remarquer le juge Arthur Martin dans *Kuldip*, cette distinction est irréaliste dans le contexte du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, elle doit aussi l’être dans le contexte de l’art. 13 de la *Charte*. Par souci de cohérence, je conclus donc que le témoignage antérieur *forcé* doit être considéré, tant sous le régime de l’art. 13 de la *Charte* que sous celui du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, comme inadmissible en preuve contre l’accusé, même dans le but manifeste d’attaquer sa crédibilité, et que son utilisation doit se limiter, selon les termes mêmes de l’art. 13, aux « poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires ».

6. *La Cour devrait-elle reconsidérer l’arrêt Allen?*

L’affaire *Allen* est un cas d’application pure et simple de l’arrêt *Noël* à un accusé confronté à des déclarations antérieures qu’il avait faites à titre de témoin contraignable au procès d’un tiers. Il avait fourni sa contrepartie. Cette décision est correcte.

7. *La portée des remarques incidentes exprimées dans Noël*

Le procureur général de l’Ontario, en particulier, a fait valoir son point de vue sur certaines remarques incidentes exprimées dans *Noël* avec plus d’énergie que sur les principes effectivement établis par cette décision, notamment en ce qui concerne l’observation de la juge Arbour selon laquelle les circonstances où le contre-interrogatoire sera permis conformément à *Kuldip* seront « rares » (par. 60). Le procureur général craint que les tribunaux de première instance se sentent liés par ce genre de remarques. Cette « crainte » n’est pas plausible selon moi. Ce commentaire ne faisait nullement partie de l’analyse juridique et ne constituait aucunement une directive à l’intention des tribunaux de première instance. Il s’agissait simplement d’une observation émanant d’un juge expérimentée. Ce qui est plus important, l’intimée et les procureurs généraux intervenants soutiennent que tout ce qui est dit dans *Noël* au sujet de l’application de l’art. 13 au nouveau procès d’un accusé pour la même accusation n’a que valeur

the narrow *ratio decidendi* of a case, which is binding, and *obiter*, which they say may safely be ignored. I believe that this supposed dichotomy is an oversimplification of how the common law develops.

The traditional view expressed by the Earl of Halsbury L.C. was that “a case is only an authority for what it actually decides”, and that

every judgment must be read as applicable to the particular facts proved, or assumed to be proved, since the generality of the expressions which may be found there are not intended to be expositions of the whole law, but governed and qualified by the particular facts of the case in which such expressions are to be found.

(*Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495 (H.L.), at p. 506)

The caution was important at the time, of course, because the House of Lords did not then claim the authority to review and overrule its own precedents. This is no longer the case. Even in the time of the Earl of Halsbury L.C., however, the challenge was to know how broadly or how narrowly to draw “what it actually decides” (p. 506). In Canada in the 1970s, the challenge became more acute when this Court’s mandate became oriented less to error correction and more to development of the jurisprudence (or, as it is put in s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, to deal with questions of “public importance”). The amendments to the *Supreme Court Act* had two effects relevant to this question. Firstly, the Court took fewer appeals, thus accepting fewer opportunities to discuss a particular area of the law, and some judges felt that “we should make the most of the opportunity by adopting a more expansive approach to our

de remarque incidente. Bien que je convienne qu’il faille interpréter chaque décision en fonction des faits en cause et que l’affaire *Noël* ne mettait absolument pas en cause le nouveau procès d’un accusé pour la même accusation, je suis d’avis que l’affirmation des procureurs généraux présuppose qu’il existe une ligne de démarcation très nette entre la *ratio decidendi* bien circonscrite d’une affaire, qui a force contraignante, et les remarques incidentes, dont on peut, selon eux, faire abstraction sans danger. À mon avis, cette prétendue dichotomie procède d’une simplification à outrance du mode évolutif de la common law.

Selon l’opinion classique exprimée par le comte Halsbury, lord chancelier, [TRADUCTION] « une décision ne fait autorité qu’à l’égard des questions qu’elle tranche effectivement », et

[TRADUCTION] chaque jugement doit être interprété tel qu’il s’applique aux faits particuliers qui ont été établis, ou que l’on présume avoir été établis, car la plupart des énoncés qui y figurent ne se veulent pas des exposés de l’ensemble du droit, mais sont régis et nuancés par les faits particuliers de l’affaire dans laquelle ils se trouvent.

(*Quinn c. Leathem*, [1901] A.C. 495 (H.L.), p. 506)

Naturellement, cette mise en garde était importante à l’époque, parce que la Chambre des Lords ne se prétendait pas alors autorisée à réviser et à écarter ses propres décisions. Ce n’est plus le cas aujourd’hui. Toutefois, même à l’époque du comte Halsbury, la difficulté consistait à ne pas circonscire trop largement ni trop étroitement les [TRADUCTION] « questions [que la décision] tranche effectivement » (p. 506). Dans les années 1970, au Canada, cette difficulté s’est accrue avec la réorientation de la mission de notre Cour, qui consiste désormais moins à corriger les erreurs et davantage à développer la jurisprudence (ou à analyser des questions ayant de « l’importance [. . .] pour le public », aux termes du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26). Les modifications apportées à la *Loi sur la Cour suprême* ont eu deux effets pertinents pour la question qui nous occupe. Premièrement, la Cour a autorisé moins

decision-making role”: B. Wilson, “Decision-making in the Supreme Court” (1986), 36 *U.T.L.J.* 227, at p. 234. Secondly, and more importantly, much of the Court’s work (particularly under the *Charter*) required the development of a general analytical framework which necessarily went beyond what was essential for the disposition of the particular case. In those circumstances, the Court nevertheless intended that effect be given to the broader analysis. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, for example, Dickson C.J. laid out a broad purposive analysis of s. 1 of the *Charter*, but the dispositive point was his conclusion that there was no rational connection between the basic fact of possession of narcotics and the legislated presumption that the possession was for the purpose of trafficking. Yet the entire approach to s. 1 was intended to be, and has been regarded as, binding on other Canadian courts. It would be a foolhardy advocate who dismissed Dickson C.J.’s classic formulation of proportionality in *Oakes* as mere *obiter*. Thus if we were to ask “what *Oakes* actually decides”, we would likely offer a more expansive definition in the post-*Charter* period than the Earl of Halsbury L.C. would have recognized a century ago.

de pourvois, se donnant ainsi moins de possibilités d’examiner un point de droit particulier, et certains juges ont estimé qu’il fallait [TRADUCTION] « tirer le plus grand parti possible de l’occasion offerte, en abordant notre fonction décisionnelle dans une perspective plus large » : B. Wilson, « Decision-making in the Supreme Court » (1986), 36 *U.T.L.J.* 227, p. 234. Deuxièmement, et ce qui est plus important, la Cour a dû, dans bon nombre de dossiers (en particulier, ceux concernant la *Charte*), élaborer un cadre général d’analyse qui débordait nécessairement le strict minimum requis pour trancher le pourvoi. En pareil cas, la Cour voulait néanmoins conférer une certaine force contraignante à ce cadre général. Ainsi, le juge en chef Dickson, dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, a établi une méthode d’analyse téléologique générale pour l’application de l’article premier de la *Charte*, alors que le dispositif proprement dit de cet arrêt statuait qu’il n’existait aucun lien rationnel entre le simple fait d’avoir des stupéfiants en sa possession et la présomption légale que cette possession avait pour but d’en faire le trafic. Cependant, l’ensemble de la démarche décrite pour l’application de l’article premier était censée lier les autres tribunaux canadiens, et a effectivement été perçue ainsi. Il faudrait être bien téméraire aujourd’hui pour prétendre que l’énoncé classique du juge en chef Dickson sur la proportionnalité, dans l’arrêt *Oakes*, n’est qu’une remarque incidente. C’est pourquoi si l’on se demande quelles « questions l’arrêt *Oakes* tranche effectivement », on arrivera probablement à une définition plus large depuis l’entrée en vigueur de la *Charte* que celle que le comte Halsbury aurait formulée un siècle auparavant.

54

From time to time there have been statements of some members of this Court that have been taken to suggest that other courts are bound by this Court’s considered ruling on a point of law, even a point not strictly necessary to the conclusion. Most famously, in *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527, at p. 529, Chouinard J. resolved an issue respecting jury instructions by reference to an earlier decision of this Court and said:

Certaines observations faites par des juges de notre Cour ont été interprétées, à l’occasion, comme signifiant que les autres tribunaux sont liés par l’opinion que la Cour exprime sur un point de droit après l’avoir examiné attentivement, même lorsqu’il n’était pas nécessaire qu’elle l’examine pour rendre jugement. Citons en exemple l’arrêt *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527, l’un des cas les plus notoires, où le juge Chouinard tranche une question concernant les directives au jury en se reportant à un arrêt antérieur de la Cour et dit, à la p. 529 :

... this is the interpretation that must prevail.

As it does from time to time, the Court has thus ruled on the point, although it was not absolutely necessary to do so in order to dispose of the appeal.

This statement was perfectly understandable in context. So far as Chouinard J. was concerned, the Court of which he was a member had ruled on the point, and he proposed to be consistent and follow it. However, the “*Sellars* principle”, as it came to be known, was thought by some observers to stand for the proposition that whatever was said in a majority judgment of the Supreme Court of Canada was binding, no matter how incidental to the main point of the case or how far it was removed from the dispositive facts and principles of law; for varying views see, e.g., *Re Haldimand-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses’ Association* (1981), 120 D.L.R. (3d) 101 (Ont. C.A.); *R. v. Sansregret*, [1984] 1 W.W.R. 720 (Man. C.A.); *R. v. Barrow* (1984), 65 N.S.R. (2d) 1 (S.C.); *Clark v. Canadian National Railway Co.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 58 (N.B.C.A.); *Scarff v. Wilson* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290 (C.A.); *Moses v. Shore Board Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654 (B.C.C.A.); *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 712 (C.A.); *Cardella v. Minister of National Revenue* (2001), 268 N.R. 168, 2001 FCA 39. Other cases are more critical: *R. v. Chartrand* (1992), 74 C.C.C. (3d) 409 (Man. C.A.); *R. v. Hynes* (1999), 26 C.R. (5th) 1 (Nfld. C.A.); *R. v. Vu* (2004), 184 C.C.C. (3d) 545, 2004 BCCA 230; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God’s Lake First Nation* (2005), 251 D.L.R. (4th) 93, 2005 MBCA 22.

Some of these comments simply reflect the practical consideration that disregarding the majority view of this Court on a point of law, even if it was not strictly necessary for the disposition of the case in which it was expressed, may just precipitate a successful appeal. Other comments suggested that the “*Sellars* principle” had ripened into a new doctrine of law. This extension was challenged in “*Ratio Decidendi and Obiter Dicta*” (1993), 51 *Advocate (B.C.)* 689, by the Honourable Douglas Lambert, writing extra-judicially, who canvassed the case law and concluded that at least

... telle est l’interprétation qui prévaut.

La Cour, comme elle le fait à l’occasion, s’est ainsi prononcée sur la question, même s’il n’était pas indispensable de le faire pour disposer du pourvoi.

Cet énoncé était bien compréhensible dans son contexte. Pour le juge Chouinard, l’instance décisionnelle dont il faisait partie avait statué sur la question, et il entendait faire preuve de cohérence et appliquer la règle. Toutefois, certains observateurs ont considéré que le « principe *Sellars* », comme on a fini par l’appeler, voulait que chaque observation figurant dans les motifs des juges majoritaires, si accessoire soit-elle par rapport à la question principale et si éloignée soit-elle des faits et principes de droit déterminants, avait force contraignante; pour différents points de vue, voir, p. ex., *Re Haldimand-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses’ Association* (1981), 120 D.L.R. (3d) 101 (C.A. Ont.); *R. c. Sansregret*, [1984] 1 W.W.R. 720 (C.A. Man.); *R. c. Barrow* (1984), 65 N.S.R. (2d) 1 (C.S.); *Clark c. Canadian National Railway Co.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 58 (C.A.N.-B.); *Scarff c. Wilson* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290 (C.A.); *Moses c. Shore Board Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654 (C.A.C.-B.); *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 712 (C.A.); *Cardella c. Canada*, [2001] A.C.F. n° 322 (QL), 2001 CAF 39. D’autres décisions sont plus critiques : *R. c. Chartrand* (1992), 74 C.C.C. (3d) 409 (C.A. Man.); *R. c. Hynes* (1999), 26 C.R. (5th) 1 (C.A.T.-N.); *R. c. Vu* (2004), 184 C.C.C. (3d) 545, 2004 BCCA 230; *McDiarmid Lumber Ltd. c. God’s Lake First Nation* (2005), 251 D.L.R. (4th) 93, 2005 MBCA 22.

Certains de ces commentaires expriment simplement le point de vue pragmatique voulant que faire abstraction d’une opinion majoritaire de la Cour sur un point de droit, même non essentiel à l’arrêt, risque de se traduire par une infirmation en appel. D’autres laissent entendre que le « principe *Sellars* » a accédé au rang de nouvelle règle de droit, ce que nie le juge Douglas Lambert dans l’article « *Ratio Decidendi and Obiter Dicta* » (1993), 51 *Advocate (B.C.)* 689. Il y passe en revue la jurisprudence et conclut que la confusion est attribuable en partie, du moins, à une erreur dans la traduction

some of the confusion was due to an error translating Chouinard J.'s opinion from French to English as well as by an overstatement by the writer of the English headnote in *Sellars* itself. More recently, Professor M. Devinat, in "L'Autorité des obiter dicta de la Cour suprême" (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 1, suggested that some courts were only too willing to broaden the scope of the "*Sellars* principle" to lighten their own workload by minimizing what remained for them to decide. If Professor Devinat is correct, the effect would be to deprive the legal system of much creative thought on the part of counsel and judges in other courts in continuing to examine the operation of legal principles in different and perhaps novel contexts, and to inhibit or skew the growth of the common law. This would be a consequence totally unforeseen and unintended by the Court that decided *Sellars*. Thus the notion of "binding effect" as a matter of law was disavowed by this Court in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 168, for example, where Lamer C.J., writing for six members of the seven-judge panel said that "the remarks of Le Dain J. [writing for the Court in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673] were strictly *obiter dicta*, and do not bind the courts below".

de l'opinion du juge Chouinard du français à l'anglais et à une exagération de la part de l'auteur de la version anglaise du sommaire de l'arrêt *Sellars* lui-même. Plus récemment, dans « L'Autorité des obiter dicta de la Cour suprême » (1998), 77 *R. du B. can.* 1, le professeur M. Devinat a exprimé l'avis que certains tribunaux n'étaient que trop heureux d'élargir la portée du « principe *Sellars* » pour alléger leur charge de travail en minimisant ce qu'il leur restait à décider. Si le professeur Devinat a raison, ce phénomène aurait pour effet de priver le système de justice d'un important apport créateur de la part des avocats et des juges d'autres tribunaux constamment appelés à examiner l'application des principes juridiques dans des contextes différents et peut-être inédits, et de freiner ou de fausser l'évolution de la common law. Or, les juges qui ont rendu l'arrêt *Sellars* n'ont absolument pas voulu ni prévu cette conséquence. Par conséquent, notre Cour a rejeté la notion d'effet juridiquement contraignant, par exemple, dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, où le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom de six des sept juges de la formation, a écrit au par. 168 : « les remarques du juge Le Dain [qui a rédigé le jugement de la Cour dans *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673] étaient strictement une opinion incidente, qui ne lie pas les juridictions inférieures ».

57

The issue in each case, to return to the Halsbury question, is what did the case decide? Beyond the *ratio decidendi* which, as the Earl of Halsbury L.C. pointed out, is generally rooted in the facts, the legal point decided by this Court may be as narrow as the jury instruction at issue in *Sellars* or as broad as the *Oakes* test. All *obiter* do not have, and are not intended to have, the same weight. The weight decreases as one moves from the dispositive *ratio decidendi* to a wider circle of analysis which is obviously intended for guidance and which should be accepted as authoritative. Beyond that, there will be commentary, examples or exposition that are intended to be helpful and may be found to be persuasive, but are certainly not "binding" in the sense the *Sellars* principle in its most exaggerated form would have it. The objective of the exercise is to promote certainty in the law, not to stifle its

Pour reprendre la formulation du comte Halsbury, il faut se demander chaque fois quelles questions ont été effectivement tranchées. Au-delà de la *ratio decidendi* qui est généralement ancrée dans les faits, comme l'a signalé le comte Halsbury, le point de droit tranché par la Cour peut être aussi étroit que la directive au jury en cause dans *Sellars* ou aussi large que le test établi par l'arrêt *Oakes*. Les remarques incidentes n'ont pas et ne sont pas censées avoir toutes la même importance. Leur poids diminue lorsqu'elles s'éloignent de la stricte *ratio decidendi* pour s'inscrire dans un cadre d'analyse plus large dont le but est manifestement de fournir des balises et qui devrait être accepté comme faisant autorité. Au-delà, il s'agira de commentaires, d'exemples ou d'exposés qui se veulent utiles et peuvent être jugés convaincants, mais qui ne sont certainement pas « contraignants » comme le

growth and creativity. The notion that each phrase in a judgment of this Court should be treated as if enacted in a statute is not supported by the cases and is inconsistent with the basic fundamental principle that the common law develops by experience.

These propositions may be illustrated by *Noël* itself. At paragraph 36 and following, Arbour J. summarizes aspects of the jurisprudence under s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, including points not necessary to the *Noël* judgment itself. The discussion, while *obiter*, is (as the saying goes) learned *obiter*, and would quite properly be regarded in future cases as an authoritative summary. On the other hand, the “rare circumstances” comment that bothered the Attorney General of Ontario was not part of the analysis, and should not be taken as imposing a rule or norm or even a statistical hurdle limiting other courts.

It is neither desirable nor practical to go through *Dubois*, *Mannion*, *Kuldip* and *Noël* to identify which of the *obiter* statements urged upon us by counsel at the hearing of this appeal should be regarded as authoritative. The present reasons endeavour to re-establish the core concept stated in *Dubois* that “the purpose of s. 13, when the section is viewed in the context of s. 11(c) and (d), is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves” (p. 358). To the extent statements in the other cases are inconsistent with the rationale of compulsion (the “*quid pro quo*”), they should no longer be regarded as authoritative.

IV. Conclusion

The result of a purposeful interpretation of s. 13 is that an accused will lose the *Mannion* advantage in relation to prior *volunteered* testimony but his or

voudrait le principe *Sellars* dans son expression la plus extrême. L'objectif est de contribuer à la certitude du droit, non de freiner son évolution et sa créativité. La thèse voulant que chaque énoncé d'un jugement de la Cour soit traité comme s'il s'agissait d'un texte de loi n'est pas étayée par la jurisprudence et va à l'encontre du principe fondamental de l'évolution de la common law au gré des situations qui surviennent.

L'arrêt *Noël* lui-même peut servir d'illustration à cet égard. Aux paragraphes 36 et suiv., la juge Arbour résume certains points de la jurisprudence relative au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, dont des points non essentiels pour la décision à rendre dans *Noël*. Cet examen, même s'il s'agit d'une remarque incidente, est ce qu'on peut appeler une analyse savante, et il pourrait fort bien être considéré dans des dossiers ultérieurs comme un résumé qui fait autorité. Par contre, la remarque quant aux « rares circonstances » qui inquiétait le procureur général de l'Ontario ne faisait pas partie de l'analyse et ne doit pas être perçue comme imposant une règle, une norme ou même un obstacle statistique qui limite la marge de manœuvre des autres tribunaux.

Il ne serait ni utile ni souhaitable de passer au crible les arrêts *Dubois*, *Mannion*, *Kuldip* et *Noël* pour déterminer, parmi les remarques incidentes invoquées par les avocats à l'audition du pourvoi, celles qui devraient être considérées comme faisant autorité. Les présents motifs veulent rétablir le concept fondamental formulé dans *Dubois*, selon lequel « l'objet de l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11(c) et (d), est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer » (p. 358). Dans la mesure où les énoncés figurant dans les autres arrêts sont incompatibles avec la justification de la contrainte (la contrepartie), ils ne devraient plus être considérés comme faisant autorité.

IV. Conclusion

Selon une interprétation téléologique de l'art. 13, l'accusé perdra l'avantage que lui conférait l'arrêt *Mannion* relativement à son témoignage antérieur

58

59

60

her protection against the use of prior *compelled* testimony will be strengthened. The two different situations will be treated differently instead of homogenized, and the unpredictability inherent in sorting out attacks on credibility from attempts at incrimination will be avoided.

61

For the foregoing reasons, I conclude that the s. 13 *Charter* rights of the appellants (who were volunteers at both trials) were not violated by the Crown's cross-examination. Their appeals must therefore be dismissed.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant Henry: J. M. Brian Coleman and Lisa Sturgess, Vancouver.

Solicitor for the appellant Riley: Gil D. McKinnon, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

volontaire, mais sa protection contre l'utilisation de ses témoignages antérieurs *forcés* sera renforcée. Ces deux situations différentes ne seront pas assimilées, mais traitées différemment, et l'imprévisibilité inhérente à la distinction entre attaquer la crédibilité de quelqu'un et tenter de l'incriminer sera éliminée.

Pour ces motifs, je conclus que le contre-interrogatoire mené par le ministère public n'a pas porté atteinte aux droits que l'art. 13 de la *Charte* garantit aux appelants — qui ont témoigné volontairement à leurs deux procès. Je suis donc d'avis que leurs pourvois doivent être rejetés.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appelant Henry : J. M. Brian Coleman et Lisa Sturgess, Vancouver.

Procureur de l'appelant Riley : Gil D. McKinnon, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Her Majesty the Queen v. Prokofiew

[Indexed as: R. v. Prokofiew]

100 O.R. (3d) 401

2010 ONCA 423

Court of Appeal for Ontario,
Doherty, Feldman, MacPherson, Blair and Juriansz
JJ.A.
June 10, 2010

Charter of Rights and Freedoms -- Trial within reasonable time -- Sixty-three month delay between arrest and trial not violating s. 11(b) of Charter -- Trial last to proceed of three related complex fraud prosecutions -- Accused charged in two of cases and agreeing to order in which cases proceeded -- No basis existing to criticize Crown for order in which it chose to prosecute cases or for manner in which individual charges made their way through process -- Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

Criminal law -- Charge to jury -- Accused's failure to testify -- Counsel for co-accused commenting on accused's failure to testify at trial -- Trial judge mistakenly believing that s. 4(6) of Canada Evidence Act prohibited him from instructing jury that it could not use accused's silence at trial against him -- Accused's appeal from conviction dismissed -- Jury would have understood from entirety of instructions that accused's silence at trial could not be used to infer his guilt -- Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 4(6).

Criminal law -- Sentence -- Fraud -- Accused convicted of

conspiracy to defraud Government of Canada and defrauding Government of Canada of over \$3 million -- Accused prime mover in scheme -- Sentence of three years' imprisonment affirmed on appeal.

Courts -- Stare decisis -- Statements in two Supreme Court of Canada cases that s. 4(6) of Canada Evidence Act prohibits trial judge from instructing jury that it cannot use accused's silence at trial against him being in direct conflict with ratio decidendi of earlier Supreme Court of Canada cases -- Later Supreme Court of Canada not having questioned correctness of those earlier cases -- Statements in later decisions peripheral to reasoning in two cases in question and non-binding obiter dicta -- Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 4(6).

The accused and a co-accused were charged with conspiracy to defraud the Government of Canada and defrauding the Government of Canada of over \$3 million. The accused was charged in two of three related prosecutions for fraud. It was agreed that the charges could not be tried together and the accused consented to the order in which the cases were tried. Sixty-three months elapsed between charges being laid in and the start of this, the third in the series of three trials. The accused moved for a stay of proceedings, arguing that his s. 11(b) right under the Canadian Charter of Rights and Freedoms to a trial within a reasonable time had been violated. The judge dismissed the application. The co-accused testified at trial; the accused did not. In his closing address to the jury, counsel for the co-accused commented on the accused's failure to testify. The trial judge believed that s. 4(6) of the Canada Evidence Act precluded him from telling the jury that it could not use the accused's silence at trial against him. He made no specific reference to the accused's failure to testify in his instructions. The accused was convicted and sentenced to three years' imprisonment. He appealed the conviction and the sentence. [page402]

Held, the appeal should be dismissed.

The delay of 63 months between the accused's arrest and the

trial did not violate s. 11(b) of the Charter. The trial was the last to proceed of three complicated and interrelated fraud trials. In the second trial, in which the accused was also charged, his counsel was unavailable for earlier dates that were offered. There was no basis to criticize the Crown for the order in which it chose to prosecute the cases or for the manner in which the individual charges made their way through the process. The accused was offered trial dates in this case within four months of the second trial ending.

Section 4(6) of the Canada Evidence Act does not prohibit a trial judge from instructing the jury that it cannot use the accused's silence at trial as evidence of guilt. Statements to the contrary in the Supreme Court of Canada's decisions in *R. v. Crawford* and *R. v. Noble* are non-binding obiter dicta. Stare decisis demands compliance not only with the ratio decidendi, but also with some of the obiter from the Supreme Court of Canada. However, some obiter dicta are non-binding. There are three reasons for characterizing the obiter statements in *Noble* and *Crawford* as non-binding. First, there is a clear conflict between the obiter dicta in *Crawford* and *Noble* and the ratio decidendi of prior Supreme Court of Canada decisions, the correctness of which has not been questioned by that court. Second, the obiter dicta in *Crawford* and *Noble*[cf

1] play a peripheral role in the reasoning in those cases. Third, the interpretation of s. 4(6) in the earlier Supreme Court of Canada cases promotes the effective exercise of the constitutional rights to silence and the presumption of innocence as recognized in *Noble*.

Despite the trial judge's error, the jury would have understood from the entirety of the instructions that the Crown could prove the accused's guilt based only on the evidence, and that the accused's silence at trial -- or any other non-evidentiary matter -- could not be used to infer his guilt.

The accused was the prime mover in a massive fraud against the Government of Canada which caused actual losses to Canada exceeding \$3 million. Tax frauds on the public purse undermine the fiscal viability of a country and must be treated as

serious crimes meriting denunciatory sentences. Three years was well within the appropriate range for this kind of offence even if one were to consider the accused a first offender.

Cases referred to

R. v. Avon, [1971] S.C.R. 650, [1971] S.C.J. No. 60, 21 D.L.R. (3d) 442, 4 C.C.C. (2d) 357; R. v. Henry, [2005] 3 S.C.R. 609, [2005] S.C.J. No. 76, 2005 SCC 76, 260 D.L.R. (4th) 411, 342 N.R. 259, [2006] 4 W.W.R. 605, J.E. 2006-62, 376 A.R. 1, 219 B.C.A.C. 1, 49 B.C.L.R. (4th) 1, 202 C.C.C. (3d) 449, 33 C.R. (6th) 215, 136 C.R.R. (2d) 121, 67 W.C.B. (2d) 809, EYB 2005-98899; R. v. McConnell, [1968] S.C.R. 802, [1968] S.C.J. No. 61, 69 D.L.R. (2d) 149, [1968] 4 C.C.C. 257, 4 C.R.N.S. 269, folld

R. v. Crawford (1995), 22 O.R. (3d) 288, [1995] 1 S.C.R. 858, [1995] S.C.J. No. 30, 179 N.R. 161, J.E. 95-708, 81 O.A.C. 359, 96 C.C.C. (3d) 481, 37 C.R. (4th) 197, 27 C.R.R. (2d) 1, 26 W.C.B. (2d) 555; R. v. Noble, [1997] 1 S.C.R. 874, [1997] S.C.J. No. 40, 146 D.L.R. (4th) 385, 210 N.R. 321, [1997] 6 W.W.R. 1, 89 B.C.A.C. 1, 114 C.C.C. (3d) 385, 6 C.R. (5th) 1, 43 C.R.R. (2d) 233, 34 W.C.B. (2d) 192, consd

Other cases referred to

R. v. Assoun, [2006] N.S.J. No. 154, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96, 207 C.C.C. (3d) 372, 70 W.C.B. (2d) 369; R. v. Baldwin, [2004] O.J. No. 5143, 193 O.A.C. 55, 192 C.C.C. (3d) 165, 66 W.C.B. (2d) 388 (C.A.); [page403] R. v. Biladeau (2008), 93 O.R. (3d) 365, [2008] O.J. No. 4974, 2008 ONCA 833, 241 C.C.C. (3d) 374, 63 C.R. (6th) 187, 244 O.A.C. 66; R. v. Boss, [1988] O.J. No. 2016, 30 O.A.C. 184, 46 C.C.C. (3d) 523, 68 C.R. (3d) 123, 42 C.R.R. 166, 7 W.C.B. (2d) 88 (C.A.); R. v. Bush, [2001] B.C.J. No. 2020, 2001 BCCA 447, 158 B.C.A.C. 55, 159 C.C.C. (3d) 161, 51 W.C.B. (2d) 311; R. v. C. (R.C.), [1996] N.S.J. No. 198, 151 N.S.R. (2d) 34, 107 C.C.C. (3d) 362, 31 W.C.B. (2d) 141 (C.A.); R. v. Diu (2000), 49 O.R. (3d) 40, [2000] O.J. No. 1770, 133 O.A.C. 201, 144 C.C.C. (3d) 481, 33 C.R. (5th) 203, 46 W.C.B. (2d) 301 (C.A.); R. v. Knox (2006), 80 O.R. (3d) 515, [2006] O.J. No. 1976, 211 O.A.C. 164, 209 C.C.C. (3d) 76, 142 C.R.R. (2d) 99, 31 M.V.R. (5th) 60, 69 W.C.B. (2d) 519 (C.A.); R. v. Miller, [1998] O.J. No.

5356, 116 O.A.C. 331, 131 C.C.C. (3d) 141, 21 C.R. (5th) 178, 40 W.C.B. (2d) 399 (C.A.); *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122, [1993] S.C.J. No. 92, 105 D.L.R. (4th) 712, 157 N.R. 161, J.E. 93-1580, 65 O.A.C. 161, 83 C.C.C. (3d) 526, 23 C.R. (4th) 335, 17 C.R.R. (2d) 58, 20 W.C.B. (2d) 440, revg on other grounds (1991), 3 O.R. (3d) 385, [1991] O.J. No. 789, 46 O.A.C. 81, 65 C.C.C. (3d) 272, 13 W.C.B. (2d) 112 (C.A.); *R. v. Oliver*, [2005] O.J. No. 596, 194 O.A.C. 284, 194 C.C.C. (3d) 92, 28 C.R. (6th) 298, 127 C.R.R. (2d) 215, 63 W.C.B. (2d) 511 (C.A.); *R. v. Pollock*, [2004] O.J. No. 2652, 188 O.A.C. 37, 187 C.C.C. (3d) 213, 23 C.R. (6th) 98 (C.A.); *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, [1989] S.C.J. No. 24, 93 N.R. 42, J.E. 89-521, 21 Q.A.C. 258, 47 C.C.C. (3d) 289, 68 C.R. (3d) 193, 42 C.R.R. 44, 7 W.C.B. (2d) 41; *R. v. Vzeau*, [1977] 2 S.C.R. 277, [1976] S.C.J. No. 71, 66 D.L.R. (3d) 418, 8 N.R. 235, 28 C.C.C. (2d) 81, 34 C.R.N.S. 309

Statutes referred to

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b)

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 4(6)

Authorities referred to

Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence (Toronto: Carswell, 1982)

Stewart, Hamish, "Nothing Can Come of Nothing: Three Implications of Noble" (1999), 42 Crim. L.Q. 286

APPEAL from the conviction entered by Corbett J. of the Superior Court of Justice, sitting with a jury, on January 8, 2005 and from sentence, [2005] O.J. No. 1824, [2005] G.S.T.C. 135 (S.C.J.).

Russell Silverstein and Ingrid Grant, for appellant.

Ivan S. Bloom, Q.C., Lisa Csele and Ghazala Zaman, for respondent.

The judgment of the court was delivered by

DOHERTY J.A.: --

Overview

[1] Section 4(6) of the Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5 prohibits a trial judge or Crown counsel from commenting [page404] on an accused's failure to testify. The interpretation of that provision gives rise to three questions on this appeal:

- Does s. 4(6) prohibit a trial judge from instructing a jury that it cannot use an accused's silence at trial as evidence of guilt?
- If s. 4(6) does preclude that instruction, is the section unconstitutional and of no force and effect?
- If s. 4(6) does not preclude that instruction, did the trial judge's failure to give that instruction in this case constitute reversible error?

[2] The trial judge, relying on *R. v. Crawford* (1995), 22 O.R. (3d) 288, [1995] 1 S.C.R. 858, [1995] S.C.J. No. 30 and *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874, [1997] S.C.J. No. 40, concluded that s. 4(6) prohibited him from telling the jury that it could not use the accused's silence at trial as evidence against him. The trial judge made it clear that, but for his understanding of the prohibition in s. 4(6), he would have given that instruction to counteract certain comments made by counsel for the co-accused in his closing address. The jury convicted the appellant and his co-accused. The co-accused has not appealed.

[3] Counsel for the appellant and Crown counsel agree that the comments in *Crawford* and *Noble* relied on by the trial judge are obiter dicta and not binding on this court. Counsel further agree that s. 4(6), properly interpreted, and as interpreted by the Supreme Court of Canada in at least three decisions prior to *Crawford* and *Noble*, does not preclude a trial judge from telling a jury that it cannot use an accused's silence at trial against him. The appellant goes on to argue that the trial judge's failure to give that instruction constitutes reversible error. In making this submission, counsel places heavy reliance on the trial judge's statement that, had he thought that s. 4(6) permitted the instruction, he would have told the jury that it could not use the appellant's silence at trial as

evidence of guilt. The Crown submits that, while the trial judge could have given the instruction sought by the appellant, the absence of that instruction, when considered in light of the entire charge to the jury, did not compromise the verdict.

[4] In the alternative, the appellant argues that s. 4(6) is unconstitutional if the statements in Crawford and Noble are binding and the trial judge correctly held that he could not tell the jury that it could not use the accused's silence against him. This court has previously held that s. 4(6) is constitutional: R. v. Boss, [1988] O.J. No. 2016, 46 C.C.C. (3d) 523 (C.A.). As [page405] the constitutional argument could be accepted only if Boss is overruled, a five-judge panel heard this appeal.

[5] In addition to the issues surrounding s. 4(6) of the Canada Evidence Act, the appellant raises two further grounds on his appeal from conviction. He also appeals against sentence. Finally, the appellant raises issues arising out of delays in the perfection of the appeal which, the appellant contends, are attributable to the Crown and have caused prejudice to the appellant. The delays are relevant only to remedy, should this court decide that the appeal should succeed and the convictions should be quashed.

[6] I would dismiss the conviction appeal. I agree with counsel for the appellant and Crown counsel that s. 4(6) does not prohibit an instruction to the jury that an accused's failure to testify cannot be used against that accused. So interpreted, s. 4(6) is constitutional. I agree with the Crown that the trial judge's instructions to the jury, considered as a whole, were adequate despite the absence of any specific reference to the appellant's right not to testify. There is no merit to the other grounds raised on the conviction appeal, and I will address them only very briefly at the end of these reasons.

[7] I would also dismiss the sentence appeal. The three-year sentence imposed was fit given the nature of the fraud and the appellant's central role in its commission.

[8] The appellant and his co-accused, Peter Solty, were charged with one count of conspiracy to defraud the Government of Canada and one count of defrauding the Government of Canada of about \$3.25 million. The Crown alleged that both accused participated in a fraudulent scheme involving the fictitious sale of heavy equipment to generate Harmonized Sales Tax ("HST") that was then not remitted to the federal government as required. The fraudulent nature of the scheme was never challenged. The involvement of the appellant and Mr. Solty in the scheme was also conceded. The question for the jury was whether either or both accused were aware of the fraudulent nature of the scheme.

[9] It is unnecessary to summarize the evidence or describe the scheme in any detail. There was direct evidence from Andrew Tulloch, a participant in the scheme, detailing the appellant's role as the principal architect of the scheme. There was also a great deal of documentary evidence implicating the appellant. [page406]

[10] The co-accused, Mr. Solty, testified. It was his contention that he was duped into participating in the fraudulent scheme by the appellant. He insisted that he was unaware of the fraudulent nature of the scheme devised and orchestrated by the appellant. Counsel for the appellant challenged Mr. Solty's credibility. He sought to demonstrate that Mr. Solty had a strong animus toward the appellant, in part because Mr. Solty's wife had left Mr. Solty and was living with the appellant.

[11] In his address to the jury, counsel for Mr. Solty drew the jury's attention to the fact that his client had testified and the appellant had not. Counsel put it this way:

It's clear that Mr. Solty never ran and ever tried to hide from his involvement in this case . . . And when it came to his turn to tell his side of the story, he did not, like Ewaryst Prokofiew, shirk from that challenge. And why did he do all this? Especially when there was absent no obligation

[sic] for him to do anything? Because, I suggest, he had nothing to hide. Because he's innocent. Innocent people don't make themselves scarce when the troubles begin.

.

Lastly, Peter Solty took the stand and told his story, warts and all. Ewaryst Prokofiew did not. Mr. Solty accused him of massive monetary fraud, and backed up that accusation with the hand-written invoices and other documentation that he provided to the police. What was Mr. Prokofiew's response? Ask yourself why Ewaryst Prokofiew did not testify. Did he have something to hide or did he simply have no response that could help him since there is no point in trying to contradict the truth?

[12] Counsel for Mr. Solty was entitled to comment on the appellant's failure to testify. [See Note 1 below] Section 4(6) has no application to counsel for a co-accused: Crawford, at para. 24; R. v. Naglik (1991), 3 O.R. (3d) 385, [1991] O.J. No. 789, 65 C.C.C. (3d) 272 (C.A.), at pp. 281-85 C.C.C., revd on other grounds [1993] 3 S.C.R. 122, [1993] S.C.J. No. 92; R. v. Oliver, [2005] O.J. No. 596, 194 C.C.C. (3d) 92 (C.A.), at para. 65; R. v. Pollock, [2004] O.J. No. 2652, 187 C.C.C. (3d) 213 (C.A.), at para. 149.

[13] The trial judge was concerned that the comments made by counsel for Mr. Solty could undermine the appellant's right to [page407] a fair trial by encouraging the jury to infer the appellant's guilt from his failure to testify. The trial judge proposed to make it clear to the jury that the appellant's silence at trial could not be used in that way. However, after hearing submissions from counsel and reviewing Crawford and Noble, the trial judge concluded that s. 4(6) precluded him from telling the jury that it could not use the appellant's silence at trial as evidence against him. The trial judge made no specific reference to the appellant's failure to testify in his instructions.

III

The Interpretation of Section 4(6) of the Canada Evidence Act

[14] Section 4(6) reads:

4(6) The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

[15] Read literally, the word "comment" in s. 4(6) could include a reference of any kind to the fact that an accused did not testify. The section was read that way in Crawford and Noble. In Crawford, at para. 22, Sopinka J., in describing the right to silence at trial, indicated:

[T]he matter has been complicated by the specific statutory provision in s. 4(6) of the Canada Evidence Act which forbids the trial judge and Crown counsel from commenting on the failure of the accused to testify. This encompasses both comment prejudicial to the accused, as well as a direction that the jury must not draw an unfavourable conclusion from the accused's failure to testify.

(Emphasis added)

[16] Sopinka J. used similar language when speaking for the majority in Noble, at para. 95, two years later:

Section 4(6), whose validity is not in issue in the present case, prevents a trial judge from commenting on the silence of the accused. The trial judge is therefore prevented from instructing the jury on the impermissibility of using silence to take the case against the accused to one that proves guilt beyond a reasonable doubt.

(Emphasis added)

[17] The observations as to the scope of s. 4(6) did not form part of the ratio decidendi in either Crawford or Noble. Crawford addressed the extent to which an accused could cross-examine his co-accused on the co-accused's failure to make a statement to the police and the instruction that a trial judge should give in the face of that cross-examination. Noble, which involved a single accused tried by judge alone, considered [page408] whether a trier of fact was entitled to use an accused's failure to testify as a "make-weight" when deciding

whether the Crown had met its burden of proof.

[18] Characterization of the comments concerning s. 4(6) in Crawford and Noble as obiter dicta does not, however, determine whether those comments are binding on this court. In *R. v. Henry*, [2005] 3 S.C.R. 609, [2005] S.C.J. No. 76, Binnie J., writing for a unanimous court, recognized that stare decisis commands compliance not only with the ratio decidendi, but some of the obiter from the Supreme Court of Canada. He put it in these terms, at para. 57:

All obiter do not have, and are not intended to have, the same weight. The weight decreases as one moves from the dispositive ratio decidendi to a wider circle of analysis which is obviously intended for guidance and which should be accepted as authoritative. Beyond that, there will be commentary, examples or exposition that are intended to be helpful and may be found to be persuasive, but are certainly not "binding" The objective of the exercise is to promote certainty in the law, not to stifle its growth and creativity. The notion that each phrase in a judgment of this Court should be treated as if enacted in a statute is not supported by the cases and is inconsistent with the basic fundamental principle that the common law develops by experience.

(Emphasis added)

[19] The question then becomes the following: how does one distinguish between binding obiter in a Supreme Court of Canada judgment and non-binding obiter? In *Henry*, at para. 53, Binnie J. explains that one must ask, "What does the case actually decide?" Some cases decide only a narrow point in a specific factual context. Other cases -- including the vast majority of Supreme Court of Canada decisions -- decide broader legal propositions and, in the course of doing so, set out legal analyses that have application beyond the facts of the particular case.

[20] Obiter dicta will move along a continuum. A legal pronouncement that is integral to the result or the analysis that underlies the determination of the matter in any

particular case will be binding. Obiter that is incidental or collateral to that analysis should not be regarded as binding, although it will obviously remain persuasive.

[21] Lower courts should be slow to characterize obiter dicta from the Supreme Court of Canada as non-binding. It is best to begin from the premise that all obiter from the Supreme Court of Canada should be followed, and to move away from that premise only where a reading of the relevant judgment provides a cogent reason for not applying that obiter. The orderly and rational development of the jurisprudence is not served if lower courts are too quick to strike out in legal directions different than those signalled in obiter from the Supreme Court of Canada. Having [page409] stressed the need for caution when deciding whether to characterize obiter from the Supreme Court of Canada as non-binding and to decline to follow that obiter, I will now set out the reasons why I think the obiter in Crawford and Noble are not binding and should not be followed.

[22] My first reason for treating the obiter dicta in Crawford and Noble as non-binding is based on the pre-existing s. 4(6) jurisprudence from the Supreme Court of Canada. No authority is cited in either Crawford or Noble for the proposition that s. 4(6) precludes a trial judge from instructing the jury that it cannot use an accused's failure to testify as evidence of guilt. There is strong authority from the Supreme Court of Canada pre-dating Crawford and Noble declaring that such comments are not contrary to s. 4(6): *R. v. McConnell*, [1968] S.C.R. 802, [1968] S.C.J. No. 61; *R. v. Avon*, [1971] S.C.R. 650, [1971] S.C.J. No. 60; *R. v. Vzeau*, [1977] 2 S.C.R. 277, [1976] S.C.J. No. 71, at pp. 289-90 S.C.R.; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, [1989] S.C.J. No. 24, at pp. 557-58 S.C.R.; see, also, Report of the Federal/ Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence (Toronto: Carswell, 1982), at pp. 342-43 and 353-56. This line of authority was not referred to in either Crawford or Noble.

[23] In *McConnell*, as reproduced at p. 815 S.C.R., the trial judge told the jury in a recharge that:

[I]t was pointed out that in the course of my charge to you I stated that you did not have to accept the explanations of

the accused because those explanations were not made under oath. You are not to take from that that there is any onus upon the accused to prove their innocence by going into the witness box and testifying in their defence. There is no such onus on these or any accused persons in any criminal trial of proving their innocence by going into the witness box and testifying in their own defence. You are not to be influenced in your decision by either of the accused not going into the witness box and testifying

(Emphasis added)

[24] In rejecting the argument that the trial judge's instructions contravened s. 4(5) of the Canada Evidence Act (now s. 4(6)), Ritchie J., for the majority, said, at p. 809 S.C.R.:

Here the language used by the trial judge to which objection is taken was not so much a "comment" on the failure of the persons charged to testify as a statement of their right to refrain from doing so, and it does not appear to me that it should be taken to have been the intention of Parliament in enacting s. 4(5) of the Canada Evidence Act to preclude judges from explaining to juries the law with respect to the rights of accused persons in this regard.

(Emphasis added)

[25] In *Avon*, as reproduced at p. 653 S.C.R., the trial judge told the jury: [page410]

The accused did not testify. Evidently, he could have done so. He is not obliged to do so. I must tell you immediately, because it is better to say it, it is not because the accused did not testify that you should believe that he could be guilty. His absence from the witness box, the fact that he did not testify and did not call any witnesses, has nothing to do with the trial. Because you will have come to your decision only on the well-established principle that the Crown must prove and establish the guilt of the accused.

(Emphasis added)

[26] In rejecting the claim that the trial judge's

instructions contravened s. 4(5) of the Canada Evidence Act (now s. 4(6)), the majority in Avon observed, at p. 655 S.C.R.:

I would say that the language used by [the trial judge] is a "statement" of an accused's right to testify, rather than a "comment" on his failure to do so. In my opinion, the instructions complained of cannot be construed as prejudicial to the accused or such as to suggest to the jurors that his silence was used to cloak his guilt.

(Emphasis added)

[27] The extracts from McConnell and Avon quoted above were undoubtedly part of the ratio decidendi of those cases. To my knowledge, the Supreme Court of Canada has not questioned the correctness of those decisions in any subsequent case. In Potvin, the majority expressly approved of the reasoning in McConnell as consistent with the proper approach to statutory interpretation.

[28] This court is, therefore, presented with a clear conflict between the obiter dicta in Crawford and Noble and the ratio decidendi of prior Supreme Court of Canada decisions. To treat the obiter as binding would be to disregard the ratio decidendi of the earlier cases. One of the primary reasons for treating obiter as binding is to preserve and promote certainty in the application of the law. Given the entirety of the s. 4(6) jurisprudence from the Supreme Court of Canada, the goal of certainty would not be served by treating the obiter in Crawford and Noble as binding.

[29] In the years subsequent to Crawford and Noble, this court has repeatedly reaffirmed the validity of the distinction drawn in McConnell and Avon between a statement of an accused's right not to testify, which does not contravene s. 4(6), and a potentially prejudicial comment on an accused's failure to testify, which does contravene the section: see R. v. Miller, [1998] O.J. No. 5356, 131 C.C.C. (3d) 141 (C.A.), at para. 11; R. v. Knox (2006), 80 O.R. (3d) 515, [2006] O.J. No. 1976 (C.A.); R. v. Baldwin, [2004] O.J. No. 5143, 192 C.C.C. (3d) 165 (C.A.); R. v. Diu (2000), 49 O.R. (3d) 40, [2000] O.J. No.

1770, 144 C.C.C. (3d) 481 (C.A.), at para. 179; R. v. Biladeau (2008), 93 O.R. (3d) 365, [2008] O.J. No. 4974 (C.A.); see, also, [page411] R. v. C. (R.C.), [1996] N.S.J. No. 198, 107 C.C.C. (3d) 362 (C.A.), at pp. 375-77 C.C.C.; R. v. Assoun, [2006] N.S.J. No. 154, 207 C.C.C. (3d) 372 (C.A.), at paras. 285-88. [See Note 2 below]

[30] In Baldwin, at para. 26, Laskin J.A. said:

The Supreme Court has said repeatedly that the prohibition in s. 4(6) must be applied purposively, not literally. The section was obviously enacted for the protection of an accused: a jury may improperly conclude from a judge's comment on an accused's failure to testify that the accused is using silence as a "cloak" for guilt. Therefore, to run afoul of s. 4(6) more is required than a mere offhand comment on an accused's failure to testify. To contravene the section, the comment must give rise to a realistic risk of prejudice to the accused's defence.
(Emphasis added)

[31] In Biladeau, at para. 20, Sharpe J.A. said:

It has been consistently held that s. 4(6) must be interpreted in light of its purpose rather than in a literal or mechanical fashion. Accordingly, the provision will not be violated where the trial judge explains to the jury that the accused has a constitutional right not to testify and that the burden of proving the case always rests with the Crown, provided the instruction is not "presented to the jury in such a fashion as to suggest that . . . silence is being used as a cloak for . . . guilt".
(Citation omitted; emphasis added)

[32] Apart from Crawford and Noble, there is a second line of s. 4(6) jurisprudence from the Supreme Court of Canada that arguably prohibits an instruction that an accused's failure to testify cannot be used against him. Some argue that Vzeau supports the proposition that s. 4(6) precludes a trial judge from telling a jury that it cannot draw an adverse inference from the accused's failure to testify: see H. Stewart, "Nothing

Can Come of Nothing: Three Implications of Noble" (1999), 42 Crim. L.Q. 286, at p. 307; Boss, at pp. 533-34 C.C.C.

[33] It is true that, prior to Noble, an instruction to the effect that no adverse inference could be drawn from an accused's failure to testify had been held to be wrong in law. However, that holding had nothing to do with the prohibition in s. 4(6), but instead reflected the pre-Noble law, which allowed triers of fact to draw an adverse inference from an accused's failure to testify. The instruction was seen as improper not because it offended [page412] s. 4(6), but because it was wrong in law. Charron J.A. explained the distinction in Miller, at para. 7:

Section 4(6) of the Canada Evidence Act prohibits a judge from commenting to the jury on the failure of an accused to testify. From a reading of Noble in its entirety, it is clear that this is entirely separate and distinct from the question of when a trier of fact may draw an adverse inference from the failure of an accused to testify. One is a blanket prohibition against comments and the other is a general rule, with exceptions, as to what inferences can be drawn. (Emphasis added)

[34] Noble clearly changed the law with respect to the use that could be made of an accused's failure to testify. Authorities that, like Vzeau, explicitly recognized the right to draw an adverse inference from the failure of an accused to testify have been overtaken by Noble and limited to the defence of alibi. After Noble, leaving aside s. 4(6), an instruction that the jury could not use an accused's failure to testify against that accused would be a correct statement of the law.

[35] In summary, the prevailing Supreme Court of Canada jurisprudence prior to Noble and Crawford is in direct conflict with the obiter in those two cases. This court has continued to apply the ratio decidendi of the earlier cases. To abandon that path and follow the obiter in Noble and Crawford at this juncture would promote neither consistency nor predictability, which are the twin goals served by the principle of stare decisis.

[36] My second reason for treating the obiter in Crawford and Noble as non-binding arises out of the peripheral role played by that obiter in the reasoning in both cases. The reference to s. 4(6) in Crawford is part of a brief description of the accused's right to silence at trial. The case itself was concerned with how best to reconcile the competing fair trial interests of co-accused. The observation of Sopinka J. as to the scope of s. 4(6) was merely part of the constitutional backdrop to his analysis of how the competing interests of co-accused should be balanced in a joint trial.

[37] The ratio decidendi of Noble speaks to the impact of the presumption of innocence and the right to silence on the use that can be made of the accused's failure to testify at trial. The majority held that those rights preclude a trier of fact from drawing any adverse evidentiary inference from an accused's failure to testify.

[38] The reference to s. 4(6) by Sopinka J. in Noble was not made in the course of building his case for an interpretation of the right to silence and the presumption of innocence that would foreclose the jury's drawing of an adverse inference from an [page413] accused's failure to testify. Instead, Sopinka J. discussed s. 4(6) in the context of acknowledging that, in jury cases, there were certain unavoidable impediments to the full realization of the constitutional rights to silence and the presumption of innocence as developed in Noble. Sopinka J. regarded the prohibition in s. 4(6) as one of those impediments, in that it prevented a trial judge from telling a jury that the accused had the constitutional right not to testify and that the exercise of that right could not redound against him at trial. Consequently, not only was the interpretation of s. 4(6) not integral to the analysis underlying the ratio decidendi of Noble, but that interpretation potentially undermined the effective exercise of the very rights recognized in Noble.

[39] The inconsistency between the ratio decidendi in Noble and the interpretation of s. 4(6) in Crawford and Noble leads me to my third reason for treating that obiter as non-binding.

As Professor Stewart points out in "Nothing Can Come of Nothing: Three Implications of Noble", at pp. 309-10, the interpretation of s. 4(6) in McConnell and Avon promotes the effective exercise of the constitutional rights to silence and the presumption of innocence as recognized in Noble. These cases do so by permitting a trial judge to tell a jury that an accused who does not testify is exercising his or her constitutional right and that no adverse inference can be drawn from that failure to testify. Adherence to the earlier jurisprudence from the Supreme Court of Canada removes one of the features of the jury trial that Sopinka J. identified in Noble as an impediment to the full realization of the constitutional rights recognized in Noble. Ironically, it is the ratio decidendi of the earlier cases that fits more comfortably with the constitutional vision articulated in Noble.

[40] For the reasons set out above, I agree with counsel for the appellant and Crown counsel that this court should not apply the obiter dicta in Crawford and Noble, but should continue to interpret s. 4(6) as that provision was interpreted in McConnell and Avon. On that interpretation, no argument is advanced that s. 4(6) is unconstitutional. The constitutional holding in Boss stands.

IV

The Jury Instruction

[41] The jury was not told that it could not use the appellant's silence at trial as evidence against him. The trial judge would have given this instruction had he thought himself permitted to do so by law. The trial judge's assessment of the need for that [page414] kind of instruction given the comments of counsel for Mr. Solty is an important consideration in determining whether the non-direction constitutes misdirection. However, the trial judge's assessment of the situation is not conclusive.

[42] This court must examine the entirety of the instructions in the context of the submissions made by counsel for Mr. Solty and counsel for the appellant to determine whether there is a real risk that the jury may have used the appellant's silence

as evidence against him in arriving at their verdicts. Obviously, no one knows for sure what the jury used or did not use. In my view, if the appellant shows a real risk that his silence was misused, that is enough to characterize the non-direction as misdirection.

[43] The adequacy of the instruction can only be resolved by reference to several passages from the trial record. I begin with comments made by counsel for the appellant in his closing:

Mr. Prokofiew, as [counsel for Mr. Solty] pointed out, chose not to testify in this case. There are many jurisdictions in the world that are, frankly, not as kind as ours; that when a person has an allegation against them, that they have to stand up; you're alleged to do this; or you prove to us, you tell us why you are not guilty. That is not, thankfully, the way things are done here in Canada. We have the luxury and we have the thankfulness that we have a system that requires the State to prove our guilt before a conviction or a finding of guilt can be entered.

In this situation, this is the situation why Mr. Prokofiew does not have to call evidence, and this is why Mr. Prokofiew did not call evidence. In the context of counsel for Mr. Solty's statement, well, yes, Mr. Solty testified, but with respect, Mr. Solty had no choice but to testify. He was implicated at every turn of these transactions. He was in transactions up to his neck. And as a result, with respect to him, he had no choice but to take the stand. In response to Mr. Prokofiew, as I will mention in my submission, the evidence comes down to the evidence of Mr. Tulloch, and juxtaposed by the evidence of Peter Solty. With the greatest respect to them, their evidence does not come close to establishing guilt beyond a reasonable doubt in this case. And in the context of what Mr. Solty testified to will simply adjust the position of the evidence of Mr. Tulloch. Nothing more, nothing less.

(Emphasis added)

[44] The jury would understand these comments as a direct response to the submissions made earlier by counsel for Mr.

Solty, reproduced above, at para. 11. Certainly, the trial judge made it absolutely clear to the jury that the Crown carried the burden of proof throughout the proceedings.

[45] The trial judge, early in his instructions, told the jury that its verdict had to be based on the evidence and that the jury could not speculate about what additional evidence might have been called: [page415]

As judges of the facts, your first duty is to decide what the facts are in this case. You make that decision from all of the evidence given during the trial. There will be no more evidence. You will consider nothing else. You are entitled to come to common sense conclusions based on the evidence that you accept. You must not speculate, however, about what evidence there might have been or permit yourself to guess or make up theories without evidence to support them.

[46] The trial judge returned to the same theme a few paragraphs later, reminding the jury, "Under our system of law, you [determine the verdict] on the basis of the evidence put before you, and only on that evidence."

[47] In the course of his instructions, the trial judge defined evidence as follows: "Only things that are admitted, the exhibits and the things witnesses say in testimony before you, are evidence."

[48] The trial judge's explanation of the presumption of innocence also made it clear that the appellant had no obligation to testify or otherwise disprove his guilt:

The presumption of innocence means that both Mr. Prokofiew and Mr. Solty started the trial as innocent persons. The presumption stays with them throughout the case, including your deliberations at the end of the trial. It is only defeated if and when Crown counsel has satisfied all of you, beyond a reasonable doubt, that either or both Mr. Prokofiew and Mr. Solty are guilty of either or both of the crimes with which they are each charged.

[49] The trial judge next tied the presumption of innocence into the burden of proof in a manner that spoke almost directly to the irrelevance of the appellant's failure to testify:

Mr. Solty and Mr. Prokofiew do not have to present evidence or prove anything in this case. In particular, they do not have to prove that they are innocent of the crimes charged. From start to finish, it is the Crown that must prove guilt beyond a reasonable doubt. It is Crown counsel who must prove Mr. Solty's guilt and/or Mr. Prokofiew's guilt beyond a reasonable doubt, not Mr. Prokofiew or Mr. Solty who must prove their innocence.

[50] Finally, in reference to the application of the reasonable doubt standard, the trial judge reminded the jury that it could convict the appellant only if "after considering all of the evidence [they were] sure that Mr. Prokofiew committed an offence charged". In contrast, in explaining the basis upon which an acquittal could be entered, the trial judge made it clear that the absence of evidence could give rise to a reasonable doubt:

If at the end of the case, based on all of the evidence or the lack of evidence, you are not sure that Mr. Prokofiew committed an offence, you should find him not guilty of it. (Emphasis added) [page416]

[51] Taking into account the entirety of the instructions, I am satisfied that the jury would understand that the Crown could prove the appellant's guilt based only on the evidence, and that the appellant's silence at trial -- or indeed, any other non-evidentiary matter -- could not be used to infer the appellant's guilt. That is not to say that the jury would not look at what was a very formidable case for the Crown in a different light given the absence of any explanation from the appellant for the mass of incriminating evidence. As explained in Noble, at para. 282, a trier of fact will inevitably, as part of its deliberative process, weigh the Crown's case against the evidence, if any, that conflicts with that case. The appellant could point to precious little that conflicted with the Crown's case on this record.

The Other Grounds of Appeal

[52] The appellant submits that the trial judge erred in holding that certain handwritten notations in the deposit book and cheque stubs belonging to Discount Sales, one of the companies through which the proceeds of the fraud were funnelled, were admissible hearsay. The trial judge held that the notation "E" on some of the documents was admissible to identify the appellant, whose first name began with the letter "E", as one of the recipients of the money funnelled through Discount Sales. The appellant contends that the author of the notations was never identified and that there were no circumstantial indicia of reliability justifying the admission of the notations under the principled exception to the rule against hearsay evidence.

[53] The trial judge told the jury that the notations on Discount Sales' banking documents could be used to connect the appellant to the proceeds of the fraud paid through Discount Sales' bank accounts. He told the jury to be "cautious" in using the notations as evidence against the appellant.

[54] The Crown concedes that the notations were inadmissible hearsay and argues that their admission could not possibly have affected the outcome. In light of the Crown's concession, I will assume the notations should not have been admitted as evidence capable of connecting the appellant to the proceeds funnelled through Discount Sales' bank accounts. I agree with the Crown's submission that the admission of the notations for that purpose caused no substantial wrong or miscarriage of justice.

[55] Apart entirely from the appellant's connection to Discount Sales, there was overwhelming evidence of the appellant's knowing involvement in the fraudulent scheme. Mr. Tulloch and [page417] Mr. Solty gave direct evidence describing the appellant as the prime mover in the scheme, both as it related to the arrangement of the fraudulent transactions and the methods used to disseminate the proceeds of the scheme to the various participants. Mr. Tulloch testified that the

appellant knew that the equipment being "sold" did not exist.

[56] There was also evidence, apart from the notations on the banking documents, linking the appellant to Discount Sales. Mr. Tulloch gave evidence that the appellant operated Discount Sales and that Discount Sales received payments for setting up the fraudulent transactions. Mr. Tulloch also testified that the appellant used Discount Sales to funnel certain portions of Mr. Tulloch's share of the proceeds into purchases of a motorcycle and a boat for Mr. Tulloch. Financial records confirmed the use of Discount Sales to make the payment for these purchases. In addition to Mr. Tulloch's evidence, the Articles of Incorporation for Discount Sales showed the appellant's home address as the residential address for the first director. John O'Meara, who was listed as the first director, was the appellant's father-in-law. According to Mr. O'Meara's wife, Mr. O'Meara had nothing to do with the operation of any business out of either the residential or the registered business address shown on the Articles of Incorporation. She also testified that her husband had no significant assets when he passed away.

[57] It is obvious from a review of the record that the notations on the bank documents were but a small brick in a very large wall built by the evidence offered by the Crown against the appellant. Assuming those notations could not be used as evidence against the appellant, the rest of the evidence presented an overwhelming case.

[58] The appellant also submitted that his rights under s. 11(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms were infringed and that the proceedings should have been stayed as a result of the unreasonable delay in bringing him to trial on these charges. The appellant was arrested in August 1999 and did not go to trial until November 2004. A 63-month delay between arrest and trial obviously merits s. 11(b) scrutiny.

[59] This trial was one of three complicated and interrelated fraud trials arising out of a lengthy and complex investigation involving several different police forces. The appellant was charged in respect of two of the three allegedly fraudulent

schemes. It was acknowledged that the trials involving those schemes could not proceed together. The Crown chose to proceed with what was referred to as the "car flip" fraud before proceeding with the charges at issue in this appeal, which were referred [page418] to as the "heavy equipment" fraud.

Preliminary inquiries were held in respect of both the "car flip" and the "heavy equipment" frauds in 2001. The "car flip" trial was set for November 2002 as counsel for the appellant was not available on the earlier dates offered by the court.

[60] The "car flip" trial proceeded in November 2002. Evidence continued until June 2003, with written submissions completed in November 2003. The appellant was convicted in March 2004 and sentenced in May 2004. On the same date that sentence was passed on the "car flip" charges, a November 2004 date was set for the trial of the "heavy equipment" charges. The court offered September dates but counsel for the appellant was not available until the end of October 2004.

[61] I see no merit to the s. 11(b) claim. In light of the number and complexity of the charges, and the reality that the charges had to be prosecuted separately and sequentially, it was inevitable that the last trial would take place years after the arrest. There is no basis to criticize the Crown for the order in which it chose to prosecute the cases or for the manner in which the individual charges made their way through the process. Counsel for the appellant agreed to this sequence of trials. It was eminently reasonable to await the end of the "car flip" trial before setting a trial date for these charges. The appellant was offered dates within about four months of the conclusion of the "car flip" trial. I see nothing unreasonable in a four-month interval between two lengthy and complicated proceedings.

VI

The Sentence Appeal

[62] The appellant received a sentence of three years. He was the prime mover in what can only be described as a massive fraud against the Government of Canada which caused actual losses to Canada exceeding \$3 million. Tax frauds on the public purse undermine the fiscal viability of a country and must be

treated as serious crimes meriting denunciatory sentences. Three years is well within the appropriate range for this kind of offence.

[63] Counsel for the appellant makes one argument against the fitness of sentence. He submits that, when the appellant was sentenced, he had a prior fraud conviction arising out of the earlier "car flip" trial. That conviction was subsequently overturned in this court and the Crown declined to retry the matter. Counsel submits that the appellant, therefore, was in fact a first offender and that his sentence should be adjusted in this court to [page419] reflect that status. Counsel for the Crown submits that the prior sentence on the "car flip" trial was, through the totality principle, effectively treated as a mitigating factor when the trial judge sentenced the appellant for the charges at issue. Without addressing the merits of either argument directly, I would simply say that even if the appellant is treated as a first offender, three years for this crime is entirely appropriate.

VII

Conclusion

[64] I would dismiss the appeals and affirm the convictions and the sentences imposed by the trial judge.

Appeal dismissed.

Notes

Note 1: The propriety of counsel's comments concerning the appellant's failure to testify is not in issue on this appeal. Nothing in these reasons should be taken as approval of all of the comments made by counsel for Mr. Solty. Some comments, especially the comment in the last sentence, may have gone too far. In any case where counsel proposes to make a submission to the jury based on a co-accused's failure to testify, that submission should be vetted with the trial judge before it is made. The trial judge will consider the proposed wording of the submission having regard to the competing interests of the

co-accused as discussed in Crawford.

Note 2: The British Columbia Court of Appeal applied the obiter from Crawford and Noble in R. v. Bush, [2001] B.C.J. No. 2020, 159 C.C.C. (3d) 161 (C.A.), at paras. 60-64. In Pollock, at paras. 150-151, this court acknowledged but did not have to decide the question whether the obiter in Noble should be applied.

[Indexed as: **Vrablik, Re**]

Re bankruptcy of MELANIE VRABLIK;

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

Ontario Court of Justice (General Division) [In Bankruptcy]
Maloney J.

Judgment – January 29, 1993.

Proof of claim – Claims provable – Landlord claiming damages arising from tenant's default under lease – Claim not being provable as all rights and obligations of trustee determined as of effective date of disclaimer.

The bankrupt entered into a commercial lease with the landlord, hoping to establish a fitness club. The monthly rent was \$1,606.67 and the bankrupt was responsible for the payment of municipal taxes, hydro, water and maintenance costs. Seventeen months after signing the lease, the bankrupt made an assignment in bankruptcy. A revised proof of claim filed by the landlord listed the landlord's preferred claim, representing the arrears of rent for a period of three months immediately preceding the bankruptcy and the accelerated rent for a period of three months following the bankruptcy, at \$8,167.41. The proof of claim also listed an unliquidated claim at \$46,380.58, representing damages the landlord alleged it sustained as a result of the tenant's default under the lease.

The trustee in bankruptcy brought a motion on the basis of s. 121 of the *Bankruptcy Act* and Rule 94 of the *Bankruptcy Rules*, which state that where an unliquidated claim is made the trustee must apply to the court to determine whether or not the claim is provable, and, if provable, to have the claim valued. The landlord argued that, even though the trustee had disclaimed the lease, it possessed a valid claim against the tenant or the trustee for amounts falling due after the date of the disclaimer.

Held – The claim was not provable in bankruptcy.

The trustee could not be found liable for amounts falling due after the bankruptcy and disclaimer. The combined effect of the *Bankruptcy Act* and the *Landlord and Tenant Act* (Ont.) provides a comprehensive scheme for the administration of the leasehold interest of bankrupt tenants. Section 38 of the *Landlord and Tenant Act* and s. 136(1)(f) of the *Bankruptcy Act* are virtually identical. Section 136(1)(f) outlines the priority of a landlord for arrears and accelerated rent as against other secured and unsecured creditors. As for the rights of the landlord and tenant where the lease has been repudiated as a result of a bankruptcy, s. 146 of the *Bankruptcy Act* refers the parties to the wording of the appropriate sections of the *Landlord and Tenant Act*, and not to the common law.

Any cause of action under the lease that arises against a tenant prior to bankruptcy remains a liability of the tenant and becomes a responsibility of the trustee under s. 38(1) of the *Landlord and Tenant Act*. A claim for rent after bankruptcy is restricted to the statutory three months following the execution of assignment in bankruptcy or for so long as the trustee elects to retain possession of

the property.

Cases considered

Auto Experts Ltd., Re (1921), 3 C.B.R. 591, 49 O.L.R. 256, 59 D.L.R. 294 (C.A.) – referred to.

Cummer-Yonge Investments Ltd. v. Fagot, 8 C.B.R. (N.S.) 62, [1965] 2 O.R. 152, 50 D.L.R. (2d) 25 (H.C.), affirmed without written reasons 8 C.B.R. (N.S.) 62 (note), [1965] 2 O.R. 157 (note), 50 D.L.R. (2d) 30 (note) (C.A.) – referred to.

Goldhar v. Universal Sections & Mouldings Ltd., [1963] 1 O.R. 189, 36 D.L.R. (2d) 450 (C.A.) – considered.

Highway Properties Ltd. v. Kelly, Douglas & Co., [1971] S.C.R. 562, [1972] 2 W.W.R. 28, 17 D.L.R. (3d) 710 – considered.

Limestone Electric & Supply Co., Re (1955), 35 C.B.R. 20, [1955] O.R. 291, [1955] 3 D.L.R. 104 (C.A.) – referred to.

Mussens Ltd., Re (1933), 14 C.B.R. 479, [1933] O.W.N. 459 (S.C.) – referred to.

Sasso v. D. & A. MacLeod Co. (1991), 5 C.B.R. (3d) 239, 3 O.R. (3d) 472 (Gen. Div.) – referred to.

Titan Warehouse Club Inc. (Trustee of) v. Glenview Corp. (1988), 67 C.B.R. (N.S.) 204 (Ont. H.C.) [affirmed (1989), 75 C.B.R. (N.S.) 206 (Ont. C.A.)] – referred to.

Statutes considered

Bankruptcy Act, R.S.C. 1985, c. B-3 –

s. 71(2)

s. 121

s. 136

s. 136(1)

s. 136(1)(f)

s. 146

Landlord and Tenant Act, R.S.O. 1990, c. L.7 –

s. 38

s. 38(1)

s. 38(2)

s. 39

s. 39(1)

Rules considered

Bankruptcy Rules, C.R.C. 1978, c. 368 –

R. 94

MOTION by trustee in bankruptcy for order determining whether landlord's claim for damages provable.

Jack N. Jamieson, for trustee.

Stephen G. Kovanchak, for Canadian Imperial Bank of Commerce.

Anthony J. Potestio, for Stasiuk et al.

1 January 29, 1993. MALONEY J.: – This is a motion brought by the Trustee in this bankruptcy for:

1. An Order of the Court determining whether the contingent claim of Donald Raymond Stasiuk, Kathryn Marta Stasiuk, Andrew Findlay Coffey, Roberta Joan Coffey and 705514 Ontario Limited is a provable claim;

2. If the contingent claim is a provable claim then, an Order of the Court valuing the claim;

The reason for the bringing of the motion is that the above-named landlords of the bankrupt tenant are claiming damages in lieu of payments which would otherwise be due under the portion of the lease as yet unexpired at the time of the assignment in bankruptcy made by the tenant on November 16th, 1989.

2 On June 10, 1988 Melanie Vrablik (the "Tenant") entered into a commercial lease with Donald Raymond Stasiuk, Kathryn Marta Stasiuk, Andrew Findlay Coffey, Roberta Joan Coffey and 705514 Ontario Limited (hereinafter referred to as the "Landlord") as the lessor. The tenant had hoped to establish a fitness and exercise salon. The leased premises were known municipally as 104 North Syndicate Avenue in the City of Thunder Bay. The term of the lease was from July 1, 1988 to June 30, 1993. The monthly rental under the lease was \$1,606.67. The tenant was responsible for the payment of municipal taxes, hydro, water and maintenance costs as set out in the lease. On November 16, 1989 the Tenant filed an assignment in bankruptcy (Bankruptcy No. 027144), the Trustee in Bankruptcy of the Estate of Melanie Vrablik being Ignit Stetsko (the "Trustee"). The landlord filed Proof of Claim dated December 11, 1989 in the amount of \$99,412.59. A portion of this claim was a preferred claim, being the arrears of rent for a period of three months immediately preceding the bankruptcy of the tenant and the accelerated rent for a period of three months following the bankruptcy of the tenant. The Proof of Claim dated December 11, 1989 disclosed a sum of \$13,886.09 as the preferred claim. A revised Proof of Claim dated November 22, 1991 filed by the Landlord reduced that sum to \$8,167.41. The Proof of Claim dated December 11, 1989 also disclosed that the landlord has advanced a contingent and unliquidated claim in the amount of \$85,526.50 based on the damages the landlord alleges it has sustained as a result of the tenant's default under the lease. The revised Proof of Claim dated November 22, 1991 outlines the landlord's unliquidated claim as follows:

(1)	rent from February 16, 1990 to August 1, 1991 at \$1,606.67 per month	\$28,116.72
(2)	1989 taxes	\$2,949.81

(3)	1990 taxes	\$4,685.94
(4)	1991 taxes to August 1, 1991	\$3,043.64
(5)	maintenance in 1990	\$1,121.95
(6)	maintenance in 1991	\$839.08
(7)	shortfall on re-letting August 1, 1991 to June 30, 1993	\$5,623.44
		\$46,380.58

3 In summary, the Revised Proof of Claim dated November 22, 1991 lists the landlord's preferred claim at \$8,167.41 and the unliquidated claim at \$46,380.58. Section 38 of the *Landlord and Tenant Act*, R.S.O. 1990, c. L.7 ("*Landlord Tenant Act*") gives a landlord a preferential lien for the arrears of rent due during the period of three months preceding the assignment in bankruptcy and for three months following the execution of the assignment of bankruptcy:

38.-(1) In case of an assignment for the general benefit of creditors, or an order being made for the winding up of an incorporated company, or where a receiving order in bankruptcy or authorized assignment has been made by or against a tenant, the preferential lien of the landlord for rent is restricted to the arrears of rent due during the period of three months next preceding, and for three months following the execution of the assignment, and from thence so long as the assignee retains possession of the premises, but any payment to be made to the landlord in respect of accelerated rent shall be credited against the amount payable by the person who is assignee, liquidator or trustee for the period of the person's occupation.

Section 136 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("*Bankruptcy Act*") lays out a scheme of distribution of priorities subject to the rights of secured creditors. It is interesting to note that the preferential lien granted to a landlord in s. 38 of the Ontario *Landlord and Tenant Act*, reflects exactly the lien granted by the s. 136(1) of the *Bankruptcy Act* and Parliament in its wisdom has ranked this priority sixth behind various other security interests:

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

...

(f) the landlord for arrears of rent for a period of three months immediately preceding the bankruptcy and accelerated rent for a period not exceeding three months following the bankruptcy if en-

titled thereto under the lease, but the total amount so payable shall not exceed the realization from the property on the premises under lease, and any payment made on account of accelerated rent shall be credited against the amount payable by the trustee for occupation rent;

- 4 The preference provided by the *Bankruptcy Act, supra*, is only to the extent of the availability of property of the bankrupt on the premises at the time of the bankruptcy and is subject to the rights of other secured creditors having a higher priority under the *Bankruptcy Act*. The law is quite explicit in designating the Landlord as a preferred creditor compensating him for his vacant premises and in substitution of his right to distrain. This motion is brought on the basis of the combined strength of s. 121 of the *Bankruptcy Act* and Rule 94 of the *Bankruptcy Rules* which state that when an unliquidated claim is made, the Trustee in Bankruptcy must apply to the Court to determine whether or not the claim is provable, and if provable to have the claim valued. Counsel have all agreed that the central issue is whether or not the contingent, unliquidated claim is provable.

- 5 Upon making an Assignment in Bankruptcy or Receiving Order, all of the obligations and rights of the tenant in the lease vest in the Trustee in Bankruptcy as per s. 71(2) of the *Bankruptcy Act*:

71.(2) On a receiving order being made or an assignment being filed with an official receiver, a bankrupt ceases to have any capacity to dispose of or otherwise deal with his property, which shall, subject to this Act and to the rights of secured creditors, forthwith pass to and vest in the trustee named in the receiving order or assignment, and in any case of change of trustee the property shall pass from trustee to trustee without any conveyance, assignment or transfer.

- 6 The Trustee in Bankruptcy has the right for a period of up to three months from the date of bankruptcy in which to elect whether to retain, assign, surrender or disclaim the lease as per s. 38(2) of the *Landlord Tenant Act*:

38.(2) Despite any provision, stipulation or agreement in any lease or agreement or the legal effect thereof, in case of an assignment for the general benefit of creditors . . . or where a receiving order in bankruptcy or authorized assignment has been made by or against a tenant, the person who is assignee, liquidator or trustee may at any time within three months thereafter for the purposes of the trust estate and before the person has given notice of intention to surrender possession or disclaim, by notice in writing elect to retain the leased premises for the whole or any portion of the unexpired term and any renewal thereof, upon the terms of the lease and subject to the payment of the rent as provided by the lease or agreement, and the person may, upon payment to the landlord of all arrears of rent, assign the lease with rights of renewal, if any, to any person who will covenant to observe and perform its terms and agree to conduct upon

the demised premises a trade or business which is not reasonably of a more objectionable or hazardous nature than that which was thereon conducted by the debtor, and who on application of the assignee, liquidator or trustee, is approved by a judge of the Ontario Court (General Division) as a person fit and proper to be put in possession of the leased premises.

The Trustee in this case decided to disclaim and surrendered the lease in question to the landlord on December 11, 1989. Upon this action on the part of the Trustee, all rights and obligations of the Trustee under the lease are terminated as of the effective date of the disclaimer or surrender.

7 Counsel for the landlord in this matter argues that the landlord possesses a valid claim against the tenant or Trustee for amounts falling due *after* the date of the surrender or disclaimer of the lease. He relies upon the 1971 Supreme Court of Canada decision in *Highway Properties Ltd. v. Kelly, Douglas & Co.*, [1971] S.C.R. 562, 17 D.L.R. (3d) 710 ("*Highway Properties*") for this proposition. In that case, a major tenant in a shopping centre repudiated an unexpired lease. The landlord resumed possession of the premises and gave notice to the defaulting tenant that it would be held liable for damages suffered by the landlord as a result of the admittedly wrongful repudiation. In deciding whether or not to allow the damages, Laskin J., as he then was, considered the various options open to a landlord when faced with a repudiation of a lease:

1. The landlord may refuse to accept the repudiation of the lease by the tenant. Nothing is done to alter the landlord-tenant relationship. The landlord simply insists on the performance of the terms of the lease and sues for rent or damages as they accrue on the basis that the lease remains in force.

2. The landlord may elect to terminate the lease and retake possession of the premises. In this case, the landlord may sue for rent accrued due, or for damages to the date of termination for previous breaches of the covenant. The landlord may not sue for prospective damages because it is a principle of common law that once the lease is terminated, all obligations under the lease cease to exist.

3. The landlord may advise the tenant that he refuses to accept the repudiation of the lease but that he proposes to re-enter the premises and, unless otherwise directed by tenant, relet the property *on the tenant's behalf* and hold the original tenant liable for any deficiency in rental for the balance of the lease term.

- 8 Noting the increasing intermingling of property law with contract law in the area of leasehold estates in land, Laskin J. recognized the common law principle that a lease of land for a term of years, under which possession is taken, creates an estate in land. In many situations legislation or a strict literal reading of contractual terms have superseded the common law, for example, the provision of payment of rent in advance, and the provision of re-entry for non-payment of rent or for breaches of other covenants by the tenant. For some reason the courts had stopped short in refusing to apply to leasehold estates in land the contractual doctrine of anticipatory breach and its accompanying principle governing relief upon repudiation of contract. On p. 716 [D.L.R.] he continues after noting that this doctrine has been applied without question to contracts for the sale of land:

I think it is equally open to consider its application to a contractual lease, although the lease is partly executed. Its anticipatory feature lies, of course, in the fact that instalments of rent are payable for future periods, and repudiation of the lease raises the question whether an immediate remedy covering the loss of such rent and of other advantages extending over the unexpired term of the lease may be pursued notwithstanding that the estate in the land may have been terminated.

In allowing a new, fourth alternative – the right of the landlord to sue for prospective damages – Laskin J. overruled *Goldhar v. Universal Sections & Mouldings Ltd.* (1963), 36 D.L.R. (2d) 450 (Ont. C.A.) (“*Goldhar*”). *Goldhar* formulated the doctrine of surrender such that once a lease is terminated, there can be no claim for prospective damages because that claim may only be founded on rights accruing to the tenant under the lease when still alive. Laskin J. did not think it fair that, once an election to terminate the lease had been communicated through repudiation, all covenants and potential claims for relief in damages are terminated. At p. 721 [D.L.R.] he made this observation:

It is no longer sensible to pretend that a commercial lease, such as the one before this Court, is simply a conveyance and not also a contract. It is equally untenable to persist in denying resort to the full armoury of remedies ordinarily available to redress repudiation of covenants, merely because the covenants may be associated with an estate in land.

- 9 Counsel for the Landlord has urged that the analysis and decision in *Highway Properties* be adopted in the present case. This would be a grave error in that the present case involves a bankruptcy, which is quite different from an outright repudiation of contract. A bankruptcy is a final and irreversible situation. In fact the Legislature

has foreseen the present situation in that it has very distinctly created a comprehensive scheme for administering the leasehold interests of bankrupt tenants. It is not a coincidence that s. 38 of the *Landlord Tenant Act* reflects almost verbatim s. 136(1)(f) of the federal *Bankruptcy Act*. Section 136(1)(f) outlines the priority of a landlord for arrears and accelerated rent as against other secured and unsecured creditors. When it comes to the rights of the landlord and tenant with regards to the repudiation of the lease contract because of the bankruptcy, s. 146 of the *Bankruptcy Act* refers the parties back to the wording of the appropriate sections of the *Landlord Tenant Act* and not to the common law as counsel for the Trustee has stated:

146. Subject to priority of ranking as provided by section 136 and subject to subsection 73(4) [*right to distrain for arrears of rent*], the rights of landlords shall be determined according to the laws of the province in which the leased premises are situated. [insert added]

It has been argued that the “laws of the province” referred to in s. 146 are the common law as well as the statute law and that in this situation the common law right to sue for prospective damages as outlined in *Highway Properties* should be adopted in this case. Despite this argument, the “laws of the province in which the leased premises are situated” are, of course, ss. 38 and 39 of the *Landlord Tenant Act*. As stated above, the combined effect of the *Bankruptcy Act* and the *Landlord Tenant Act* provides a comprehensive scheme for the administration of the leasehold interest of bankrupt tenants, *Re Limestone Electrical & Supply Co.*, [1955] O.R. 291 (Ont. C.A.).

10 Quite often Trustees in Bankruptcy elect under s. 38(2) to assign the lease with the approval of the Ontario Court (General Division). This is the kinder option for the landlord but it is only possible if an assignor can be found and approved by the Court. In an effort to promote fairness in commercial dealings, Trustees in Bankruptcy have been held personally liable for occupation rent during the time of disposal of the bankrupt’s assets where there has been no clear agreement waiving such rights between the landlord and the Trustee, *Sasso v. D. & A. MacLeod Co.* (1991), 3 O.R. (3d) 472 (Gen. Div.); *Re Auto Experts Ltd.* (1921), 3 C.B.R. 591 (Ont. C.A.). Nonetheless, where the Trustee legally disclaims the lease as per s. 39(1) of the *Landlord Tenant Act*, the effect of such a surrender is the same as if the lease had been surrendered with the consent of the lessor: *Re Mussens Ltd.* (1933), 14 C.B.R. 479 (Ont. S.C.) at p. 482; *Cummer-Yonge Investments Ltd. v. Fagot*, [1965] 2 O.R. 152 (H.C.), affirmed [1965] 2 O.R. 157 (note) (C.A.); *Titan Warehouse Club Inc. (Trustee of) v. Glenview Corp.* (1988), 67 C.B.R. (N.S.) 204 (Ont. H.C.). Any cause of action under the lease that arises against a tenant prior to bankruptcy remains a liability of the tenant and is accordingly,

a responsibility of the Trustee as per s. 38(1) of the *Landlord Tenant Act*. However, a claim for rent after bankruptcy is restricted to the statutory three months next following the execution of assignment in bankruptcy or for so long as the Trustee elects to retain possession of the property. This is the law of this province. The landlord's claim for damages is therefore not provable in this bankruptcy and the Trustee's motion is hereby determined accordingly, and I am relieved of the necessity of assessing quantum.

11 The Trustee is entitled to costs out of the estate in Bankruptcy.

Order accordingly.

[Indexed as: **Canadian Imperial Bank of Commerce v.
433616 Ontario Inc.**]

CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE v. 433616 ONTARIO INC.,
KIMINCO ACCEPTANCE CO. LTD. and COULTER FINANCIAL
CORPORATION

Ontario Court of Justice (General Division)
McWilliam J.

Judgment – February 23, 1993.

Proof of claim – Disallowance – Setting aside notice of disallowance – Trustee justified in disallowing claims where no evidence given to support claims – Motion to set aside notice of disallowance dismissed.

The applicants were a corporation and its director. They alleged that they had provided the sole shareholder of a bankrupt company with money to invest in mortgages with the bankrupt company. They maintained that the sole shareholder, acting for the bankrupt company, accepted the money and gave back promissory notes.

The applicants' proofs of claim were disallowed by the trustee in bankruptcy, who found that there was no evidence to support the allegations that the money was to be put into mortgages. They brought a motion pursuant to s. 135(4) of the *Bankruptcy Act* for an order setting aside the notices of disallowance.

Held – The motion was dismissed.

Under s. 135(1) of the *Bankruptcy Act*, the trustee is under a duty to examine every proof of claim and the grounds for it. In doing so, the trustee may require further evidence in support of the proof of claim and may go behind the forms provided to evaluate the truth of the claim. In this case, the trustee did not act

Century Services Inc. *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada on behalf
of Her Majesty The Queen in Right of
Canada** *Respondent***INDEXED AS: CENTURY SERVICES INC. v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL)****2010 SCC 60**

File No.: 33239.

2010: May 11; 2010: December 16.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

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

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

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

Century Services Inc. *Appelante*

c.

**Procureur général du Canada au
nom de Sa Majesté la Reine du chef du
Canada** *Intimé***RÉPERTORIÉ : CENTURY SERVICES INC. c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)****2010 CSC 60**

N° du greffe : 33239.

2010 : 11 mai; 2010 : 16 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et
Cromwell.**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

By Deschamps J.

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

By Fish J.

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

By Abella J. (dissenting)

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

Statutes and Regulations Cited

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

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

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

Citée par le juge Fish

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

Citée par la juge Abella (dissidente)

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

Lois et règlements cités

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

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

Authors Cited

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

Doctrine citée

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Facts and Decisions of the Courts Below

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

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

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

1. Faits et décisions des juridictions inférieures

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Issues

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

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

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

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

2. Questions en litige

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

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

3. Analysis

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

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

3.1 *Purpose and Scope of Insolvency Law*

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

3. Analyse

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2 *GST Deemed Trust Under the CCAA*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

222. . . .

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

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

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

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

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

222. . . .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

18.3 . . .

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

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

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

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

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

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

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

18.3 . . .

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

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

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

18.4 . . .

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

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

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

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

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

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

18.4 . . .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

in those Acts carving out an exception for GST claims.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.4 *Express Trust*

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

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

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

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

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

3.4 *Fiducie expresse*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Conclusion

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

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

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

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

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

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

4. Conclusion

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

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

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II

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

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

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

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

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

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

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

II

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III

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

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

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

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

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

III

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

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

The following are the reasons delivered by

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

[115] Section 11¹ of the CCAA stated:

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

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

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

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

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

Version française des motifs rendus par

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

. . .

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

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

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

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

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

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

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

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

. . .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

for payment of the GST funds during the CCAA proceedings.

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

[136] I would dismiss the appeal.

APPENDIX

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

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

. . .

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

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

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

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

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

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

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

[136] Je rejetterais le présent pourvoi.

ANNEXE

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

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

. . .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- (i) the expiration of the order,
- (ii) the refusal of a proposed compromise by the creditors or the court,
- (iii) six months following the court sanction of a compromise or arrangement,

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

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

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

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

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

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

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

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

- (i) à l'expiration de l'ordonnance rendue en application de l'article 11,
- (ii) au moment du rejet, par le tribunal ou les créanciers, de la transaction proposée,
- (iii) six mois après que le tribunal a homologué la transaction ou l'arrangement,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- (a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*;
- (b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and
- (c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

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

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

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

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

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

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

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

- a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*;
- b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;
- c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

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

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

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

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

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

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

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

. . .

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

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

- (i) the expiry of the order,
- (ii) the refusal of a proposed compromise by the creditors or the court,
- (iii) six months following the court sanction of a compromise or an arrangement,
- (iv) the default by the company on any term of a compromise or an arrangement, or
- (v) the performance of a compromise or an arrangement in respect of the company; and

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

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

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

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

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

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

. . .

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

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

- (i) à l'expiration de l'ordonnance,
- (ii) au moment du rejet, par le tribunal ou les créanciers, de la transaction proposée,
- (iii) six mois après que le tribunal a homologué la transaction ou l'arrangement,
- (iv) au moment de tout défaut d'exécution de la transaction ou de l'arrangement,
- (v) au moment de l'exécution intégrale de la transaction ou de l'arrangement;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection

perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

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

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

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

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

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

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

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

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens

3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection.

(3) [Operation of similar legislation] An order made under section 11.02, other than the portions of that order that affect the exercise of rights of Her Majesty referred to in paragraph (1)(a) or (b), does not affect the operation of

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

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

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

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

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

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

du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

(3) [Effet] L’ordonnance prévue à l’article 11.02, à l’exception des passages de celle-ci qui suspendent l’exercice des droits de Sa Majesté visés aux alinéas (1)a) ou b), n’a pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

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

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

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

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

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

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute autre règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités et autres charges afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

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

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

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

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

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

Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15 (as at December 13, 2007)

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

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

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

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

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

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

Loi sur la taxe d’accise, L.R.C. 1985, ch. E-15 (en date du 13 décembre 2007)

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

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

(1.1) [Amounts collected before bankruptcy] Subsection (1) does not apply, at or after the time a person becomes a bankrupt (within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act*), to any amounts that, before that time, were collected or became collectible by the person as or on account of tax under Division II.

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

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

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

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

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3 (as at December 13, 2007)

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

personne, jusqu'à ce qu'il soit versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2).

(1.1) [Montants perçus avant la faillite] Le paragraphe (1) ne s'applique pas, à compter du moment de la faillite d'un failli, au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, aux montants perçus ou devenus percevables par lui avant la faillite au titre de la taxe prévue à la section II.

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

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

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

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

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3 (en date du 13 décembre 2007)

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

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

(b) any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under any laws applicable in the province within which the property is situated and within which the bankrupt resides, or

(b.1) such goods and services tax credit payments and prescribed payments relating to the essential needs of an individual as are made in prescribed circumstances and are not property referred to in paragraph (a) or (b),

but it shall comprise

(c) all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and

(d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit.

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

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

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

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

b) les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime des lois applicables dans la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli;

b.1) dans les circonstances prescrites, les paiements au titre de crédits de la taxe sur les produits et services et les paiements prescrits qui sont faits à des personnes physiques relativement à leurs besoins essentiels et qui ne sont pas visés aux alinéas a) et b),

mais ils comprennent :

c) tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération;

d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice.

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

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

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

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

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

86. (1) [Status of Crown claims] In relation to a bankruptcy or proposal, all provable claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or of any body under an Act respecting workers’ compensation, in this section and in section 87 called a “workers’ compensation body”, rank as unsecured claims.

(3) [Exceptions] Subsection (1) does not affect the operation of

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

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

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

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

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

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

86. (1) [Réclamations de la Couronne] Dans le cadre d’une faillite ou d’une proposition, les réclamations prouvables — y compris les réclamations garanties — de Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province ou d’un organisme compétent au titre d’une loi sur les accidents du travail prennent rang comme réclamations non garanties.

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

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

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

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

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

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

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

Appeal allowed with costs, ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fraser Milner Casgrain, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.

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

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs de l’appelante : Fraser Milner Casgrain, Vancouver.

Procureur de l’intimé : Procureur général du Canada, Vancouver.

IN THE MATTER OF THE BANKRUPTCY OF
Curriculum Services Canada/Services Des Programmes D'Etudes Canada
of the City of Toronto, in the Province of Ontario

Estate No. 31-2360759

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
IN BANKRUPTCY AND INSOLVENCY

Proceeding commenced at Toronto

BRIEF OF AUTHORITIES
OF THE MOVING PARTY (APPELLANT)

MINDEN GROSS LLP
Barristers and Solicitors
2200 - 145 King Street West
Toronto, ON M5H 4G2

Catherine Francis (LSO# 26900N)
cfrancis@mindengross.com

Tel: 416-369-4137
Fax: 416-864-9223

Lawyers for Medallion Corporation as authorized
agents for 280 Richmond Street West Limited